

9. Vera Barros, Oscar N., *La prescripción penal en el Código Penal*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960.
10. Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1987.

## II — Evolución legislativa

1. *Proyecto Tejedor*. — Los plazos dispuestos para cada clase de pena son: a) treinta años para la de muerte, igual que para la de presidio o penitenciaria por tiempo indeterminado; b) para la de presidio o penitenciaria por tiempo determinado, veinte años; c) para la de prisión o arresto, dos más que el término de la condena; d) para la multa, tres años. El inicio del cómputo estaba señalado sólo para la interrupción de la ejecución [3, p. 1057].

2. *Proyecto de 1881*. — Propone algunos cambios al Proyecto anterior: fijar como regla general el término de la condena más un cuarto sin que se superen los veinte años, manteniendo los treinta años para la pena de muerte, los veinte años para la de presidio y penitenciaria mayor, y omitiendo el plazo para la multa por tener determinada su equivalencia en tiempo. Para el comienzo del cómputo agrega a la interrupción de la ejecución el de la sentencia [3, p. 1058].

3. *Código Penal de 1886*. — La prescripción de la pena tiene términos más reducidos que en los proyectos anteriores: veinte años para la pena de muerte y para las de presidio o penitenciaria por tiempo indeterminado; para las demás, el tiempo de condena más dos años; un año para la multa. Para el comienzo del cómputo mantiene el criterio de Tejedor [3, p. 1060].

4. *Proyecto de 1891*. — La prescripción de la pena, al igual que la de la acción, requiere el transcurso del tiempo y la buena conducta del penado, siendo los plazos: a) treinta años para la de muerte o presidio perpetuo; b) veinticinco para la deportación; c) para el presidio temporal, igual al de la condena más un tercio, sin que puedan superar los veinticinco años; d) para las penas de penitenciaria y destierro, igual al de la condena; e) cinco años para la multa que exceda los dos mil pesos, y un año para la que no supere esa cifra. El momento inicial del cómputo era igual al del Código actual [3, p. 1061].

5. *Proyecto de 1906*. — Mantiene la pauta del Proyecto de 1891 en cuanto a la buena conducta. Los plazos son diferentes: veinte años para pena de muerte o presidio; quince años para deportación o prisión por tiempo indeterminado; para prisión por tiempo determinado, igual al de la condena; para la multa, tres o un año según exceda o no los dos mil pesos. El comienzo del cómputo se mantiene igual al del Proyecto de 1891 [3, p. 1064].

6. *Proyecto de 1917*. — “Las normas del Proyecto son sancionadas como Código de 1922 sin cambios” [3, p. 1065].

7. *Código de 1922*. — El Título X contiene la extinción de acciones y de penas. Los plazos son: veinte años para reclusión perpetua; quince años para prisión perpetua; para reclusión o prisión temporal, un tiempo igual al de la condena; para la multa su-

perior a dos mil pesos, tres años, y un año para la que no excediere esa suma. El comienzo del cómputo es, en el art. 66, idéntico al vigente por ley 11.179.

8. *Ley de reformas 17.567*. — Modifica el plazo para la multa, manteniendo la ubicación de la disposición y unificando los incs. 4º y 5º como nuevo inc. 4º; dispone un término unificado de tres años —para cualquier monto de multa—. Esta conformación se mantuvo por la ley 21.338; más tarde, la ley 23.077 la redujo a dos años [3, p. 1068].

9. *Ley de reformas 18.953*. — Introduce como plazo para la pena de muerte los veinticinco años, lo que es mantenido por la ley 21.338 y derogado por la 23.077 [3, p. 1068].

10. *Ley de reformas 21.338*. — Véanse en aps. 9 y 10, modificaciones que no perduraron.

11. *Anteproyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (2006)*, elaborado por la Comisión creada por Resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación n° 303 del 14 de diciembre de 2004, modificada por su similar n° 136 del 4 de octubre de 2005. — El epígrafe del art. 59 (“Prescripción de las penas”) no abarca todos los supuestos contemplados en el texto proyectado, ya que éste también se refiere a otras causales de extinción de la pena, como el indulto del condenado y el perdón del ofendido en los delitos de acción privada. Transcribiremos sólo la primera parte, referida a la prescripción de las penas, omitiendo los párrafos que aluden al indulto y el perdón del agraviado: “Las penas se prescriben en los términos siguientes: a) la de prisión, en un tiempo igual al de la condena; b) la de multa, a los dos años; c) la de inhabilitación, en un tiempo igual al de la condena, que en ningún caso podrá ser inferior al año. No se prescribirá la pena por los delitos del Título I, Capítulo I del Libro Segundo de este Código y los casos previstos en el art. 36 de la Const. Nacional”. La Exposición de Motivos explica que en el art. 59 la reforma introduce expresamente el término de prescripción para la pena de inhabilitación, cuyo vacío había dado lugar a diversas posiciones interpretativas. Agrega que se excluyen de los beneficios de la prescripción las penas impuestas por delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, otros delitos de lesa humanidad y tortura previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos y supuestos del art. 36 de la Constitución Nacional. La versión definitiva del último párrafo —en correspondencia con el referido a la prescripción de la acción penal— es la siguiente: “No se prescribirá la pena por los delitos del Libro Segundo, Título I, Capítulos I y II, Título II, Capítulo II, Título XII, Capítulo I y los casos previstos en el art. 36 de la Const. Nacional”.

## III — Doctrina

§ 1. **CONCEPTO DE PRESCRIPCIÓN DE LA PENA**. — La ley prescribe, es decir que indica y faculta al órgano judicial pertinente el uso de ciertas potestades. Es por ello que a la expresión legal: “Las penas se prescriben en los términos siguientes” (art. 65) debemos interpretarla como “la acción para ejecutar las penas se puede ejercitar dentro de los términos siguientes”. La expresión “prescripción de la pena” —acuñada por la

práctica— tiene el sentido de extinción del plazo dentro del cual se la puede ejecutar. En la denominada prescripción de la pena, como el presupuesto es una sentencia condenatoria firme, lo que se impide por el mero transcurso del tiempo de los plazos legales es el poder de hacer ejecutar la pena total o parcialmente (la incumplida o la quebrantada, respectivamente).

La pena en sí misma no prescribe. Es acertada la apreciación de Vera Barros: “Lo que prescribe no es ni la sentencia —acto jurídico procesal donde la pena es impuesta— ni la pena en sí, sino la acción del Estado para hacerla ejecutar. La pena, como tal, no puede prescribir, porque únicamente existe desde el momento en que el condenado la sufre. Antes de que ello ocurra, el Estado solamente conserva el derecho de hacerla cumplir y es este derecho lo que se extingue por el transcurso del tiempo” [9, p. 165].

Agregamos, ampliando la cita anterior, que el término “pena” admite más de un sentido. Lo relevante es que puede entenderse:

- a) Como una institución del Derecho penal (objeto ideal, no empírico).
- b) Como una degradación efectiva de determinados derechos del sujeto.

En ambos casos carece de sentido su prescripción: no prescribe lo resuelto en una sentencia condenatoria, ni prescribe asimismo la pena que se está soportando efectivamente; ésta más bien se agotará por su cumplimiento.

Carrara dice: “Mas ¿qué significa *prescribir* la pena? ¿Y cuál es el sentido jurídico de esta fórmula? Menos mal si se hubiera dicho *prescribir* la condena, pues su sentido serían el derecho y la acción ejecutiva. Pero si *prescribir* significa *extinguir*, ¿cómo podrá extinguirse la pena, si no ha nacido todavía? [2, § 715, nota 1].

En la libertad condicional, la pena se está cumpliendo, aunque bajo determinadas condiciones. Mientras la pena se está ejecutando, en virtud de su efectivo ejercicio, el Estado mantiene vivo su derecho, por haber actuado en tiempo útil, razón por la cual no puede prescribir.

En la condenación condicional (art. 26) no se ejecuta la pena; el derecho estatal a su ejecución se mantiene en expectativa sujeto a la condición suspensiva de que se cometa un nuevo delito (art. 27) o que se infrinjan ciertas reglas de conducta (art. 27 bis), caso en el cual recién nacerá dicho derecho.

Es necesario que la pena no se esté ejecutando o que se haya quebrantado para que transcurra el término legal de prescripción. “La ejecución de la pena y su prescripción son dos estados incompatibles” [7, t. II, p. 540]. En ello se cumplen los principios generales de la prescripción, tanto en el campo civil como en el penal: se aniquila por el transcurso del tiempo una acción no ejercitada.

El término *a quo* es aquel en que nació o renació la acción respectiva. El efecto de la ejecución de la pena es que no permite el curso de la prescripción, sencillamente porque el derecho de hacerla ejecutar está en pleno ejercicio.

La prescripción importa la extinción del derecho a la acción ejecutiva del Estado, desde que ella ha nacido y mientras éste no actúe.

§ 2. **TERMINOS Y PENAS ALCANZADAS. PRINCIPALES Y ACCESORIAS.** Los términos indicados en este artículo son diferentes a los de la prescripción de la acción. Son más gravosos para el condenado por ser más extensos en las penas de prisión y reclusión a perpetuidad, y por no tener el límite máximo de doce años para la prisión o reclusión temporal.

En cuanto a las penas alcanzadas, como se tratará más adelante (*infra*, ap. d), es correcta sistemáticamente la exclusión de la pena de inhabilitación.

a) *Determinación de los términos.*— Los lapsos dispuestos en el Código obedecen a la particular política legislativa y a su inherente discrecionalidad. Se han fijado teniendo en cuenta que, para que prescriba una pena, el tiempo a transcurrir debe ser mayor que para la acción penal. Ello surge de los fundamentos de la prescripción, que derivan del olvido social.

Al respecto, es necesario más tiempo para olvidar la pena que el hecho cometido. La pena se corresponde con una sentencia firme, que no sólo quita toda duda sobre la real comisión del delito y su punibilidad, sino que, por el carácter público y trascendente del juicio penal, es más intensa su influencia sobre el consciente colectivo.

Para los encierros temporales, el término legal para la prescripción de la acción (art. 62) es el máximo de la pena en abstracto, con un límite superior de doce años.

En cambio, para la prescripción de la pena se toma el monto efectivamente aplicado en el caso concreto, aunque sin condicionar su límite máximo.

b) *La duración de los términos.*— La clasificación del Código (art. 65) considera la especie y la gravedad de la pena impuesta.

Los incs. 1º y 2º se refieren al encierro perpetuo, sin distinguir entre reclusión y prisión. Dispone que ellas prescriben a los veinte años. El inc. 3º estipula la prescripción de las condenas temporales “*en un tiempo igual al de la condena*”. En el último inciso de la norma se establece un plazo de dos años para la prescripción de la pena de multa.

El criterio imperante respecto a que la prescripción de la pena debe producirse en un lapso mayor que el de la acción es aplicado en este artículo del Código.

En efecto, así como la prescripción de la acción es de quince años para los delitos conminados con reclusión o prisión perpetua, para la prescripción de la pena es de veinte años: cuanto más intenso es el impacto social, mayor es el término de prescripción.

Para el caso de reclusión o prisión temporal, la pena prescribirá en un tiempo igual al de la condena (nunca menos). Ello es más exigente que para la acción, ya que respecto de ésta el art. 62 impuso un límite máximo de doce años.

En cuanto a la multa, no existe diferencia entre el término de prescripción de la acción y el de la pena (dos años).

c) *Ultimo día a computar («dies ad quem»).*— Es el día *entero*. Los plazos de días concluyen a la medianoche del último día. Los de meses o años concluirán el mes o año de su vencimiento, a la medianoche del mismo día del respectivo mes (arts. 25 y 27, Cód. Civil).

Un plazo de dos años a contar desde la hora cero del 28 de febrero de 2002 concluye el 28 de febrero de 2004.

Si el mes de vencimiento tuviere menos días que el mes en que comienza a contarse el plazo y el término feneciere un día que no tiene el mes de origen, se computará el último día del mes fin del plazo (arg. art. 26, Cód. Civil).

Es decir que un plazo de dos años que debe computarse desde la hora cero del 29 de febrero de 2004 —bisiesto— prescribirá a la medianoche del 28 de febrero de 2006.

d) *Penas alcanzadas por la enumeración legal. Exclusión.*— De las especies legales de pena (art. 5º), la enumeración del art. 65 excluyó la pena de inhabilitación. Es decir que no se reguló la prescripción de la pena para los delitos reprimidos con inhabilitación (perpetua o temporal).

El legislador descartó la regulación respectiva para cualquier pena de inhabilitación. Vale decir que no hay prescripción prevista para esta especie de pena en cualquiera de sus formas y términos. Cuando se trata entonces de inhabilitación impuesta como pena *accessoria*, carece de importancia práctica la cuestión, ya que la prescripción de la pena principal acarrea la extinción (levantamiento) de la inhabilitación.

El Código nada dice al respecto, pero se aplica el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

La inhabilitación absoluta del art. 12 sigue la suerte de la condena principal. La inherencia determinada por la ley quita dudas en cuanto a su accesoriidad.

De la disposición del art. 20 *bis* también surge el carácter accesorio de la inhabilitación especial. Se trata de una pena complementaria, según la clasifica De la Rúa [3, p. 1078], aunque tal clasificación no obsta al carácter de adicionable a la pena del delito principal.

1. *¿Es una pena imprescriptible la inhabilitación?*— Cuando la condena consiste únicamente en inhabilitación (arts. 260, parte 1ª, y 273)—pena principal única—, cobra relevancia la discusión respecto a si se trata de una pena imprescriptible.

Algunos autores opinan que es una omisión. Otros interpretan que la ley implícitamente admite la pena de inhabilitación como imprescriptible. Así lo hace Vera Barros, quien dice que en nuestro Derecho es imprescriptible la pena de inhabilitación, salvo si se aplica en forma conjunta con otra, que es entonces la principal. Se trataría de una supresión fundada en que, al ser asimismo una prohibición, se ejecuta de inmediato, aunque puede ser objeto de violación [9, p. 164]. Sin embargo, este autor (manteniendo el criterio de que la inhabilitación es imprescriptible) razona: “Por ello es que este tipo de prescripción está limitada a aquellas penas cuya eficacia no existe más que por la ejecución, entendiéndose por tal el acto material de compulsión personal o embargo de bienes” [9, p. 164], lo que no es otra cosa que concluir que la pena en cuestión *no es susceptible de prescripción*.

La imprescriptibilidad de esta pena no parece ser coherente con el sistema del Código, que dispone expresamente la prescripción *de la acción* para los delitos reprimidos (únicamente) con inhabilitación.

Así, para los casos del art. 65, en que se enumeran de mayor a menor gravedad las penas, asignándoseles el término en que se prescriben, no aparece el mérito para que la pena de menor gravedad no prescriba

nunca y sí las demás. El principal fundamento de la prescripción consiste en que el olvido forma una cobertura que priva al Estado de su facultad de hacer ejecutar la pena. Es el Estado, a través del órgano administrativo pertinente, quien debe ejecutar la pena, actuando compulsivamente sobre la persona para encerrarla o capturarla, o efectuando la ejecución patrimonial sobre el activo del condenado con el objeto de hacerle cumplir con la multa impuesta.

La carga del deber de ejecutar la pena la soporta el Estado y no el condenado. Una obligación de “no hacer” —como la inhabilitación— es inejecutable. Luego, el órgano que impuso dicha pena tan sólo podrá sancionar el incumplimiento de tal deber.

A ese efecto, hay una regulación específica en el Código (art. 281 bis) para el quebrantamiento de inhabilitación impuesta judicialmente.

Es delito quebrantar una inhabilitación. Ello reafirma que no es correcto interpretar que el legislador “olvidó” simplemente alguna regulación relativa a la inhabilitación. Si es la pena menos grave del Código (art. 5°), ¿cuál es el motivo para que se exagere la consecuencia de haber sido penado con ella? ¿Es verdaderamente imprescriptible?

Lo que prescribe es la acción para hacer ejecutar la pena —no la pena como tal—. En el caso de la inhabilitación impuesta como única pena, el Estado no tiene acción para ejecutar un “no hacer” del condenado. Más que pena imprescriptible, pensamos que se trata de una pena insusceptible de prescribir. No tiene sentido la prescripción de una acción ejecutiva que no existe. De este modo, la mentada imprescriptibilidad es una paradoja. No existe término de prescripción porque no hay acción que cancelar.

El deber del órgano judicial se agota entonces con la sentencia firme condenando a una inhabilitación como pena única. Queda una obligación de “no hacer” que pesa sobre el condenado.

Así como *cesa* por prescripción la amenaza de cumplir o terminar de cumplir las penas de encierro y multa, también *cesa* (pero no es una prescripción) el deber de “no hacer”.

El *dies ad quem* en que el inhabilitado puede nuevamente hacer aquello que se le prohibió está dado por el fenecimiento del término impuesto por la condena, o por la rehabilitación prevista por el Código (20 ter).

2. *Consecuencias del quebrantamiento de la inhabilitación.*— Para los casos de penas privativas de libertad o multa, cualquier violación

al cumplimiento de las penas impuestas tiene como desenlace efectos disvaliosos para el penado. Uno de los resultados es que comience a correr nuevamente el término de la prescripción, lo que sin duda perjudica la situación del sujeto.

Si el condenado solamente a inhabilitación “hace” aquello que se le impuso “no hacer”, no interrumpió curso de prescripción alguno, porque no corre tal curso. La infracción al deber de “no hacer” no tiene como secuela que se reanude el plazo impuesto. La consecuencia es la comisión de un delito (art. 281 bis) y el nacimiento del deber del Estado de hacer cesar la autorrehabilitación ilegal.

e) *Plazos en situaciones particulares.*— Los plazos establecidos en el art. 65, están referidos a situaciones específicas, es decir, a cada especie de pena en concreto. Para los casos en que no se trata de esa pena como única, tales como las penas conjuntas, conversión de multa en prisión o derivadas de la aplicación de la regla del concurso material, es necesario interpretar cuál es la solución para cada una de las situaciones que se pueden presentar.

1. *Penas conjuntas.*— Estas penas, de cualquiera de las cuales puede decirse que es principal, son en realidad un castigo unitario. El término de la prescripción es el de la pena más grave.

Es la solución lógica: no puede separarse para la prescripción lo que en la condena está unificado. Si la pena está integrada por una prescriptible y por inhabilitación, el mismo sistema determina la prescripción por el plazo de la primera, sin tener en cuenta la segunda, que no tiene plazo alguno.

2. *Multa convertida a prisión (art. 21, párr. 2°).*— La conversión no altera la naturaleza de la pena. El art. 21 dispone que es una alternativa subsidiaria en la que se ha fijado el tope de un año y medio de prisión, cualquiera que sea el monto de la multa. La subsidiariedad surge del mismo texto del Código en el art. 21, al imponer una condición: “... Si el reo no pagare la multa ...”. Por otra parte, la norma mantiene la primacía de la multa por sobre el encierro, al disponer que el juez de ejecución procure la satisfacción pecuniaria mediante otras alternativas, incluso el trabajo del reo o el pago en cuotas.

La prisión sufrida por no abonar la multa no es una novación de la pena, ya que el condenado puede extinguirla en cualquier momento,

con sólo abonar la parte proporcional restante —porque, en realidad, siempre fue multa—.

3. *Concurrencia de penas (arts. 55 y 56).*— Si no han sido unificadas, los términos de ellas corren paralelos e independientes. Esta solución —propugnada, entre otros, por Núñez [7, t. II, p. 543]— tiene fundamento en que, en el caso de penas privativas de libertad, cuando no han sido unificadas, se deben cumplir sucesivamente.

Esta circunstancia, para Núñez, hace que, mientras se cumple una de las penas impuestas, opera una causa legal que impide que se ejecuten las posteriores —suspensión de la prescripción—. Ello obsta, a su vez, a que corra la prescripción de las penas que no se pueden ejecutar aún, que es el inconveniente que hace que otros estén por la regla de la acumulación, aunque no se encuentren unificadas.

#### IV — Jurisprudencia

##### A — Pena conjunta con inhabilitación

1. Toda vez que el delito de quiebra fraudulenta tiene prevista pena conjunta de prisión y de inhabilitación, a fin de establecer el plazo de prescripción de la acción penal, debe estarse a la de prisión, que debe prevalecer por su mayor gravedad. [CNCrim. y Corr., Sala III, 2/4/91, "Oberosler, José F.", LL, 1991-D-495; DJ, 1991-2-834].

##### B — Prescripción de la pena de inhabilitación

2. En nuestra legislación positiva puede afirmarse válidamente que la inhabilitación (esa sanción que prevé el legislador con fines de prevención general y seguridad específica) es insusceptible de ser declarada prescripta. [CNPen. Ec., Sala III, 24/7/78, "Vallejos, Ramón R.", DJ, 1979-12-31, sum. 49; JA, 1978-IV-413].

3. La inhabilitación y, en consecuencia, el término de caducidad de pena debe contarse a partir de que el fallo que la impusiera quedara firme y no desde la notificación del condenado. [Cám. Apel. Crim. y Corr. San Martín, Sala II, 27/11/97, "Fernández", BI, feb.-nov. 1997].

4. La pena de inhabilitación especial (art. 20 bis, Cód. Penal), dado su carácter de pena complementaria, se rige por el plazo de la prescripción de la pena principal impuesta al condenado. [CNCas. Penal, Sala IV, 12/5/06, "Napchan, Mario A.", Lexis, n° 1/1014136].

##### C — Vía impugnativa. Particularidades

5. Resultan ajenos al recurso extraordinario de inconstitucionalidad los planteos relacionados con normas de la Constitución Nacional y aquél a tra-

vés del cual solicita se declare la prescripción de la pena, pues el recurso que se interpone se encuentra establecido específicamente para cuestionar la validez de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos provinciales frente a la Constitución local (arts. 349, inc. 2° —según ley 3589 y sus modif.—, y 161, inc. 1°, Constitución provincial). [SCBA, 10/5/00, "O., M. J. s/Infr. art. 96, inc. a), ley 8031", *elDial*-W12026].

6. Es improcedente el planteo sobre prescripción de la pena según el cual transcurrió el término respectivo desde que se notificara la sentencia de segunda instancia si luego de aquel fallo esta Suprema Corte, al resolver el recurso interpuesto dictó sentencia condenatoria. Y es innecesario resolver —en el caso— si fue a partir de ese dictado, de su notificación o de algún otro acto procesal generado después (el rechazo del recurso extraordinario federal y/o su notificación) que se inició el término de prescripción, pues de cualquier modo —cualquiera fuera de las mencionadas esa fecha— el plazo aplicable al caso —y soslayando el problema de la prescripción de la pena de inhabilitación— no había transcurrido cuando el recurrente formuló su pretensión. [SCBA, 10/12/00, "G., C. A. y otro s/Exacciones ilegales", inédito].

##### D — Plazo de prescripción de la pena de multa

7. Al no existir en la ley 22.338 alguna referencia al plazo de prescripción de la pena de multa, de conformidad a lo dispuesto por el art. 20 de esta ley, corresponde aplicar el art. 65, inc. 4° del Cód. Penal a estos supuestos y, en consecuencia, la pena de multa del Régimen Penal Cambiario prescribe a los dos años desde la medianoche del día en que se notifica al reo de la sentencia firme. [CNPen. Ec., Sala B, 28/12/00, "García, Gabriel y otro", *Lexis*, n° 1/51173].

blico en la persecución resultare insignificante; c) si el imputado reparare adecuadamente el daño causado u ofreciere hacerlo en la medida razonable de sus posibilidades. Estas disposiciones no serán aplicables a hechos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo; 3º) o cuando el hecho cometido por imprudencia, negligencia o impericia hubiese tenido como consecuencia directa para el autor un daño físico o moral grave, y a causa de ello, la pena fuera inadecuada y cumpla con el requisito del inc. 2º, punto b). Previo a la renuncia a la persecución penal, se notificará al ofendido de la decisión del titular de la acción penal, de los derechos que le asisten conforme la ley civil y de los mecanismos adecuados para ejercerlos. En el supuesto de oposición de la víctima se elevarán las actuaciones a la autoridad fiscal o jurisdiccional competente, quien decidirá si se han reunido los requisitos establecidos para la suspensión o renuncia de la acción penal. En caso afirmativo, la acción quedará a cargo del ofendido oponente”.

Consecuentemente, la reforma del art. 73 del Código consiste en agregar al final del mismo: “También son acciones privadas las que prosiga el ofendido en los casos del art. 74, última parte”.

**30. Ley 24.946.** — Sancionada el 11 de marzo de 1998 y publicada en el Boletín Oficial el 23 de marzo de ese año, siendo la Ley Orgánica del Ministerio Público, en consonancia con la correspondiente norma constitucional (art. 120, Const. Nacional), en su art. 25, inc. a) dispone: “Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad” y en el c): “Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, salvo cuando para intentarla o proseguirla fuere necesario instancia o requerimiento de parte conforme las leyes penales”.

En el art. 29 se consagra el principio de legalidad procesal, estableciéndose: “Cuando se tratare de una acción pública, el Ministerio Público actuará de oficio. La persecución penal de los delitos de acción pública deberá ser promovida inmediatamente después de la noticia de la comisión de un hecho punible y no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos y bajo las formas expresamente previstas en la ley”.

**31. Ley 25.087.** — Sancionada el 14 de abril de 1999 y publicada en el Boletín Oficial el 7 de mayo de ese año, dicha ley introduce reformas sustanciales en el Capítulo destinado a la tipificación y castigo de los delitos sexuales y, como consecuencia de ello, modifica el art. 72 del Cód. Penal, sustituyendo en el inc. 1º la designación de los delitos de violación, estupro, rapto y abuso deshonesto, por la expresión: “Los previstos en los arts. 119, 120 y 130 del Cód. Penal”; al final del artículo se agrega: “Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre alguno de éstos (ascendientes, tutor o guardador) y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél”.

Asimismo, la reforma introduce la posibilidad, en el art. 132 modificado, de que el menor de edad pueda instar la acción, cuando cuente con el asesoramiento de “instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas”, las que hasta podrían actuar en representación del menor.

### III — Doctrina

**§ 1. UNA CUESTION PREVIA: NATURALEZA PENAL O PROCESAL PENAL DEL TEMA ANALIZADO.** — Resulta imprescindible analizar, antes de con-

siderar más pormenorizadamente el tópico que nos ocupa, cuál es la naturaleza jurídica (penal o procesal) del ejercicio de las acciones regulado en los arts. 71 a 76 inclusive, pues de dicho examen se desprenderán ciertas consecuencias de innegable importancia para todo el tratamiento de la cuestión sujeta a estudio.

El ordenamiento represivo en su Parte especial describe las conductas y castiga con penas a quienes realicen esos comportamientos prohibidos por la ley, pero esa conminación que efectúa el Código es necesariamente abstracta y, ante la concreta infracción llevada a cabo por el transgresor, el Derecho penal material carece de todo poder de reacción y —como lo enseña gráficamente Beling [1, p. 1]— no le toca al delincuente ni un pelo. Puede, es cierto, establecer “... que el asesino merece pena de muerte y el ladrón la de prisión y que el Estado tiene tal o cual pretensión punitiva en contra del delincuente. Pero el mundo de los criminales puede burlarse de los párrafos, que sólo viven en el papel hasta tanto el Derecho penal no actúe realmente. *La realización del Derecho penal es la tarea del Derecho procesal penal...*”. La finalidad normal del proceso penal consiste en la determinación de la pretensión punitiva estatal para su correspondiente materialización.

Mientras el Derecho penal fija los presupuestos y el contenido de esa pretensión punitiva y por ello, al decir de Beling, vive sólo en el papel, el Derecho procesal penal no tiene por función la de ocuparse de la penalidad, sino únicamente establecer si corresponde la persecución de una persona supuestamente infractora y cómo debe realizarse tal persecución, por cuanto la legitimidad de la misma depende del cumplimiento de determinados principios y presupuestos que determinan, entre otros aspectos, el de su admisibilidad.

En síntesis, el castigo de una conducta ilícita y culpable sólo puede serlo en tanto ella haya sido previamente descripta con precisión en una ley, en la que también debe estar debidamente fijada la pena a aplicar, tanto en su naturaleza como en su medida (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y, correlativamente, al menos en nuestro sistema vigente, la probada existencia de una infracción reclama necesariamente la aplicación de la ley penal (*quot delicta, tot poena*), infracción que puede ser perseguida válidamente una sola vez (*non bis in idem*).

De lo expuesto cabe enfatizar que la ciudadanía otorga a los órganos del Estado la facultad de castigar, pero sólo en tanto ella se someta a reglas que impidan una actuación arbitraria. Al respecto, cabe recordar lo afirmado por Savigny [43, t. IV, p. 10] cuando señalaba que toda ac-

ción implica necesariamente dos condiciones, es decir, la existencia de un derecho y la violación de ese mismo derecho, pues si el derecho no existe, la violación del mismo no es posible y, si no hay tal violación, el derecho no puede revestir la forma especial de una acción, ya que no hay una *actio nata*. De la existencia de tal violación, según Carrara, surge la obligación de reparar y, mientras del daño inmediato deriva la reparación civil —que se concreta a través de la indemnización a la parte lesionada—, del daño mediato se desprende la necesidad de que el culpable expíe la pena, “... que es la indemnización dada a la sociedad por la perturbación que le causa el delito ...”, y de cada una de esas obligaciones nace una acción, que será civil o penal, siendo esta última “... la *exteriorización de la actividad* del Derecho en el momento en que impulsa sus fuerzas fuera de sí mismo con el fin de hacerse respetar ...” [7, vol. I, p. 362].

Tales principios condicionan y limitan la pretensión punitiva estatal, la cual para desarrollarse debe satisfacer ciertas reglas de procedimiento que, a su vez, también están sujetas a determinados principios de naturaleza procesal cuyo cumplimiento es imprescindible para sancionar al infractor (*nulla poena sine iudicio*). Cabe agregar que, atento a la plena vigencia del principio de la tipicidad y de la discontinuidad de lo ilícito, existen tantas pretensiones punitivas concretas como figuras penales haya y, tal como lo señala Soler [45, t. II, p. 527], lo que se suele designar como la potestad punitiva estatal (a la que no debe confundirse con el concepto político de imperio) no es sino el conjunto ideal de las potestades punitivas limitadas que surgen de las respectivas figuras delictivas establecidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales. Con ello se ha pasado de la tutela abstracta (Derecho material) al concreto restablecimiento del orden jurídico transgredido y, citando al prestigioso jurista precedentemente mencionado: “... Por eso, puede decirse que la acción no es más que el momento dinámico de una pretensión punitiva preexistente y estática, a la cual la desencadena la comisión de un hecho. Producido éste, la amenaza genérica de una pena se pone en relación con un sujeto determinado, por medio de la actividad de una serie de órganos, tendiente a producir, en los hechos, la consecuencia amenazada, esto es, la pena ...”.

Ello sentado, debe señalarse, tal como lo anticipamos, que es objeto de debate si la materia referida al ejercicio de las acciones que nacen del delito —pretensión punitiva estatal— y que se encuentran contenidas en los artículos que comentamos es de naturaleza penal o procesal

penal, o si participan ambas disciplinas en su regulación —criterio que es el que nos parece más acertado— en tanto se deslinde adecuadamente qué es lo que debe ser regulado por el Derecho de fondo (penal) y qué por el de forma (procesal penal).

Es Soler [45, t. II, ps. 527 y 528] quien indica, a nuestro juicio, cuál es el camino correcto: “... El estudio de las fases en que esa acción de los distintos órganos del Estado se desarrolla, para alcanzar el fin señalado, integra el campo del procedimiento penal, pero, siendo la acción penal un poder absolutamente limitado en su contenido por las figuras jurídicas delictivas, se hace necesario distinguir algunas condiciones y formas bajo las cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectiva. Estas condiciones y límites, naturalmente, no forman parte del procedimiento, no son normas procesales, sino penales, porque contienen autolimitaciones de la pretensión punitiva, con las cuales la ley de fondo fija a la pretensión punitiva una especie de vida, distintos modos de nacimiento y extinción ...”.

Por ello algunos autores, como Saldaña [42, t. III, p. 415], han hablado de la existencia de una biología de la acción, pues ella nace, se desarrolla y muere. Se trata entonces de una cuestión de naturaleza material, sustantiva, que produce innegables efectos procesales. Como lo enseña Núñez [32, t. II, p. 129], la acción penal tiene siempre una naturaleza *pública*, porque pertenece al Estado y tiene como finalidad el castigo de la delincuencia, aunque ello no obsta a que el *ejercicio* de esa acción quede —en algunos casos de excepción— en manos privadas, por entenderse que las características del derecho violado aconsejan que así se haga; ello, sin embargo, no le hace perder su *naturaleza pública*, pues las acciones privadas no tienden a satisfacer intereses privados, sino el público de reprimir al delincuente y absolver a quien no lo es [34, p. 315]. Por ello, esa regulación material de la acción penal comprende asimismo todo lo concerniente a la titularidad de su ejercicio (órganos públicos o particulares) y, cuando ese titular es un órgano público, la acción puede ejercerse de oficio o previa instancia privada, en tanto que, cuando la ley ha supeditado totalmente el impulso de la pretensión a la decisión de un particular, nos encontramos ante la acción privada que disciplinan los arts. 73, 75 y 76.

El tema, sin embargo, no es pacífico en la doctrina y, mientras quizás la opinión mayoritaria se inclina por acordarle a la materia estudiada una naturaleza sustancial, tal como, entre otros, lo hacen Soler [45, t. II, p. 527], Núñez [32, t. II, p. 129], Fontán Balestra [25, t. III, p. 441],

Terán Lomas [47, t. II, p. 85], Clariá Olmedo [12, t. I, p. 299], Maier [30, t. 1a, p. 185], otros estiman asimismo que su naturaleza participa de ambos aspectos (procesal y penal); por último, están aquellos que le otorgan una condición decididamente procesal, como parece hacerlo Zaffaroni cuando desarrolla las condiciones procesales de operatividad de la coerción penal, para quien la única razón que existe para que el Código Penal regule el ejercicio y la extinción de las acciones reside en el respeto al principio constitucional de la igualdad ante la ley, que se vería menoscabado si esa materia pudiera ser diversamente tratada por las diferentes provincias [54, t. V, p. 58].

Entendemos que la acción —conforme a lo ya dicho— pertenece al Derecho material, pues a él le toca determinar su contenido, especies, titularidad, nacimiento, condiciones de fondo para su ejercicio y extinción y, como ha quedado explicitado precedentemente, median sustanciales razones teóricas que fundamentan el criterio material apuntado, a la vez que existen asimismo innegables motivos de carácter práctico que abonan ese criterio, especialmente en un país —como el nuestro— de estructura federal, que a la par de conceder a los Estados provinciales el otorgamiento de sus propias normas procesales, reserva para el Estado nacional el dictado de las leyes de fondo y, en el caso que nos ocupa, ello preserva la debida unidad del ordenamiento penal y la igualdad ante la ley. De lo contrario, no tendría similares consecuencias la comisión de un hecho delictivo en una provincia que en otra, toda vez que sería posible que en alguna de ellas se exigieran determinadas condiciones para el ejercicio de la acción que no fueran requeridas en la provincia vecina o que la acción se extinguiera de diferentes formas a lo largo y a lo ancho del país, con la única excepción del indulto [22, p. 156].

Esta situación encuentra su raigambre constitucional en los arts. 75, inc. 12 y 126 de la Carta Magna, que contemplan los poderes delegados por la provincias a la Nación y, si bien es cierto que los códigos de fondo no pueden alterar las jurisdicciones locales, lo cual tiene por finalidad atribuir y garantizar la facultad de las provincias para organizar la administración de justicia y el dictado de las leyes procesales necesarias para ese funcionamiento, no es menos cierto que la atribución de dictar el Código Penal ha sido conferida al Congreso de la Nación con el propósito de que exista un solo ordenamiento represivo nacional, lo cual se vería desvirtuado, como se ha consignado antes, si fuera posible que la materia del ejercicio y extinción de las acciones resultara diversamente regulada en cada jurisdicción provincial.

Sin embargo, esto de ninguna manera importa sostener que el Derecho procesal penal sea ajeno al tratamiento de la acción penal, pues la acción derivada de un delito tiene como propósito, también, el de excitar a la jurisdicción para que ésta, como lo dice Clariá Olmedo [12, t. I, p. 300], con un criterio imparcial, establezca si el Estado debe o no hacer valer aquel poder punitivo en un caso concreto y, para ello, será la ley formal la que especificará dónde se han de ejercer esas acciones (estableciendo reglas de competencia y de personería para ejercerla), bajo qué procedimiento, en qué condiciones se podrán peticionar decisiones del órgano jurisdiccional a favor del imputado, etcétera. Un ejemplo de ello nos lo enseña el prestigioso procesalista antes citado [12, t. I, p. 351], se presenta cuando el Código Penal en el art. 72 expresa que se procederá por acusación o denuncia, y la determinación del modo de instar corresponde incuestionablemente al ámbito procesal, motivo por el cual Clariá Olmedo concluye que la ley penal ha sido meramente ejemplificativa en tal materia, situación que se repite en los arts. 76, 111, inc. 3° y 177. Agrega [10, p. 132] que no cabe ninguna duda de que dichas normas son realizadoras, pero que pertenecen al Derecho material, por cuanto prevén y condicionan lo que constituye el contenido sustancial de la función represiva penal; buena prueba del pensamiento del legislador en ese sentido, que muestra bien a las claras la concepción sustancialista objetiva a la que hace referencia, es la redacción impresa a los arts. 72 y 73 cuando hablan de las "... acciones ... que *nacen* de los siguientes delitos ...".

Por su parte, Cafferata Nores [3, p. 209] sintetiza esa relación afirmando que el Derecho procesal penal es, a la vez, canal y cauce de la pretensión punitiva que nace de cada figura penal, y que —al depender la concreción de dicha potestad abstractamente consagrada por la ley material, de su reconocimiento jurisdiccional— prohibir o perturbar ese reconocimiento condicionándolo más allá de lo que la propia ley penal autoriza "... equivale a impedir que dicha potestad se efectivice en el caso concreto, lo cual importaría tanto como la negación del Derecho penal por vía del Derecho procesal, lo que resultaría claramente contrario a la misión de este último de garantizar la realización de aquél ...".

§ 2. **PRINCIPIO DE OFICIALIDAD O LEGALIDAD PROCESAL CONSAGRADO POR LA LEY. SU CRISIS ACTUAL.** — Establecidos en el párrafo anterior los diferentes enfoques doctrinales respecto de la naturaleza jurídica de la acción penal regulada en los artículos que comentamos, y



dentro del nuevo marco delineado por la Constitución Nacional a partir de la incorporación del art. 120 —que establece que: “*El Ministerio Público ... tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad ...*”—, debemos abocarnos al análisis del sistema adoptado por la ley vigente en el art. 71 de nuestro ordenamiento punitivo, que dispone la adopción del régimen de la oficialidad o legalidad procesal en lo concerniente a la persecución de las infracciones cometidas, con las excepciones que importan las llamadas acciones dependientes de instancia privada y las acciones privadas, de las que nos ocuparemos posteriormente, y otros obstáculos al pleno ejercicio de la acción penal de origen constitucional o legal.

Este principio de oficialidad, consagrado en el art. 71, importa que los órganos estatales encargados de la investigación y castigo de las acciones que la ley de fondo ha descripto como punibles, ante la existencia de un hecho que tenga la apariencia de tal —tengan conocimiento directo de él por las suyas o les sea anoticiado formalmente por una denuncia—, deban actuar inexorablemente, sin supeditar su actividad persecutoria a consideraciones de conveniencia o utilidad, actuando contra todas las personas que aparezcan involucradas en la perpetración de ese comportamiento típicamente antijurídico, a las que deberán someter al debido proceso para que el órgano jurisdiccional competente determine su responsabilidad penal o inocencia.

La obligatoriedad de esa actividad, como lo señala Clariá Olmedo [12, t. I, p. 471] se funda en la máxima *nec delicta maneant impunita* y de ella se derivan como corolarios la oficiosidad, la indivisibilidad, la legalidad, la promoción necesaria, la irrevocabilidad y la improrrogabilidad.

Dicho principio ha sido expresamente receptado en el art. 29 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (24.946), que dispone que cuando se tratare de una acción pública, el Ministerio Público actuará de oficio. La persecución penal de los delitos de acción pública deberá ser promovida inmediatamente después de la noticia de la comisión de un hecho punible y no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos y bajo las formas expresamente previstas en la ley. Se ha sostenido sin éxito, pero con anterioridad a la vigencia de la ley 24.946, que lo dispuesto en el art. 195 del Cód. Proc. Penal de la Nación (ley 23.984), que autoriza actos instructorios basados en la prevención policial, era inconstitucional y contrario al art. 120 de la Ley Suprema, pues esa ac-

tividad —según el planteo efectuado— le compete exclusivamente al Ministerio Público.

Esta exclusividad ha entrado en colisión recientemente con actuaciones llevadas a cabo por la Oficina Anticorrupción que actúa en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, provocando fallos contradictorios.

Si bien con las mejores intenciones desde el punto de vista teórico, recuerda Núñez [34, p. 313] que la escuela procesal penal de Córdoba, liderada por Vélez Mariconde, sostiene que la persecución penal policial no implica el ejercicio de la acción penal, el cual recién se inicia en sede judicial con el requerimiento fiscal pertinente; en virtud de dicho punto de vista, todos esos actos procesales llevados a cabo por la autoridad preventora se encontrarían entonces al margen de las nulidades procesales, dejando por ello totalmente desguarnecido al imputado frente a los actos de instrucción llevados a cabo por la policía y luego introducidos al proceso.

De la aplicación de ese conjunto de reglas se sigue concretamente, como quedó dicho, que el poder estatal debe promover de oficio la excitación de la actividad jurisdiccional, para perseguir necesaria e ineludiblemente a quienes aparezcan como posibles autores o partícipes de un ilícito penal, sin otros condicionamientos que los que establece la propia ley; el enjuiciamiento sobreviniente debe agotarse dentro del marco que fijan las normas procesales, declarando la culpabilidad o inocencia de todos y cada uno de los imputados o la existencia de alguna causal legalmente establecida que impida continuar con el proceso, siendo indisponible la actividad impulsora, habida cuenta de la naturaleza pública de la acción que se ejerce. El régimen de la oficialidad no importa, cabe señalarlo, excluir la figura procesal del querellante particular y esa opinión fue la que se impuso luego de un largo debate que señala De la Rúa [21, p. 1145], prevaleciendo el argumento de que la admisión o rechazo de dicha figura es resorte exclusivo de las legislaciones procesales, dada su clara naturaleza adjetiva, habiéndose entendido que ese aspecto, en algunas provincias, tiene jerarquía constitucional.

El tema adquirió un nuevo e importante sesgo a partir de la reforma constitucional operada en el año 1994, por la cual se estableció en el art. 120 de la Carta Magna que el Ministerio Público (que es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera) “... *tiene por función el promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con*

las demás autoridades de la República...". En virtud de lo dispuesto por tal precepto constitucional, se sancionó con vigencia y aplicación en la jurisdicción nacional la ley 24.946 (Ley Orgánica del Ministerio Público), en cuyos artículos, entre otras muy importantes disposiciones, se sancionó la indisponibilidad de la acción pública y la exclusividad del Ministerio para promover la acción penal pública, aspectos que han dado lugar a decisiones jurisprudenciales encontradas, en las que se controvierte la exclusividad del órgano en el manejo y disposición de la acción penal pública.

Por una parte, según el Tribunal Oral Criminal Federal n° 2 de la Capital Federal, le corresponde exclusivamente al Ministerio Público la obligación de ejercer la acción penal y resulta, por ende, inconstitucional, por violar el derecho de defensa, el art. 348 del Cód. Proc. Penal de la Nación, debido a la facultad que éste le acuerda a los jueces de imponer el ejercicio de la acción penal contra la voluntad del fiscal, entendiéndose asimismo que dicha norma es un resabio del sistema inquisitivo, en tanto confiere la actividad persecutoria también a los magistrados, con lo cual pierden la neutralidad que deben tener.

La cuestión no sólo se suscitó con la puja entre los jueces y los fiscales a la que nos referimos en el párrafo anterior, sino también en otro aspecto de la exclusividad que reclama para sí el Ministerio Público en el ejercicio y disposición de la acción penal pública, situación que a veces se presenta cuando conjuntamente con el fiscal actúa el querellante particular, discutiéndose si este último tiene autonomía para mantener la acusación cuando la fiscalía postula la absolución del imputado, discusión que zanjó la Corte Suprema en el caso "Santillán" al revocar la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal confirmatoria del fallo del tribunal oral que había absuelto a Francisco Santillán, por entender que el desistimiento del Ministerio Público (único titular de la acción penal pública) no lo habilitaba para dictar un pronunciamiento de condena. Por el contrario, la Corte sostuvo que la exigencia de la acusación (requisito esencial en todo proceso penal) se satisface sin que esa exigencia contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula, por lo cual nada obsta a que sea el querellante quien lo haga.

Sin duda que el criterio optado por el legislador de 1921 —producto del proceso histórico que delegó en el Estado la exclusividad del ejercicio de la pretensión punitiva— es el que expresa mejor el principio *quot delicta, tot poena*, pero a esta altura de los acontecimientos cabe pre-

guntarse si el mantenimiento de ese purismo teórico no importa una lamentable hipocresía, habida cuenta del colapso en que se encuentra el aparato judicial, que impide atender con un mínimo de seriedad la investigación, el trámite y el juzgamiento de tan siquiera el diez por ciento del volumen de las causas sometidas a consideración, ello incluso sin considerar la llamada "cifra negra" de la criminalidad, consistente en el elevado número de delitos que se cometen y no se denuncian, además de los que no se descubren. En un contexto como el que lúcidamente describe Zaffaroni [53, ps. 614 a 616] es necesario afrontar diversas medidas que permitan descomprimir la insoportable presión que terminará por hacer explotar el sistema judicial punitivo y, con él, a la sociedad toda.

§ 3. *EL PRINCIPIO PROCESAL DE OPORTUNIDAD.*— Muchas son las medidas que se preconizan para salir de esta grave y progresiva crisis, algunas aceptables y otras no. Entre las primeras debe ponerse el énfasis no ya sólo en terminar abruptamente con el aumento de la penalización de conductas —proceso que ha sido denominado "la huida hacia el Derecho penal", pero que se advierte también como una marcada tendencia en todas las demás ramas del mundo jurídico que utilizan ese recurso en un vano intento por hacer cumplir sus mandatos por las malas (tal como ocurre emblemáticamente con la nueva ley de impedimento de contacto de un menor con su padre no conviviente, que hasta dispone que el juez penal deba fijar un régimen de visita o hacer cumplir el existente)—, sino en adoptar el procedimiento inverso, esto es, en la descriminalización de numerosas infracciones (v. gr., libramiento de cheques sin fondos y muchas de las tipificaciones innecesariamente existentes en la legislación especial) y en la eliminación de delitos de menor cuantía, que constituye el más objetivo, transparente y justo procedimiento selectivo, reservando los escasos medios del Derecho penal para las infracciones realmente graves. Para descongestionar los tribunales penales, además de las ya señaladas, muchas son las alternativas examinadas y, entre ellas, cabe mencionar la degradación de algunas infracciones, desplazándolas a la materia contravencional; se sugiere también, como ocurría en nuestros códigos y proyectos más antiguos, hacerlas depender de la instancia privada o incluirlas lisa y llanamente entre los delitos de acción privada, como lo propone un proyecto reciente.

En lo atinente al tema aquí examinado, aparece como una de las medidas conducentes la aplicación del llamado principio de *oportunidad*,

que —bueno es señalarlo— debe previamente superar el gran interrogante de *cómo, quién y con qué criterios se determinará a qué hechos se perseguirá y a cuáles no*. Si partimos de la premisa de que lo óptimo sería realizar en plenitud los principios vigentes cuestionados (alternativa imposible de cumplir en la actualidad, pues, como se ha visto, no existe país alguno que cuente con la capacidad de investigar y castigar todos los delitos sin excepción, en virtud de lo cual la pretensión de que cualquier infracción excite el sistema y logre resultados satisfactorios deviene irrealizable), el meollo de la cuestión a elucidar se traslada a seleccionar en qué casos se actuará; por carácter transitivo, el interrogante que surge es el de cuál será el criterio valorativo a utilizar y cómo se garantizarán la transparencia y la justicia de ese procedimiento selectivo. Cabe agregar que esta opción selectiva ya existe *de facto*, dado que los operadores del sistema judicial, deliberadamente o por la fuerza de los hechos, trabajan y escogen algunas causas y no otras, aunque, fuerza es reconocerlo, por lo general se eligen las más graves, aquellas cuya repercusión social no toleraría que se paralizaran.

Como afirma Landeira [29, p. 72], en la realidad tiene lugar un proceso de selección que escapa a los controles jurídicos y políticos y que carece de transparencia, porque generalmente se lo oculta, no se lo admite y en algunos casos se ignora que ocurre.

La aplicación del principio de oportunidad, por su propia naturaleza discrecional, requiere de controles exhaustivos y permanentes, tanto internos como externos, y constituye un verdadero desafío para la política criminal de cada país. Las opciones que presenta el Derecho comparado son varias, aunque dos son las que predominan. Por un lado encontramos la total discrecionalidad en manos del fiscal que nos muestra el sistema norteamericano; por el otro, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica recoge la aplicación del criterio de oportunidad por parte del Ministerio Público para evitar la promoción de la acción penal o para hacerla cesar, solicitando el archivo al juez, quien decide sin recurso alguno; es bueno recordar que en el comentario al art. 230 de dicho Código se aclara que los criterios de oportunidad deben ser establecidos por el Código Penal reconociendo la sustantividad de la acción penal, pues ello representa una modificación normativa material.

Ese es el criterio que ha seguido la Comisión Ministerial en su Proyecto de Reformas Puntuales al Código Penal, conforme surge de lo antes expuesto al reseñar la evolución legislativa, enfoque que sigue par-

cialmente lo establecido en el Código de Guatemala pues, en caso de renuncia a la acción penal por parte del órgano estatal, el proceso puede seguir como acción privada a cargo de la víctima. Por último, cabe poner de relieve que no faltan autores nacionales, como Varela [48, p. 87], que le asignan al principio de la legalidad o de la oficialidad una clara connotación democrática —pues define, con anterioridad al hecho, cuáles serán los delitos que se perseguirán, sin dejar un margen de discrecionalidad peligrosa—, en oposición al de oportunidad, que entienden tiene filiación totalitaria, pues sirve mejor al régimen de la arbitrariedad en la persecución de las infracciones, citando ejemplos de legislaciones de diferentes épocas que lo consagraron (alemana, soviética, austríaca).

§ 4. **ACCIONES DEPENDIENTES DE INSTANCIA PRIVADA.** — Enseña Carrara [7, vol. V, p. 343] que históricamente a estas acciones se las conoció con el nombre de “semipúblicas” y que entre ellas se caracterizaba la correspondiente al delito de adulterio. Con respecto a dicha infracción, el proceso sólo podía entablarse mediante la querrela del marido ofendido, pero, una vez presentada, el perdón de éste no la detenía (Capycius Latro, decr. 121); en cierto período de la antigua Roma, la querrela del maldito era en algunos casos impuesta —Estor, *Hambergeri disertationes*, prólogo—, pues las leyes romanas de esa época disponían que el marido que hubiera sorprendido a su mujer en adulterio, si no acusaba y llevaba a juicio a su amante, podía a su vez ser acusado de lenocinio.

También en relación con este tema se presenta el debate respecto de la naturaleza jurídica de la instancia, pues mientras algunos autores entienden que ella es una institución de neto corte procesal, otros estiman que su naturaleza es penal, debate que no carece de importancia, puesto que —según sea la respuesta que se dé al interrogante— incidirá en ella el beneficio de la ley más benigna, propio de las normas de fondo, o el de la irretroactividad y no ultraactividad vigente, aplicable en el ámbito procesal. Para Clariá Olmedo [12, t. I, p. 355], se trataría de una condición de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal y, en consecuencia, debería enmarcarse a la instancia dentro de la ley procesal, mientras que para Núñez [32, t. II, p. 144], por el contrario, la existencia de la instancia es una condición de punibilidad del delito y, por tanto, reviste naturaleza sustancial; su ausencia produce el efecto procesal de impedir la formación de una causa penal.

Si se examina la evolución legislativa consignada precedentemente, se advertirá que la categoría de acciones de la que ahora nos ocupamos es la que mayores modificaciones experimentó dentro de los antecedentes de la materia. Luego de una confusa indiferenciación inicial (que se aprecia en los antecedentes legislativos nacionales) con las acciones privadas, comprendiendo ambas una extensa nómina de infracciones cuya incorporación a dicha lista carecía de mayor fundamento, como lo señala De la Rúa [21, p. 1139], a partir del Proyecto de 1906 se comienza a perfilar el régimen que culminará con la sanción del Código vigente, que consagraba esta excepción al sistema de la oficialidad, pensando, como único fundamento de la misma, en el daño adicional del *strepitus fori* que los procesos penales, en los casos de infracciones de naturaleza sexual, ocasionaban a la víctima, aumentando la deshonra experimentada por el delito padecido. Por ello y para evitar excesos, se estructuró el sistema con una serie de excepciones e imponiendo la vigencia de los principios de la divisibilidad real e indivisibilidad personal, todos los cuales permanecen vigentes.

Dichas excepciones, en las que el órgano jurisdiccional puede proceder de oficio, se presentan en aquellos casos en que resultare la muerte de la persona ofendida o las lesiones previstas en el art. 91 y también en los supuestos en que la víctima fuere un menor que no tuviere padres, tutores ni guardadores o en las hipótesis en que quienes hubieren sido los presuntos autores fueren precisamente sus padres, tutores o guardadores, habiéndose omitido incorrecta e innecesariamente a los representantes legales (por ejemplo, el adoptante).

El régimen establecido, en función de preservar a las personas ofendidas del *strepitus fori* que conlleva todo proceso penal, le permite a la víctima mantener en reserva lo que le ocurrió; sin embargo una vez denunciado el hecho, dicho anoticiamiento es irrevocable, las actuaciones prosiguen de oficio y la persona ofendida no tiene más la disponibilidad de la acción, pero siempre respetando los principios de la divisibilidad real e indivisibilidad personal. El primero de ellos significa que si la víctima fue en realidad raptada y violada, pero sólo denuncia el rapto, las actuaciones a labrarse deben respetar esa voluntad y limitarse a investigar solamente el hecho denunciado; el segundo, en tanto, consiste en que, denunciado un hecho por la víctima, ella no puede limitar la investigación a uno de los autores si fueron varios, y el órgano jurisdiccional tiene amplia libertad para investigar y castigar a todos los que participaron en el delito. En síntesis, la divisibilidad real se refie-

re a los *hechos sufridos*, los que, según la ley autoriza, la persona afectada puede mantener dentro de la esfera del secreto total o parcialmente; pero en modo alguno se le permite accionar selectivamente sólo contra uno cuando fueron varios los autores o partícipes (indivisibilidad personal).

Dejando de lado el aspecto de la evolución cronológica y privilegiando la temática, carecía de mayor sentido que el abuso deshonesto estuviera nominalmente excluido del régimen de la instancia privada, lo que forzaba a hacer una distinción entre el ultraje al pudor privado (abuso deshonesto) y el público, anteriormente reprimido en el art. 129, diferenciación necesaria para comprender a la primera y excluir a la última figura, pues el artículo se refería al ultraje al pudor, situación que se modificó mediante el dictado de la ley 23.487.

La reforma introducida por la ley 25.087, que modificó ambas infracciones, entre otras, llevó, por razones de coherencia, habida cuenta de los cambios introducidos en las diferentes figuras de la Parte especial, a reemplazar en el art. 72 los *nomines iuris* (violación, estupro, rapto y abuso deshonesto) por la escueta mención de los arts. 119, 120 y 130. Otra novedad, que destaca Creus [16, p. 807], sería la admisión —que parecería consagrar el nuevo y confuso art. 132— de que un menor de edad inste la acción si cuenta con el asesoramiento de “*instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas*”, instituciones que, además, podrían instar en “representación” de la persona ofendida, hipótesis que, sin duda, causará conflictos cuando esas denuncias se realicen en oposición a la voluntad de los padres o representantes del menor. Mas no podemos concluir estas apreciaciones sin dejar de destacar uno de los aspectos más importantes que introdujo la reforma consagrada por la ley 25.807, esto es, al decir de Cafferata Norez [2, p. 8] “la redefinición del bien jurídico protegido”, modificación largamente reclamada por la doctrina [45, t. III, p. 293; 32, t. IV, p. 213; 37, p. 16] y que ha dejado de lado el anacrónico rótulo de “Delitos contra la honestidad”, que conllevaba la idea de la deshonra de la víctima, sustituyéndolo por el de “Delitos contra la integridad sexual”, modificación de fondo en toda tarea interpretativa que sea menester realizar en torno al tema.

A partir de la sanción de la ley 17.567, cuyo autor intelectual fue Soler, quien la elaboró tomando como base preceptos de su Proyecto de 1960, el fundamento único de la instancia privada (*strepitus fori*) se amplió y, si bien siguió subsistiendo para los casos de los delitos sexuales,

tuvo que compartir la razón de ser del régimen de la instancia privada con el nuevo y acuciante problema del que dimos cuenta en precedentemente (véase *supra*, § 3), es decir, la saturación creciente de los tribunales por el incremento de causas sometidas a juzgamiento. Ello fue lo que determinó, en el caso de aquellas infracciones que afectan escasamente la convivencia social debido a su poca entidad, en especial con la incorporación al articulado de las lesiones leves dolosas o culposas (siempre que no mediaren razones de seguridad o de interés público, como lo serían, a juicio de Soler, el caso de la conducción temeraria de automóviles, el de manifiesta impericia o cuando la víctima sea un representante de la autoridad), que se echara mano a este recurso con el propósito confesado de descomprimir la situación existente.

La doctrina mayoritaria considera que dentro del inciso correspondiente se encuentran incluidos algunos supuestos de las lesiones leves agravadas tipificadas en el art. 92, como también las lesiones graves cuando ellas concurren materialmente con uno de los delitos comprendidos en el régimen de la instancia privada contemplados en el inc. 1°. También se incluyeron las amenazas del art. 149 *bis*, la violación de domicilio y la insolvencia fraudulenta; el codificador de esa época desechó la posibilidad de incluir ese tipo de infracciones —especialmente las lesiones— como delitos de acción privada, tal como ocurre en algunos códigos, por estimar inconveniente e injusto poner la carga de la instrucción sobre los hombros de la víctima, pues importaría exigirle un esfuerzo adicional en tiempo y dinero que no es prudente requerir a todos y siempre. Como quedó consignado al reseñar la evolución legislativa, las acciones que nacen de las amenazas del art. 149 *bis*, de la violación de domicilio y de la insolvencia fraudulenta no fueron reimplantadas luego de su última derogación por la ley 23.077.

A partir de la importante transformación en el régimen de las acciones dependientes de instancia privada introducida en la reforma elaborada por Soler cuando incorporó nuevas causales, como lo señaló Cúneo Libarona [18, p. 1299], el sistema adoptó, en el aspecto modificado, un sentido inverso al que previamente tenía, pues antes el beneficio que la ley otorgaba a la víctima de las agresiones sexuales consistía en no tramitar la causa si ella así lo prefería, mientras que en los nuevos supuestos ocurre lo contrario: el beneficio a la víctima reside en tramitarla si así lo manifiesta expresamente. Sin embargo, debe señalarse que la falta de instancia de la parte en el tiempo inmediato posterior al hecho no impide la adopción de aquellas medidas cautelares urgentes

e imprescindibles que tiendan al aseguramiento del presunto autor (como cuando se autoriza la aprehensión e individualización del violador de un incapaz sorprendido en flagrancia) o el aseguramiento de pruebas [41, p. 695] que se perderían irremisiblemente si no se las produjera en el acto (tomar fotografías y recabar los datos de testigos oculares en un accidente de tránsito con lesiones leves), a fin de no frustrar posibilidades futuras para el supuesto de que la víctima se decida y opte por instar la acción, actuaciones que, en caso de que ello no ocurra, se archivarán.

Tema distinto es el de convalidar o no lo actuado erróneamente, como cuando, por ejemplo, se aceptó la instancia de quien era menor ignorando tal condición.

Al respecto existen posiciones encontradas: en tanto algunos sostienen la nulidad de lo actuado en tales condiciones, ya que sería inaplicable la confirmación contemplada en el art. 1059 del Cód. Civil, toda vez que no estaríamos ante una nulidad relativa, única pasible de confirmación (art. 1058, Cód. Civil), otros admiten plenamente la posibilidad de ejercitar con posterioridad el derecho conferido de instar ratificando lo actuado, dando neta prevalencia a las normas sustanciales por sobre las normas rituales, mientras que autores, como Ríos [41, p. 697], aceptan que es factible la convalidación cuando la irregularidad desaparece o se subsana antes de que el tribunal se pronuncie al respecto, pues lo contrario importaría un exceso ritual manifiesto.

a) *Acusación o denuncia requeridas para instar la acción.*— El Código Penal, en el penúltimo párrafo del art. 72, dispone lo siguiente: “... En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales...”.

Recurriendo a los conceptos elaborados por el Derecho procesal penal que rigen este tópico, nos encontramos con que la ley de fondo ha previsto, a modo de ejemplo e indistintamente, dos formas diferentes para expresar la voluntad de la víctima de instar la acción penal derivada de los delitos sometidos a este régimen especial, siendo ellas la acusación y la denuncia.

La primera supone la promoción de una querrela, que constituye un acto formal escrito mediante el cual la víctima real o presunta acusa al o a los imputados de haber perpetrado la infracción en contra de ella; de tal modo se liga al proceso como parte, asumiendo las responsabilidades

des inherentes a tal carácter. Este procedimiento es posible dentro de los ordenamientos procesales que admiten la figura del querellante.

A diferencia de lo antedicho, la denuncia consiste en el anoticiamiento, que espontánea y voluntariamente se hace a la autoridad judicial o policial, del hecho cometido; por regla general se realiza verbalmente, tomando nota de ello la autoridad competente, que la asienta en un acta, aunque nada impide que se la haga por escrito ante los funcionarios judiciales; en esa oportunidad el denunciante deberá expresar su voluntad de que se proceda a formar causa por el hecho sufrido, aun cuando no pueda individualizar a ninguno de los autores o partícipes del mismo, pero esa manifestación no tiene que estar sometida a ninguna formalidad estricta, rigurosa o solemne, ya que basta con que esa voluntad pueda ser claramente inferida de sus manifestaciones, según lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [34, p. 318]. Tampoco es exigible que el denunciante exprese una acertada calificación legal del hecho denunciado; basta con que su presencia espontánea en sede policial o judicial tienda a poner en conocimiento de la autoridad el delito perpetrado, con el propósito de que ésta proceda a investigar y castigar al culpable del mismo.

Para aclarar algo más este punto, también la jurisprudencia ha sostenido que no constituye una instancia el relato que pueda hacer la víctima al ser citada obligatoriamente por el tribunal a declarar testimonialmente en una causa, pero ello no obsta a que en ese testimonio exprese voluntariamente su intención de instar el proceso y así promover válidamente la acción.

En este aspecto, Ríos [41, p. 693] afirma que no le cabe duda respecto a que la declaración testimonial de la víctima importa un menoscabo a su libre expresión y que, por lo tanto, no se puede extraer de tal contexto una manifestación de voluntad habilitante para instruir la causa. Tampoco puede admitirse como una instancia la presentación de la víctima pretendiendo constituirse como actor civil; asimismo, nuestros tribunales han decidido que es unívoca la voluntad de denunciar de la madre cuando ésta presencia la declaración de la hija ante la autoridad policial (en la que relata la violación que acaba de sufrir), sin oponerse ni objetar el acto; igualmente, esa voluntad debe inferirse si la víctima se muestra indignada por lo que acaba de experimentar y requiere el castigo del culpable, o cuando los padres de una menor convalidan seguidamente la denuncia de la hija o cuando las mismas víctimas de la violación se prestan a colaborar activamente en la investigación, pro-

porcionando datos, identificando a los presuntos culpables y sometién-dose a medidas periciales sobre su propio cuerpo. La jurisprudencia resolvió que ambas formas de instar (acusación o denuncia) son intransferibles a otras personas, pero que no afecta esa intransferibilidad el valerse de un mandatario judicial; sin embargo, éste debe estar muni-do de un poder especial, dado que la acusación o la denuncia pueden, a su vez, originar responsabilidades penales o civiles.

En lo que concierne a la naturaleza jurídica procesal que moderna-mente cabe asignarle a la denuncia, Clariá Olmedo [12, t. I, p. 352] expresa que en la actualidad se le ha quitado a esta figura el efecto de ex-citar la actividad jurisdiccional, reduciéndola a sus justos términos, que no van más allá de comunicar a la autoridad la noticia de un posible hecho delictivo; en virtud de ello, la denuncia con relación a la instancia privada no ejercita el poder de acción penal, "... sino que simplemente libera un obstáculo para que el órgano público inicie y prosiga hasta su fin ese ejercicio ...". Denunciar, como lo ha sostenido la jurisprudencia, es relatar a la autoridad competente un hecho reputado como crimino-so en forma circunstanciada, de modo que permita ser investigado en su materialidad y descubrir a sus autores —sin embargo, hay códigos pro-cesales penales, como el santafesino, en los que la denuncia es el único modo de impulsar la acción dependiente de instancia privada (art. 177)—. No revistiría la calidad de denuncia apta para ejercitar la ins-tancia la mera comparecencia de la cónyuge ante la autoridad policial, requiriendo la citación de su marido por haberle propinado un golpe, con la acotada finalidad de que se lo reprendiera y previniera a fin de que no reiterara dicho comportamiento.

Como se dijo antes, el fundamento de la instancia privada con rela-ción a los delitos sexuales es el de preservar a la víctima de una doble le-sión: la causada por el delito en sí y la que le origina la trascendencia que esa investigación conlleva (*strepitus fori*) y tal situación nos indica que es necesario tener presente dicho fundamento y ello ha de presidir toda interpretación al respecto, por lo que debe concluirse que el principio de la instancia privada ha sido consagrado como una prerrogativa a favor de la víctima y nunca como una garantía acordada al imputado, lo que no impide que —transgredido el principio— su defensa pueda reclamar la violación concreta de una regla públicamente establecida, violación que trae aparejada la nulidad del proceso instruido en tales condiciones.

Esa nulidad debe ser declarada de oficio, con el consiguiente archivo de las actuaciones, acto que no produce cosa juzgada con valor sustan-

cial, pues la víctima puede con posterioridad a ello promover válidamente la instancia. Clariá Olmedo [12, t. I, p. 356] señala que los tribunales cordobeses, en su mayoría, han convalidado lo actuado anteriormente, aun cuando él no coincide con ese temperamento, del cual participa con sólidos fundamentos Cúneo Libarona [19, p. 101]. Una vez manifestada la voluntad de la persona ofendida, o de sus padres o representantes en caso de ser la víctima un menor, la reserva y el ocultamiento del hecho han quedado sin efecto y por ello la acusación o la denuncia resultan irrevocables, siendo obligación de los órganos jurisdiccionales avanzar con la investigación contra todos los que hubieren participado en la comisión de aquél.

En virtud de lo dicho en los párrafos precedentes, surge con claridad que tres, a lo menos, son entonces los caracteres que distinguen al régimen de la instancia privada. Al decir de Clariá Olmedo [10, ps. 143 y 149], la nota importante es la que destaca la *libertad* que debe presidir la decisión de instar, sea por parte de la víctima o de sus representantes legales; una segunda característica que adorna a la facultad de instar [50, t. II, p. 265] es la de la *fugacidad*, pues ella se agota simultáneamente con su ejercicio y, una vez promovida la instancia, la persona ofendida carece de todo poder de modificar lo hecho, pues es irrevocable; por último, se trata de una *condición válida e indispensable para la forma de la causa*.

Ahora bien, es perfectamente posible que alguno de los delitos incluidos en el régimen previsto por el art. 72 concorra con otras infracciones perseguibles de oficio; al respecto cabe recordar lo ya dicho acerca de la aplicación del principio de la divisibilidad real. Si se trata de un concurso material de delitos, no existe dificultad alguna, pues la investigación se limitará al delito con respecto al cual no existen obstáculos (por ejemplo, un robo con violación de la propiedad de los efectos robados). Cabe destacar, en tal sentido, que la ley ha incluido dentro de la esfera de reserva a las lesiones graves contempladas en el art. 90, pues en el texto del propio art. 72, inc. 1º de dicho ordenamiento sólo se consagra la obligación de actuar oficiosamente si del hecho cometido resultare la muerte o las lesiones previstas en el art. 91, tema que veremos seguidamente. La cuestión se complica en el supuesto de que medie un concurso ideal; si bien con un ejemplo que no corresponde a nuestro Derecho, Núñez [34, p. 248] señala el caso que se presenta, en aquellos países que tipifican el incesto como atentado al orden familiar, cuando se comete un estupro con una persona con la cual se tienen

relaciones de parentesco incluidas en la figura del incesto, que es perseguible de oficio.

Según lo acabamos de exponer, entendemos que la ley ha querido incluir, dentro de la esfera de reserva que le otorga a la víctima, las lesiones graves (art. 90), por cuanto en la excepción consagrada en el art. 72, inc. 1º sólo se alude a las lesiones gravísimas (art. 91) y a la muerte de la persona ofendida, pero con la particularidad de que esos hechos *resultaren* como consecuencia de las agresiones sexuales que también establece taxativamente el precepto mencionado. Entendemos que en este supuesto se presenta una marcada similitud con lo que acontece entre la *criminis causa* del art. 80 y el robo seguido de muerte, que es descrito por el art. 165 de una manera casi idéntica, esto es, cuando “con motivo u ocasión del robo *resultare* un homicidio”. La doctrina y la jurisprudencia nacionales son casi unánimes en interpretar que en el robo seguido de muerte, si bien existe dolo con relación al resultado fatal, éste es una consecuencia accidental, no expresamente querida aun cuando claramente previsible, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos del art. 80, en los que existe una conexidad subjetiva manifiesta y el homicidio o *las lesiones* (art. 92) han sido deliberadamente ocasionados. Ello sentado, nos preguntamos si los casos en que un sádico perversamente causa lesiones graves (art. 90) a la mujer a la que viola o somete de algún otro modo quedan también comprendidos dentro de la esfera de reserva acordada a la víctima o si, por el contrario, la manifiesta gravedad del hecho, sumada a la peligrosidad del sujeto, autoriza a actuar de oficio. Nos inclinamos a responder afirmativamente con respecto a esta última interpretación.

Conforme al régimen de nuestra ley, la acción de instar por parte de la persona agraviada (o de sus padres, representantes o guardadores si se trata de un menor o de un incapaz) es un requisito esencial sin cuya existencia el proceso instruido no es válido; por ello, según Sebastián Soler [45, t. II, p. 531], la instancia del agraviado es una condición procesal y no de punibilidad, pues la omisión de este requisito no trae aparejada la absolución, sino la nulidad del proceso; estima Núñez [34, p. 319], en tanto, que es una condición de procedibilidad, mientras que, de acuerdo con la opinión de Varela [48, p. 77], se trataría de una condición de punibilidad.

b) *Quiénes se encuentran capacitados para instar la acción.*— El art. 72 establece que se encuentran capacitados para promover la ins-

tancia en los tres supuestos que contempla —esto es, las infracciones de naturaleza sexual, las lesiones leves y el impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes— la persona agraviada, en primer término, y, si se trata de un menor, su tutor, guardador o representantes legales. Va de suyo que por la ubicación de este párrafo, que abarca las excepciones al régimen de la instancia privada, él se refiere en inicio a los tres supuestos del articulado, aun cuando sea necesario destacar que la mayoría de las previsiones no comprende al inc. 3º, debido a su propia naturaleza.

Inexplicablemente, al consagrarse la excepción en la que corresponde actuar de oficio, sea porque el delito fuere cometido contra un ofendido que carezca de padres, tutor o guardador, porque la infracción hubiere sido cometida por algunos de ellos o, por último, porque existieren intereses contrapuestos entre las partes, la ley sólo se refiere a la hipótesis de los menores, olvidando a las otras clases de incapaces, que parecerían quedar desguarnecidas.

La redacción del artículo ha planteado la polémica acerca de si existe un orden de prelación entre las diferentes personas a las que se refiere el precepto y si ese orden es el enunciado en el párrafo señalado (esto es, tutor, guardador o representantes legales). Según se verá, hay quienes entienden que no existe ningún orden y que, de existir, él debe ser establecido por la ley procesal, y otros, como Núñez [32, t. II, p. 136], que se inclinan por acordarle prioridad al guardador, carácter que, según dicho autor, puede coexistir con los de padre, tutor o curador, aunque actuando subsidiariamente. Por otra parte, como lo destaca Vidal [51, p. 97], no debe existir duda de que esa prelación la tiene el padre (criterio expuesto con anterioridad a la vigencia de la ley 23.264) y subsiguientemente la madre, el tutor y el guardador, citando numerosa jurisprudencia de la época que así lo sostiene.

Por nuestra parte, creemos que hay que poner de manifiesto que llama poderosamente la atención el error en que incurre el Código, a nuestro juicio, cuando, al enumerar a las personas facultadas para accionar tratándose de menores, no incluye en primer término a los padres, habida cuenta del carácter excluyente de la representación del menor por parte de éstos cuando se encuentran en pleno ejercicio de la patria potestad (art. 274, Cód. Civil), debiéndose tomar en consideración la naturaleza supletoria de las demás personas incluidas en la enumeración; por el contrario, el artículo comentado relega a los padres al último término, quedando incluidos genéricamente dentro de la categoría

de *representantes legales*, circunstancia ésta que nos lleva a concluir que el orden en que están indicadas en el artículo examinado las personas autorizadas *no* es el orden de prelación, pues carece de sentido que el tutor o el guardador desplacen a los padres legítimos en el ejercicio pleno de la patria potestad.

Ese error se pone de relieve cuando a renglón seguido, al consagrar el régimen de excepciones, la ley se refiere a los menores que no tengan padres, tutores o guardadores, estableciendo el orden que corresponde naturalmente, pues los dos últimos actuarán en defecto de los primeros.

Coincide en parte Clariá Olmedo [10, p. 141] cuando rechaza de plano la afirmación de que la ley de fondo ha establecido en la enumeración que efectúa un determinado orden de prelación; menos aún comparte la idea de que ese orden sea establecido por los códigos procesales cuando, estima, el Código Penal no sólo no ha fijado prevalencia alguna sino que tampoco la tolera; ello es así, debido a las dificultades que se presentan a veces para determinar en abstracto con precisión cuál es el “representante” del agraviado incapaz que reúna las condiciones que la ley puede estimar suficientes como para provocar la persecución penal o para evitarla, es decir, para disponer sobre ella en interés de un representado.

Soler [45, t. II, p. 532] destaca, atento a esta falencia, que la ley no ha fijado ningún orden de prelación entre las personas autorizadas a instar y que corresponde a las leyes de procedimiento hacerlo, si es que entienden que debe haber algún orden, tomando en cuenta la gravedad de la decisión a adoptar, pero cabe señalar que esta opinión era atinada en el momento en que el autor la emitió, esto es, con anterioridad a la reforma del Código Civil en el año 1985, cuando se modificó el régimen de la patria potestad por imperio de la ley 23.264. Siendo el Derecho un sistema único y encontrándose regulado minuciosamente e integralmente el régimen de la patria potestad en el Código Civil —en el que se establece que ésta es potestad compartida e indistinta, pues el actual art. 264 de dicho cuerpo legal dispone que se presume que los actos realizados por uno de los padres cuentan con el consentimiento del otro, salvo los supuestos contemplados en el art. 264 *quater* o cuando mediere una expresa oposición—, resulta incuestionable afirmar que es éste el régimen que prevalece y debe aplicarse en orden a establecer incapacidades o prioridades para instar la acción en esta clase de infracciones dependientes de instancia privada, particularmente cuando la situación no es la normal contemplada en el art. 264 del Cód. Civil y se trata de pa-



dres separados, divorciados, aquellos cuyo matrimonio ha sido anulado o que han sido privados de la patria potestad, o cuando se trata de hijos extramatrimoniales. En todos estos supuestos la ley le acuerda al juez una actuación muy importante, como así también en los casos en que hay desacuerdos entre los padres legítimos (art. 264 *quater*, Cód. Civil).

Consecuentemente, queda claro que el titular que tiene derecho a instar es la persona penalmente ofendida por el delito, pero, por supuesto, debe estar capacitada para ello, aunque excepcionalmente alguna jurisprudencia ha autorizado a menores adultos a instar por su cuenta, punto de vista que ha sido criticado [21, p. 1146].

La amplia reforma introducida por la ley 25.087 en los capítulos que tipificaban las infracciones de naturaleza sexual ha dejado sin efecto el requisito de que, con respecto a los delitos de estupro y raptó, la calidad de víctima recayera siempre en una mujer.

Ciertamente no se presentan mayores problemas cuando se trata de una persona adulta en el pleno ejercicio de sus derechos, pero, conforme lo destaca Núñez [32, t. II, p.137], las limitaciones derivadas de la calidad de quebrado, concursado o inhabilitado penalmente no afectan esa aptitud de instar la acción cuando se ha sido víctima de un delito de los enumerados en el art. 72. Pero al respecto cabe poner de relieve el grave vacío legal que existe cuando se trata de una persona adulta incapaz carente de curador, pues la ley, al contemplar las excepciones que facultan a actuar de oficio, siempre se refiere a los *menores*, habiendo debido, en realidad, utilizar un concepto más amplio, como es el de *incapaces*, quienes merecen idéntica protección legal que los primeros. Si dicho adulto incapaz tiene designado curador (art. 468, Cód. Civil), éste estará facultado para instar la acción (art. 475) en su carácter de representante legal.

La figura del tutor, conforme al Código Civil, aparece en el art. 264 *bis*, al disponer ese precepto que: “*Cuando ambos padres sean incapaces o estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio los hijos menores quedarán sujetos a tutela ...*”, la cual puede también haber sido dada de manera voluntaria por los padres (arts. 383 a 388, Cód. Civil), por la ley (arts. 389 a 391, Cód. Civil) o por los jueces (arts. 392 a 397, Cód. Civil).

Adiferencia de ello, el concepto de *guardador* es más de hecho que de derecho, pues se designa con esa denominación a quien tiene la efectiva tenencia del menor, su cuidado y gobierno, cualquiera que sea la calidad jurídica o parental que invista —hermano, abuelo, etcétera—,

siempre que esa relación no se superponga con la de padre o madre en el pleno ejercicio de la patria potestad o tutor que actúe efectivamente y tenga, asimismo, dicha relación una cierta permanencia y no sea circunstancial. Cabe agregar que la ley confiere al adoptante la guarda del menor durante el proceso de adopción (arts. 316 y 317, Cód. Civil). Constituye, según se dijo antes, una relación supletoria o subsidiaria, como también lo es la tutela, pues existe en defecto de la patria potestad de cualquiera de ambos padres.

Señala De la Rúa [21, p. 1149] que esa relación puede ser alternativa con la patria potestad y ejemplifica esa aseveración con el caso del director de un internado lejano del domicilio de los padres que tiene la guarda durante el período escolar, recuperando los padres su patria potestad plena durante las vacaciones, criterio al que se opone categóricamente Vidal [51, p. 100], pues entiende que en estos casos no existe una delegación de la patria potestad y cita un fallo de la Cámara Federal de la Plata que declara la nulidad de las actuaciones instadas por el director de una escuela. Creemos que será una cuestión de hecho a valorar por el juez interviniente (teniendo en cuenta, especialmente, la facilidad de las comunicaciones actuales) la de admitir o no la instancia en esas condiciones o hasta actuar de oficio, cuando los padres en ejercicio pleno de la patria potestad se encuentran ausentes, sin que exista una posibilidad de consulta rápida, y la urgencia y características que rodean al caso así lo requieran.

Por último, la ley, a guisa de comodín, se refiere a los *representantes legales*, denominación amplia y omnicomprendiva que involucra a todas las categorías anteriores —por cuanto los padres en el ejercicio de la patria potestad son *representantes legales* del menor (art. 274, Cód. Civil), como también lo es el tutor (art. 377, Cód. Civil)— y a otras más, como el curador (art. 475, Cód. Civil), pues al ser éste representante del incapaz adulto lo es también de sus hijos menores (art. 480, Cód. Civil). También está incluido en la categoría de *representantes legales* el adoptante, tanto si la adopción es plena (art. 323, Cód. Civil) como si es simple (arts. 329 y 331, Cód. Civil); asimismo, conforme parece disponer el nuevo art. 132 del Cód. Penal, modificado por la ley 25.087, “... la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o *representación* de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas ...”. El amplio concepto establecido en el art. 1870 del Cód. Civil no parece ser aplicable al caso que nos ocupa.

Para De la Rúa [21, p. 1146] la facultad para instar del representante legal subsiste en tanto su representado viva, pues si éste fallece no como consecuencia del hecho, antes de que la acción haya sido instada, el representante pierde su calidad de tal y esa facultad se transformaría en un derecho personal de éste, lo que resultaría inadmisibles para dicho autor, mas es necesario advertir que en tal supuesto se consagra la impunidad del hecho cometido. En efecto, en esa situación a la que se refiere De la Rúa o en aquella en que la víctima es plenamente capaz, la muerte, acaecida antes de haber instado, trae como resultado la impunidad, pues no se podrá formar causa ante la imposibilidad de excitar al órgano jurisdiccional. Para paliar esa situación en el caso de los menores e incapaces, un sector doctrinario [41, p. 689] propone el rechazo de la distinción entre la titularidad del derecho a instar, que corresponde al ofendido con exclusividad, y la titularidad del ejercicio del mismo derecho, que en el caso de los menores e incapaces se traslada a los padres, tutores, guardadores o representantes legales, y le acuerda a la instancia una cierta autonomía; todos los legitimados podrían actuar *per se*, esto es, *iure proprio*, pues se trata de una aptitud procesal operativa, en cuyo caso, no obstante la muerte del representado, nada perjudicaría la facultad preexistente de instar.

La calidad de las personas nominadas por el Código Penal en su art. 72 se acredita por los medios de prueba generalmente admitidos —partidas de nacimiento, instrumentos públicos, resoluciones judiciales, etcétera—; en cuanto al carácter de guardador, vale cualquier medio de prueba que lo establezca.

La jurisprudencia en muchos casos se ha mostrado amplia, debido al temor a que formalidades excesivas en dicha prueba hagan ilusoria la protección de las víctimas, según lo puntualiza Núñez [32, t. II, p. 139], mientras que en otros ha sido más exigente.

c) *Las excepciones al régimen de la instancia privada.*— Sentado lo expresado precedentemente, deberá recordarse lo ya dicho respecto a la finalidad original que tuvo el régimen de la instancia privada, esto es, la de preservar a la víctima de una ofensa sexual, de una duplicación de la lesión, provocada por la publicidad que es inherente a toda investigación y debate judicial (*strepitus fori*), daño adicional que era *sentido* en medida mucho mayor unos años atrás; en virtud de ello, la ley autoriza a la persona ofendida a ocultar los hechos si así ella lo decidiese.

1. *Excepciones del inc. 1º y del penúltimo párrafo, «in fine» del art. 72.*— Mas esa autorización no es ilimitada y cesa, debiéndose proceder de oficio, cuando “*resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el art. 91*”. La doctrina ha sostenido que ese resultado letal o de un gravísimo daño en la salud puede haber sido causado por una acción dolosa o preterintencional; tal el criterio de Soler [45, t. II, p. 531], compartido por Vidal [51, p. 86], pero parece más acertado el punto de vista más amplio que expresa Núñez [32, t. II, p. 132] y reproduce De la Rúa [21, p. 1155], quienes entienden que la ley se refiere a todo resultado querido o que derive directamente de las acciones cumplidas por el autor o los autores para ejecutar la infracción. En efecto, incluso cuando el resultado fatal haya sido producido por una acción culposa (haberle proporcionado a la víctima una sustancia que por negligencia se creía era afrodisíaca o que la adormilaba facilitando la acción y, que debido a sus ingredientes tóxicos (desconocidos por el autor), ocasiona la muerte a quien fuera violada), tal conducta constituye una excepción a la reserva de la instancia privada y debe ser investigada de oficio, pues cuando la ley expresa “*resultare*” no está haciendo distinción alguna que autorice a excluir la muerte resultante de una acción culposa.

Examinada esa excepción, establecida en el inc. 1º del art. 72, corresponde analizar las otras, que se encuentran sistemáticamente en la parte final del penúltimo párrafo del precepto y que, con arreglo a las normas interpretativas lógicas, debieran funcionar en relación con los tres supuestos distintos que le preceden, esto es, las ofensas sexuales, las lesiones leves y el impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes, hipótesis esta última que difícilmente pueda estar conectada con la excepción a la que aludimos. En efecto dicha excepción al régimen de la instancia privada a la que alude el art. 72, inc. 3º cuando establece que: “... *Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor o guardador o que lo fuere por uno de sus ascendientes tutor o guardador...*” es posible advertir que la proposición principal en esta oración compleja es “... *se procederá de oficio...*” y ella se ve modificada por dos oraciones subordinadas adverbiales que, a su vez están coordinadas entre sí por el nexos “o”. El pronombre relativo que introduce a la primera “*cuando*”, debería repetirse al introducir a la segunda. En cambio, se alterna con el pronombre relativo “*que*”, redacción que puede generar confusión en la lectura de la oración, más allá de que el significado parece ser obvio.

El artículo agrega, a partir de la reforma de la ley 25.087, un apartado final que veremos *infra* en el apartado 2.

Como queda dicho, la víctima debe ser un menor y al respecto habrá que estar a lo que establece el Código Civil; con arreglo a sus disposiciones, estimamos que quedan excluidos los menores emancipados por casamiento o por habilitación de edad (arts. 131, 133 y 264) y los mayores de dieciocho años que se encuentran capacitados para estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos (art. 128), debiéndose tener presente que el nuevo art. 132, si bien no autoriza a instar la acción, faculta a un menor de más de dieciséis años víctima de una ofensa sexual a proponer un avenimiento con el imputado, que el tribunal podrá excepcionalmente aceptar si se dan los supuestos que contempla el citado precepto.

En lo que atañe a la primera de las hipótesis contempladas por la ley vinculadas con el supuesto previsto en el inc. 1º (es decir, el de un menor que no tenga padres, tutor o guardador), habrá que hacer algunas precisiones, a saber:

- a) Ello no quiere decir que el menor carezca en absoluto de padres por ser huérfano, sino que se encuentre en una situación de abandono, sea de hecho o de derecho. Puede ocurrir que sus padres estén ausentes, que hayan sido privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad (arts. 264 *bis* y 309, Cód. Civil) o que estén imposibilitados de hecho para actuar, o que algo similar ocurra con su tutor o guardador.
- b) Plantea algunas dudas la cuestión del momento en que esa situación de abandono ha existido, esto es, si se debe tomar en cuenta el momento del hecho o la ocasión de ejercer la instancia; en este sentido tiene razón De la Rúa [21, p. 1154] al afirmar que en tal caso debe procederse de oficio cuando resulta irrazonable esperar una eventualidad remota hasta el término de prescripción de la acción, para que se resuelva esa situación de efectivo abandono.

La segunda hipótesis que exceptúa la aplicación de la regla de la dependencia de la instancia privada, siempre en lo concerniente a lo contemplado en el inc. 1º, se presenta cuando el posible autor o partícipe del delito cometido en perjuicio del menor es alguno de los padres (o ambos), el tutor o el guardador, supuesto que no presenta mayores dificultades interpretativas.

2. *Una nueva e importante excepción.*— Como parte final al art. 72, la ley 25.087 ha agregado un párrafo que dispone: “*Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos (ascendientes, tutor o guardador) y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél*”, con lo que se retorna parcialmente a la fórmula consagrada por la ley 17.567. En el agregado se ha omitido innecesariamente la figura del *representante legal*, como puede serlo el adoptante, omisión que puede tener su importancia habida cuenta del régimen restrictivo en materia de interpretación penal.

Dicha norma se dictó acertadamente luego de que la Constitución Nacional, en su art. 75, inc. 22, le acordase un rango prevaleciente a la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que —entre sus múltiples normas protectoras— en su art. 19.1 dispone: “*Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo*”.

En virtud de ello, la norma resulta adecuada para cubrir los casos en que, como lamentablemente ocurre sin distinción de clases sociales y con una frecuencia considerable, los menores son víctimas de abusos sexuales dentro del seno familiar. Es, por ejemplo, el caso de la madre que tolera y no insta la acción penal, cuando sabe que otro integrante del grupo familiar, el padrastro o su nueva pareja abusan reiteradamente de una de sus hijas o hijos menores, y encubre el hecho para no agravar la situación familiar. En tal caso, en conocimiento de lo ocurrido, el fiscal podrá actuar de oficio en protección del menor abusado, sin ataduras que lo impidan.

El *telos* normativo del art. 72, ciertamente, faculta a los padres a instar o no la acción penal en caso de un ataque sexual contra sus hijos menores; tal decisión supone una difícil y ponderada valoración de las circunstancias del caso y de los males que la publicidad del proceso pueda causarle a la víctima, mas la ley también sopesa y da prioridad a aquellos casos en que debe primar, además de la investigación y el castigo del delito ya cometido, *la prevención de tales conductas*. Es así que la nueva ley 25.087 considera una agravante no sólo que la infracción sea llevada a cabo por un ascendiente o hermano (art. 119, inc. b), sino que

el hecho se realice en perjuicio de un menor de dieciocho años aprovechando la situación preexistente de convivencia con el mismo (art. 119, inc. f), y configura una conducta típica especial cuando el abuso, por su duración o por las circunstancias de su realización, hubiere constituido un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

3. *La acción dependiente de instancia privada contemplada en el inc. 2º del art. 72 y sus excepciones.*— Contempla el inc. 2º del art. 72, el caso de las lesiones leves, dolosas o culposas, siempre que no mediaren razones de seguridad o de interés público. Como se dijo anteriormente, el motivo de su inclusión dentro del régimen de la instancia privada fue el de tratar de descomprimir el enorme caudal de denuncias que por este tipo de infracciones se recibían en los tribunales del fuero, siendo que muchas de ellas, por su escasa importancia, no eran impulsadas por las víctimas ni trabajadas por los juzgados, causando un innecesario desgaste jurisdiccional.

Hay supuestos en los que a priori es difícil establecer si se trata o no de una lesión leve y, por tanto, comprendida o no dentro del régimen del art. 72 del Código, pues ello depende de la evolución de la herida; habrá en tales casos que posponer la decisión jurisdiccional hasta tanto la situación se defina.

Por el contrario, la jurisprudencia ha sostenido en alguna oportunidad que el delito de lesiones no reconoce gradación y en virtud de ello el art. 72, inc. 2º —de carácter procesal— no puede modificar la hipótesis del art. 94 del mismo ordenamiento, ampliando la posibilidad de que ante una eventual configuración de una lesión grave a partir del hecho culposos, pueda obviarse la necesaria instancia de acción ejercitada por el damnificado.

Pero no toda lesión leve depende de la instancia de la parte lesionada o de sus representantes, pues deberá procederse de oficio cuando mediaren razones de seguridad o de interés público. El concepto de *seguridad pública* ha sido explicado por la doctrina como sinónimo de “seguridad común” o, en su sentido más amplio, como “resguardo o protección de la colectividad”, mientras que al *interés público* se lo asimila al “interés jurídico del Estado” dirigido a la defensa de las instituciones creadas por la Constitución y las leyes; en tanto esas lesiones hayan de algún modo vulnerado los bienes antedichos, trascendiendo el interés individual y poniendo en riesgo concreto o comprometiendo un bien útil o necesario para la comunidad, corresponde actuar oficiosamente.

Si los supuestos precedentemente señalados no se presentan, tratándose de lesiones leves —aun cuando medien algunos supuestos de calificación—, en tanto la víctima, su tutor, guardador o representante legal no insten la acción, no se procederá a formar causa.

El art. 92 del ordenamiento punitivo califica las lesiones leves cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 80 de dicho Código y es evidente que la ley no excluye necesariamente a estas conductas, en tanto esas calificantes no se encuentren comprendidas en las razones de seguridad o interés público. Así, por ejemplo, el inc. 1º del art. 80 prevé la situación de que el agresor conozca su calidad de ascendiente, descendiente o cónyuge de la víctima, hipótesis que fue expresamente contemplada al introducirse la reforma por la ley 17.567, pues lo que de algún modo se pretendía era descomprimir la labor judicial muchas veces saturada por denuncias de lesiones leves producidas en riñas familiares, en las que se actuaba de oficio, cuando era luego la víctima la primera interesada en que se dejara sin efecto el correspondiente trámite instructorio. Precisamente para evitar ese desgaste inútil se introdujo el inc. 2º del art. 72.

Claro está que ese predicamento no puede formularse respecto de los otros incisos del art. 80, pues es posible sostener que los delitos contemplados en la mayoría de ellos afectan la seguridad o el interés público, situaciones que, como ha sido dicho, son las dos excepciones al régimen de la instancia privada en el caso de las lesiones leves, dolosas o culposas. Por lo general, la jurisprudencia ha caracterizado como hipótesis en la que se materializan ambas excepciones aquella en que media una conducción temeraria de un automóvil, existe una impericia manifiesta, o la víctima o el autor es un representante de la autoridad, o cuando las lesiones son producidas por el accionar de una patota, se altera el orden dentro de una repartición pública, se pone en peligro la continuidad de un servicio público, etcétera. Critica enfáticamente ambas excepciones De la Rúa [21, p. 1155], entendiéndolo que la regla es objetable por su excesiva amplitud.

d) *Infracción contemplada en el inc. 3º del art. 72.*— La ley 24.270, que entró en vigencia en el año 1993, castiga con pena de prisión a quien (sea padre o un tercero) ilegalmente impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes y, si dicho menor lo fuere de diez años o estuviere incapacitado, se agrava la pena para el infractor. La norma considera que se encuentra incluido en la conduc-

ta punible el mudar de domicilio al menor sin autorización judicial; si esa mudanza fuere al extranjero, la pena conminada se incrementa. Se trata, a nuestro juicio, de uno de los tantos casos en los que el legislador recarga abusivamente las incumbencias penales —promoviendo con ello el colapso del sistema— en la errónea creencia de que con años de prisión se soluciona cualquier problema, de la naturaleza que sea.

En el caso que nos ocupa se trata indubitablemente de una cuestión propia del Derecho de familia, a la que es ajena el magistrado penal, a quien, sin tener la formación y experiencia necesaria para ello, se le impone la obligación de fijar un régimen de visita o de velar por que se cumpla el ya existente.

Tiene sobrada razón De la Rúa [21, p. 1156] cuando expresa que la acción que nace de este tipo de delitos debió, en todo caso, haber sido de naturaleza privada, pues de tal modo se evitarían las dificultades propias de su estructura, ya que, al ser de instancia privada, una vez liberado el obstáculo la acción debe proseguirse de oficio y allí es cuando se pone en funcionamiento lo dispuesto en el art. 3º de la mencionada ley, que establece: “*El tribunal deberá: 1º) Disponer en un plazo no mayor de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres. 2º) Determinará, de ser procedente, un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o, de existir, hará cumplir el establecido. En todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil.*”

Al respecto, cabe preguntarse: ¿qué ocurre si es ubicado el padre que se mudó y se reanuda el régimen de visita que, luego de un tiempo, vuelve a ser interrumpido? ¿Habrá que dejar sin cerrar la causa previendo esa contingencia? ¿Habrá que concluirla y volver a iniciar una nueva, con el desgaste consiguiente?

e) *Otros obstáculos a la actuación de oficio en el ejercicio de la acción pública.*— De las consideraciones que anteceden es posible concluir que el régimen de la instancia privada importa un obstáculo al ejercicio de la acción pública, ya que, mientras no se lo remueva por un acto voluntario de la víctima o de sus representantes legales, el órgano jurisdiccional no puede actuar de oficio, salvo que se den algunas de las excepciones que contempla la ley, sean referidas a la gravedad resultante del hecho en sí mismo, o por las condiciones en que se encuentra la víctima. Pero ese obstáculo a la regla general del principio de la oficialidad no es el único, pues hay otros, generalmente de carácter cons-

titucional o legal, que también impiden la actuación del órgano jurisdiccional hasta tanto dicho obstáculo no sea superado.

Ello ocurre con muchos funcionarios o también con los magistrados que tienen fueros que impiden someterlos al imperio del juez penal interviniente, y en la mayoría de los casos es menester requerir al cuerpo colegiado al cual el imputado pertenece que lo desafuere y permita su juzgamiento pleno, pues se debe tener presente que es inherente a la acción pública la facultad de llegar hasta la conclusión del juicio iniciado. Con respecto a los legisladores, la doctrina prevaleciente admite que se tomen diversas medidas de investigación, siempre que no incumban a su investidura, y así se ha resuelto que las investigaciones judiciales preliminares tendientes a constatar la existencia del hecho presuntamente delictivo —como, por ejemplo, una intervención telefónica—, si no se afecta la libertad personal del legislador ni se arriba a la etapa del procesamiento, no son vulnerantes de su inmunidad parlamentaria, siendo necesario el desafuero para que el juez de la causa pueda privar de la libertad al integrante del cuerpo legislativo.

En lo que concierne a los magistrados, ocurre otro tanto, y se ha sostenido asimismo por la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, en la causa instruida a María Servini de Cubría, que la valoración de la conducta de los jueces de la Nación, cuando se les imputa la comisión de un delito perseguible de oficio, constituye una materia que queda reservada únicamente a los órganos de enjuiciamiento político, única vía apta para superar la inmunidad procesal de la que gozan aquéllos, atributo de su investidura, pues el procesamiento y la convocatoria a prestar declaración indagatoria a un magistrado constituyen actos que, por su gravedad, son capaces de afectar la inmunidad que la Constitución Nacional les reconoce, al amparo de elevados objetivos institucionales.

En tanto no se remuevan los impedimentos antedichos a través de los procedimientos —que tanto la Constitución Nacional como las respectivas constituciones provinciales establecen— la actividad persecutoria debe paralizarse mientras se realiza el antejuicio y, si es destituida, quedará expedito el camino para la continuación del proceso judicial, ya que se trata de una condición de procedibilidad, pues de lo contrario habrá que esperar que cese la inmunidad que ampara al imputado, por cesación de su mandato o por otra causa.

§ 5. **REGIMEN DE LAS ACCIONES PRIVADAS.**— Los arts. 73, 75 y 76 se refieren y disciplinan el régimen de las acciones privadas. Ya se señaló

antes que, en rigor de verdad, la naturaleza de todas las acciones penales que nacen de los diversos delitos es *pública*, pues a (diferencia de lo que puede ocurrir con la *acción civil "ex delicto"* que se promueve dentro de un proceso penal) en ninguna de ellas se persigue satisfacer un interés o una finalidad privada, sino el castigo de una persona por la comisión de una conducta que la ley ha tipificado previamente como punible. Lo que ocurre es que el legislador, con relación a algunas infracciones en las que no se encuentra gravemente comprometido el interés del Estado —casos en los cuales, como lo señala Soler [45, t. II, p. 531] “... el interés del Estado no va más allá del interés del particular ofendido...”—, delega en el agraviado el *ejercicio* de la acción, quedando a cargo de la supuesta víctima no sólo promover el juicio mediante acusación o querrela, sino el impulso total del proceso, estándole por consiguiente estrictamente vedado al magistrado interviniente actuar de oficio, bajo sanción de nulidad de lo actuado.

Por ende, una más adecuada clasificación de las acciones que nacen del delito debiera ser:

- a) Acción pública.
- b) Acción pública dependiente de instancia privada.
- c) Acción pública de ejercicio privado.

Mas la clasificación que prevalece de manera unánime en la doctrina y en la jurisprudencia nacionales es lo suficientemente clara y aceptada como para no promover su modificación por un prurito doctrinario, motivo por el cual seguiremos utilizándola.

Como consecuencia de lo anteriormente dicho, las diferencias existentes entre la acción pública y la privada (más notorias en casos como el nuestro, en el que sigue prevaleciendo el principio de la legalidad, pero que igualmente subsisten en sistemas que adoptan el de la oportunidad) fluyen de todas las consideraciones precedentemente expuestas, motivo por el cual deviene superfluo reiterarlas; en lo que concierne a las acciones dependientes de instancia privada, la principal diferencia estriba en que en estas últimas, una vez que la víctima se decide a poner en conocimiento total o parcial el hecho sufrido, la causa prosigue de oficio, pero siempre respetando el principio de la divisibilidad real.

Como ya se ha visto, también el órgano jurisdiccional actúa de oficio cuando se dan algunas de las excepciones contempladas en el art. 72, sea que se refieran a la gravedad de las consecuencias derivadas del delito (muerte o lesiones gravísimas), sea por la condición de la persona

ofendida (menor abandonado), sea por la calidad del autor del hecho (esto es quien debía protegerla), o sea porque existen intereses groseramente contrapuestos entre este último y el menor o incapaz. En todos estos supuestos de excepción, como en el caso en que el agraviado ha promovido la instancia, no subsiste la disponibilidad de la acción, pues se actúa de oficio, mientras que en los casos de acción privada esa disponibilidad siempre permanece en poder del agraviado y se mantiene aun después de haberse condenado al autor del hecho, ya que puede extinguir la pena mediante el perdón (art. 69), tema éste que se conecta con el de la divisibilidad, que analizaremos seguidamente.

Es motivo de reflexión el alcance del principio de la divisibilidad en los casos de los delitos de acción privada. Como ya fue expuesto al desarrollar similar cuestión en los delitos dependientes de instancia privada, debe distinguirse entre la *divisibilidad real*, referida a los hechos, y la *divisibilidad personal*, que se relaciona con los participantes en dichos hechos (autores, coautores o partícipes). Con respecto a la *divisibilidad real*, no cabe duda de que ella es total, por cuanto queda plenamente supeditado a la voluntad de la persona agraviada el promover e instar por la infracción que a ella le parezca conveniente, no pudiendo ir el Estado más allá de esa decisión, a la que puede renunciar la víctima cuando así lo estime (art. 59, inc. 4º), con lo cual se extingue la acción promovida.

Por lo que toca a la divisibilidad o indivisibilidad personal, resulta menester efectuar ciertas precisiones. Tampoco cabe duda en cuanto a la divisibilidad personal *ex ante* —esto es— a que el agraviado pueda elegir a quiénes va a querrellar, haciéndolo con respecto a unos y dejando de lado a otros. La afirmación antedicha encuentra un sólido respaldo interpretativo en el hecho de que, hasta la derogación del delito de adulterio dispuesta por la ley 24.453, el derogado art. 74 establecía de manera expresa la obligación de acusar a ambos delincuentes, prescripción que supone necesariamente que en los demás casos de acciones privadas esa obligación de actuar contra todos no existe, pues de lo contrario el legislador no se hubiera visto en la necesidad de consagrar expresamente la excepción.

Profundizando el análisis del tema que nos ocupa, si bien se discute si para ejercer la renuncia de la acción ésta debe previamente haber sido promovida formalmente o si, por el contrario, ese derecho existe desde que ella nace —vale decir, desde que se cometió el delito que le da origen—, lo que no es mayormente materia de debate es que ella debe ser

expresa, con la única duda que deriva de la situación contemplada en el art. 1097 del Cód. Civil. Resulta igualmente controvertido si la renuncia del agraviado debe o no ser aceptada por el supuesto agravante, habida cuenta del derecho que le cabría a éste de defender judicialmente su inocencia y lograr un pronunciamiento jurisdiccional que así lo declare. Respecto de esas situaciones, Soler es claro en sus apreciaciones. Entiende —en lo que atañe a la primera de ellas— que no es necesario, para la renuncia, que la acción haya sido ya entablada, debiéndose formalizarla en tal hipótesis mediante una manifestación de voluntad fehaciente, toda vez que no hay juicio alguno en el cual formularla.

En lo que concierne a si es menester la aceptación de la renuncia por parte de la persona sindicada como responsable de la infracción, afirma el tratadista citado que el derecho otorgado por la ley en el art. 59, inc. 4° no se encuentra condicionado a esa circunstancia y, efectivizado el mismo, no queda otra alternativa que dar por concluidas las actuaciones, toda vez que no es posible proseguirlas sin que exista una acción penal, pues ella se extinguió.

El principio de la divisibilidad real y personal es tan fuerte que Claríá Olmedo [II, p. 621] entiende que, con el acto de ejercicio de la acción, el titular del derecho de querrela formula acusación ante el órgano jurisdiccional y en ese momento la pretensión queda objetiva y subjetivamente limitada *al hecho imputado y a la persona acusada*. El órgano jurisdiccional no puede extender, ni objetiva ni subjetivamente, la imputación acusatoria más allá del contenido de la querrela, porque importaría proceder *ex officio* y entonces el acusado soportaría un juicio sin acusación válida, violándose un postulado constitucional. Más aún, se trataría de un no juicio, ante la carencia de uno de sus elementos sustanciales, que impide el regular ejercicio de la defensa. La cuestión se vincula estrechamente con la vigencia del principio del *iura novit curia* y se presenta cuando se querrela erróneamente por la comisión del delito de calumnias y resulta ser que la infracción realmente cometida es una injuria, o viceversa. Cabe preguntarse si puede el tribunal de oficio adecuar correctamente la calificación que corresponde o si debe rechazar la querrela debido a ese error en el encuadramiento. La jurisprudencia mayoritaria se inclina por esta última solución, inaplicable en todos los demás casos, pero que prevalece en los delitos de acción privada, aun cuando en tal supuesto no media cosa juzgada y se puede (si no se concretó la prescripción de la acción) abrir nueva causa por el delito realmente cometido. El criterio contrario fue sustentado por Argi-

bay Molina [8, p. 28]. En este orden de ideas, algún fallo ha sostenido que en atención a la particular naturaleza de los delitos de acción privada, el juez no se encuentra facultado para realizar de oficio ninguna actividad instructoria, lo que no es tan así, porque el Código Procesal Penal de la Nación (art. 426) al igual que muchos otros provinciales, autorizan a llevar a cabo en ciertos supuestos una investigación preliminar. Además, en dicho pronunciamiento se le negó al juez la facultad de convocar a las partes a la audiencia previa de conciliación, pese a lo expresamente dispuesto por el art. 424 del ordenamiento procesal antes mencionado, por cuanto ello importaría vincular al querrellado a la causa en calidad de sujeto de acción penal.

Las consideraciones precedentes no son ajenas al tema que se refiere a qué ocurre con la renuncia del agraviado durante la tramitación del juicio cuando son varias las personas imputadas por el hecho, pues tendrán aplicación en tanto la renuncia estudiada tenga o no efectos extensivos a los partícipes que pudiera haber en el mismo; se ha discutido también si, una vez iniciado el juicio contra varios de los presuntos responsables —habida cuenta de la facultad que la ley le confiere de extinguir la acción mediante la renuncia (art. 59, inc. 4°)—, esa extinción aprovecha o no a los demás imputados, pues, se sostiene, debe aplicarse la regla consagrada en el art. 69 del referido ordenamiento cuando, al regular el alcance del perdón, establece que: "... *Si hubiere varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovechará a los demás*". Por consiguiente, la dificultad interpretativa estriba en que, en tanto en el supuesto de renuncia de la acción nada se dice, en el supuesto de la extinción de la pena (perdón) se consagra expresamente el principio de la comunicabilidad de los efectos a todos los imputados, sea cual fuere la voluntad de quien perdona [23, p. 107].

La admisión del efecto extensivo a todos los partícipes de la renuncia del agraviado, en los delitos de acción privada, fue abordada por Soler en su calidad de magistrado, cuando integraba como vocal la Cámara Penal de Apelaciones de la ciudad de Rosario —Sala en lo Criminal— en la causa "Herrera y otra" dictada el 30 de diciembre de 1937 (inédito), oportunidad en la que el agraviado renuncia expresamente a la acción contra una querrelada al tomar conocimiento de que la misma era una menor de catorce años en el momento del hecho, pero haciendo la salvedad de proseguir las actuaciones contra los demás. La defensa, en función de lo dispuesto por el art. 137 del Cód. Proc. Penal vigente en esa época, solicita se extiendan los efectos de dicha renuncia contra todos.

La Cámara, con el voto de Soler, no hace lugar a lo peticionado, articulando varias razones para ello, a saber:

- a) El citado art. 137 del Cód. Proc. Penal, en tanto establece una mayor amplitud a la causa extintiva de la acción, es inconstitucional, por cuanto ello es materia reservada a la ley sustantiva.
- b) Un claro principio interpretativo indica que cuando existen dos situaciones parecidas, aunque no idénticas, pues no son sino tan sólo dos diferentes momentos del mismo derecho, y el legislador le ha acordado a una un alcance distinto del de la otra, es eso precisamente lo que ha querido hacer, esto es, si sólo para el perdón ha instituido la regla de la comunicabilidad, ha entendido excluirla en el otro tramo de la misma institución, pues de lo contrario habría identificado ambos preceptos (arts. 59, inc. 4° y 69, Cód. Penal).
- c) Consecuentemente, la renuncia en los delitos de acción privada contra uno de los copartícipes no se extiende *de iure* a los demás, sino que se rige por los principios generales del desistimiento: debe ser aceptado y se refiere al sujeto en cuyo favor se hace.
- d) El argumento válido de que el Estado, aun cuando admite los delitos de acción privada, no puede prestarse a la arbitrariedad de un particular para que éste elija al culpable de su preferencia tiene viabilidad en cuanto a la pena, y así lo consagra el art. 69, pero, por otra parte, no es admisible que en virtud de él el agraviado se vea obligado a querellar contra toda razón a personas cuyo arrepentimiento le consta o, como sucede en el caso juzgado, contra una menor incapaz cuya edad no fue oportunamente conocida. Distinta es la situación luego de mediar una sentencia judicial que esclarezca el tema y, por ello, es diferente el alcance del perdón.

Dispone el art. 76 que las acciones privadas son absolutamente intransferibles, conforme con la excepción que la misma ley consagra en su art. 75 con relación a la acción que nace de los delitos de calumnia e injuria.

Consecuentemente con lo expresado, la promoción e impulso a la causa iniciada es una facultad y a la vez una carga puesta en cabeza del agraviado y sólo él —ya se verán las limitadas excepciones previstas— puede ejercerlas. Va de suyo que en este régimen el juez no puede ac-

tuar de oficio y, si lo hace, la medida realizada es nula, con la excepción, precisamente, de declarar las nulidades que pudieran haberse llevado a cabo y de recabar los antecedentes del imputado en el Registro Nacional de Reincidencia y los que pudieran existir en los registros policiales de la jurisdicción del magistrado [8, p. 20].

El ejercicio de la acción privada y su posterior impulso, en rigor de verdad, deben llevarse a cabo mediante acusación o querrela, no obstante el error deslizado en el art. 76, que reza: "... Se procederá ... por querrela o *denuncia* del agraviado ..."; la jurisprudencia se ha pronunciado de manera reiterada por no otorgarle trascendencia a esa equivocación en la que incurre la ley. Por otra parte, también se examina el alcance de la actuación del Ministerio Público, habiéndose minoritariamente aceptado que ella queda limitada al contralor de legalidad del proceso, a cuestiones de competencia que se llegaran a plantear o a prescripciones alegadas [21, p. 1158].

a) *Las infracciones comprendidas dentro del régimen de las acciones privadas.*— Las sucesivas modificaciones de la ley fueron incluyendo o excluyendo figuras delictivas comprendidas en el régimen de las acciones privadas.

En la actualidad, después de la vigencia de la ley 24.453, el art. 73 enuncia las acciones "... que nacen de los siguientes delitos: 1° calumnias e injurias; 2° violación de secretos, salvo en los casos de los arts. 154 y 157; 3° concurrencia desleal, prevista en el art. 159; 4° incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge".

En lo que concierne a las calumnias e injurias, es la única acción privada para la cual el Código, en su art. 75, contempla una excepción al régimen de la transmisibilidad de la acción, tema al cual volveremos luego. Con relación a la violación de secretos, el régimen de la acción privada—originariamente circunscripto a la situación del empleado de correos que divulgase el contenido de cartas, telegramas u otras piezas postales, contemplada en el art. 154— fue luego ampliado por imperio de la ley 16.648 para comprender a los funcionarios públicos que revelaren hechos, actuaciones o documentos que por ley deben quedar secretos. Respecto a la concurrencia desleal (tipificada en el art. 159, que castiga a todo aquel que "... por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier otro medio de propaganda desleal, tratarse de desviar la clientela ... de un establecimiento comercial o industrial"),



se presenta la cuestión de la titularidad de esa acción privada intransferible, que, cuando se trate de un comercio o industria de propiedad unipersonal, recaerá en su titular; si la víctima es una sociedad, deberá actuarse conforme a la representación de la empresa establecida en sus estatutos, situación comprendida en el art. 76 cuando se refiere a los *representantes legales*. Por último, habiéndose derogado lo atinente al adulterio, resta la causal incorporada por la ley 13.944, que tipificó el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, infracción que es de acción pública en los casos en que la persona afectada es un descendiente, ascendiente, adoptante, adoptado o un incapaz, mientras que es de acción privada cuando la víctima fuere el cónyuge.

b) *Quiénes pueden ejercer las acciones privadas.*— Con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 y con la salvedad establecida con respecto a las acciones que nacen de los delitos de calumnia e injuria consagradas en el art. 75 del citado ordenamiento —excepción a la que nos referiremos posteriormente—, la titularidad de ese derecho le es conferida por la ley exclusivamente al agraviado y, en caso de su incapacidad, a sus guardadores o representantes legales, tema que ya fue analizado al estudiar las acciones dependientes de instancia privada.

c) *Las excepciones contempladas a la obligación de instar por la persona agraviada.*— A diferencia de lo que acontece con las acciones dependientes de instancia privada, la ley actual no contempla un régimen de excepciones por el que, en determinadas hipótesis, sea posible actuar de oficio, aunque cabe recordar que ello sí existió durante la vigencia de las leyes *de facto* 18.953, en 1971 —derogada por ley 20.509—, y 21.338, en 1976 —derogada por ley 23.077—, habiéndosele agregado al art. 75 un párrafo que prescribía que, cuando las ofensas fueran proferidas contra un funcionario público, la acción podía ser promovida tanto directamente por el ofendido, como por su superior jerárquico; en este último supuesto la acción se transformaba en pública y se actuaba de oficio [8, p. 19]. Al margen de esa situación manifiestamente anómala, las excepciones que existen a la carga de que se proceda únicamente por acusación o querrela del agraviado se encuentran contempladas en los arts. 75 y 76. La primera de ellas restringe el ejercicio de la acción privada por los delitos de calumnia o injuria a la persona ofendida, pero agrega que en caso de su muerte podrán iniciarla el cónyuge, los hijos, los nietos o los padres sobrevivientes.

Según Clariá Olmedo [II, p. 620], el orden establecido en el artículo es el de prelación (que, además, es excluyente) y los que están en segundo, tercero o cuarto lugar sólo podrán querrellar en defecto de los que les preceden. Se debate si en el caso expuesto la ofensa debió haber sido proferida en vida del agraviado, habiéndose afirmado que ello es insoslayable, pues no existe acción para proteger el honor de los difuntos, ya que la existencia jurídica de las personas termina con su muerte natural (art. 103, Cód. Civil)—tal como fue resuelto en el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital con el voto mayoritario de los doctores Millán, Frías Caballero, Rébora, Vera Ocampo, Amallo, Lennon, Rassó, Panelo, Romero Victorica y Black—; por ende, la única acción transmisible es aquella que el agraviado sufrió en vida, pero sin llegar a ejercer con relación a ella su derecho a querrellar. Este criterio no es pacíficamente compartido, pues otro sector de la jurisprudencia sostuvo que la ofensa proferida contra una persona muerta trasciende al fallecido y se proyecta a sus descendientes; en tales casos sus parientes tienen legítimo derecho a ejercitar la acción, por ser todos miembros de la familia del ofendido, en cuyo caso pueden actuar *iure proprio*.

#### IV—Jurisprudencia

##### A—Principios generales. La naturaleza de la acción penal

La conminación abstracta que emana de cada una de las figuras penales establecidas, tanto en el Código Penal como en las diferentes leyes especiales, debe pasar del campo ideal al real y para hacerse efectiva se convierte en una pretensión punitiva concreta, cuya naturaleza es sustancial, pues es la ley penal, la ley de fondo, la que fija los presupuestos y el contenido de dicha pretensión punitiva, siendo la *acción penal* el momento dinámico de aquella expectativa de realización del *ius puniendi*.

1. La acción es la dinámica de la pretensión punitiva que la comisión de un hecho pone en movimiento. Es necesario distinguir algunas condiciones y formas bajo las cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectiva. [CJ San Juan, 20/5/65, "Traversi, Rolando y otra", LL, 122-877].

2. Todo lo que se relaciona a un obstáculo legal a la formación de causa o promoción de la acción, en su caso, es de naturaleza sustancial, quedando