

El ejercicio de la acción penal a la luz del art. 72 del Código Penal

Por Guillermo Garone¹

Resumen: El presente trabajo tiene como finalidad acercar al lector una serie de conceptos vinculados con la manera en que debe operar la acción penal según la clase de delito de que se trate. Coexisten en este tópico una serie de cuestiones que han sido dejadas de lado por la doctrina y que, en mi opinión, revisten fundamental importancia para analizar seriamente los alcances de la pretensión punitiva estatal.

Sumario: I.- Introducción. II.- Distintos tipos de delitos según la acción. III.- ¿Qué significa instar la acción penal? IV.- Efectos. V.- Las excepciones. VI.- Conclusiones.

I. Introducción

Tal como dispone el art. 71 C. Pen., “...*Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de [...] las que dependieran de instancia privada y las acciones privadas...*”.

Basándonos en la propia enunciación legal, tanto los delitos de acción pública –definidos por exclusión en el artículo referido- como los de acción privada –enumerados taxativamente en el art. 73- presentan escasas dificultades de interpretación, ya que los primeros constituyen la generalidad de los casos y los restantes han sido enmarcados con precisión por la ley, de modo que los problemas exegéticos de mayor relevancia los encontraremos en el art. 72, que define las acciones dependientes de instancia privada.

La problemática que trataré en este breve trabajo se refiere a la posibilidad de perseguir penalmente un hecho ilícito y de qué modo hacerlo. Las

¹ Abogado UBA; ha realizado un posgrado de actualización en Derecho Constitucional Práctico (UBA); Master en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Granada –España-; titular de Derecho Constitucional II y Asociado de Derecho Penal II –UCES-. Actualmente se desempeña como Fiscal en el Poder Judicial de Tierra del Fuego.

consecuencias de tal decisión –por ello, no menores- pueden impactar en una acción iniciada de manera ilegítima o irregular, susceptible de generar planteamientos nulificatorios² por parte de la defensa o bien, de manera más directa, incidencias tendientes a demostrar que la acción penal no fue legalmente promovida³.

II. Distintos tipos de delitos según la acción

a. Por aproximación, podríamos decir inicialmente que un delito dependiente de instancia privada no es igual a uno de acción pública ni a otro de acción privada.

El primer grupo de delitos comprende aquellas conductas que *al Estado le interesa perseguir* sin mayores condicionamientos, pues atentan directamente contra el modo de vida en sociedad (homicidio, secuestro extorsivo, robo, etc.) y, por ende, los órganos designados por la ley para ello (el Ministerio Público Fiscal en todas sus variantes⁴) deberán llevar a cabo esa persecución.

A su vez, los delitos de acción privada son los vinculados con alguna cuestión particular que no comprende el orden público o, dicho de otro modo, el interés directo del Estado (calumnias e injurias, violación de secretos, etc.).

Sin embargo, para perseguirlos el Estado *pone a disposición* del particular una serie de mecanismos para hacer valer su pretensión, en caso de que se decida por ello⁵.

En tercer lugar, encontramos los delitos cuya acción depende de instancia privada: en pocas palabras, ello significa que para que el Estado los persiga, el interesado debe remover un requisito específico de *procedibilidad*⁶, que es la debida instancia de la acción.

² Art. 154 inciso 2º del CPPTdF.

³ Ver, en este sentido, las excepciones de previo y especial pronunciamiento contenidas en el art. 312, inciso 2º, CPPTdF.

⁴ Este concepto es a su vez tributario del debido proceso legal, establecido en el art. 18 CN (conforme lo sostenido por la CSJN en autos “Mostaccio”, publicado en JA, 2004-I, fasc. Nº 13).

⁵ Este tipo de ilícitos se investiga únicamente mediante la instauración de una querrela criminal, en un proceso similar al de la justicia civil, donde prevalecen institutos prácticamente ajenos al derecho penal tradicional, tales como la retractación pública (art. 117, C. Pen.), la caducidad de instancia (art. 393.1 del CPPTdF), etc.

⁶ Ver CNCorr., sala I, 30-12-2003, “Gareis, Juan Gerardo”, c. 20.928, jueces: Donna, Elbert, Bruzzone, WebRubinzal ppenal2.2.r3, que reza: “Sólo si la denuncia es recibida por la policía o fuerzas de seguridad... y se cumple con las formalidades requeridas para este tipo de delitos, es decir, el particular ofendido inste debidamente la acción ... se da inicio a la prevención...”

Como veremos más adelante, el carácter público que se le atribuye⁷ a este tipo de acciones debe ineludiblemente cumplir un paso previo para hacerse efectivo y así surtir efectos legales.

b. Dicho ello, es necesario aclarar ahora que la inclusión de distintas conductas en este grupo de delitos obedece a diferentes motivaciones.

Las lesiones leves, por ejemplo, se encuentran aquí contenidas porque configuran un delito muy frecuente y de escasa afectación jurídica, razón por la cual el Estado *le sugiere* al damnificado que, si desea que el injusto sea perseguido judicialmente, manifieste de manera expresa que insta la acción penal.

Diferente es el supuesto de los delitos de naturaleza sexual, toda vez que su inclusión en este colectivo se debe a la intención de preservar la integridad de la víctima y, entre otras cosas, a evitar la llamada “victimización secundaria”, que se despliega a lo largo de un proceso penal instruido por delitos de esta índole.

III. ¿Qué significa instar la acción penal?

Así planteadas las cosas, podría decirse que el Estado *formula* a la víctima una especie de *aviso o advertencia especial*: “si usted desea que se investigue un delito contra su integridad sexual o la de sus hijos (o representados legales), entonces deberá instar formalmente la acción penal”; lo mismo sucede con los demás delitos dependientes de instancia privada.

Este requisito especial se ve excluido en los otros dos grupos de delitos: en aquellos de acción pública, no es necesario instar la acción penal sino que simplemente alcanza con que se radique la respectiva denuncia (con excepción de los casos de flagrancia⁸, en los que directamente se inicia el proceso, aún sin denuncia) y en los de acción privada, el proceso se formaliza –como hemos dicho- de una manera distinta y a través de un trámite particular, con ribetes más cercanos a los de la litigación civil⁹.

⁷ A excepción, lógicamente, de las particulares circunstancias señaladas en los arts. 72 inc. 1º última parte y 72, inciso segundo, segunda parte del C.Pen.

⁸ En el ámbito de Tierra del Fuego, el procedimiento de flagrancia se encuentra normativamente regulado en la ley provincial 792.

⁹ Cfr. Art. 415, ss y ccdtes. del CPPN.

Dicha modalidad especial se halla definida en el art. 72, cuarto párrafo C. Pen., (“por acusación o denuncia del agraviado”) que sin embargo no resulta equiparable con *cualquier tipo de denuncia*, sino con una denuncia en la que expresamente se manifieste que se ha decidido instar la acción penal.

Ello obedece, naturalmente, a la formalidad *adicional* que posee la denuncia para un delito de este tipo, pues –como se dijo- existen otras circunstancias en juego (como evitar la victimización secundaria) que deben ser también informadas a la víctima¹⁰.

IV. Efectos

Una vez realizada la denuncia, dicha información debe ser brindada de manera eficiente y eficaz¹¹ al destinatario, y si pese a conocerla persiste en la intención de formalizar un proceso penal por los hechos referenciados, pues entonces podremos decir que la acción exitosamente ha sido convertida en pública.

Muchos autores¹² sostienen que la acción en esta clase de delitos es *pública*. No se comparte. Creo que *puede transformarse* en pública, pero siempre que se cumpla con el proceso previamente explicado.

Y ello no es una cuestión de poca relevancia, toda vez que se vincula con el derecho a la *tutela judicial efectiva*¹³, consagrado mediante los pactos incorporados a la CN en el art. 75, inciso 22, derecho que no solamente implica acceder de manera ágil al reclamo en busca de la subsanación de un derecho que ha sido afectado, sino que también comprende la posibilidad de que la víctima obtenga la protección legal que elija y que, por sobre todas las cosas, conozca y comprenda¹⁴.

Esta última exigencia no se puede cumplir con la sola circunstancia de que el afectado por un delito *comparezca ante las autoridades a realizar una*

¹⁰ Esta y otras informaciones deberán serle proporcionadas a la víctima en función de lo establecido por el art. 79 del CPPN; en el ámbito de Tierra del Fuego, ver art. 65 del CPPTdF.

¹¹ Dicha eficiencia se encuentra dada, a nuestro modo de ver, a través de una detallada explicación acerca de la naturaleza del proceso del que va a participar, las consecuencias que el mismo podrá tener para la víctima, etc. Nuevamente resultan de aplicación aquí los arts. 79 CPPN y 65 CPPTdF.

¹² Entre ellos, Edgardo Alberto Donna.

¹³ Arts. 8 y 25, CADH.

¹⁴ En este sentido, cfr. fallo “Santillán, Francisco Agustín s/recurso de casación”. rta. por la C.S.J.N. el 13/08/98.

denuncia: ese es, en todo caso, el primer paso que deberá completarse como señalamos, para evitar el planteo de nulidades y consecuentemente emprender una investigación sin fisuras.

Si la persona realiza la denuncia y al finalizarla se le explican los alcances del art. 72 y decide no instar la acción penal, esa voluntad, sin lugar a dudas, debe ser respetada.

La controversia se plantea, sin embargo, en el caso inverso: cuando alguien denuncia e insta la acción penal y luego decide retractarse. Este último supuesto pareciera no albergar demasiadas dudas, pese a que implicaría un desconocimiento posterior del derecho del afectado. Así lo ha entendido sin cortapisas la jurisprudencia al sostener: “...*Luego de los claros términos de la inicial denuncia, ningún valor posee la manifestación del damnificado en el sentido de ‘no instar la acción penal’, en tanto en los delitos dependientes de instancia privada, aunque condicionado el inicio al acto de la instancia del agraviado, presenta en lo demás los mismos caracteres de la acción pública, es decir que responde a los principios de legalidad procesal, indivisibilidad e irrevocabilidad ...*”¹⁵.

Lógicamente, en el caso de que exista el principio de oportunidad debidamente legislado, el Fiscal podrá tener en cuenta la mencionada retractación para actuar en consecuencia.

V. Las excepciones

En la segunda parte del art. 72 C. Pen se establece que “...*se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador. Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre alguno de éstos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél...*”.

Del texto legal se desprende un claro mensaje tuitivo para los particulares casos en que los menores no cuenten con representación legal o fueran considerados sospechosos de ser autores o partícipes del delito en cuestión.

¹⁵ CNCCorr., sala VII, 14-6-2005, “Segrera, Diego”, c. 26.786, jueces: Cicciaro, Bonorino Perú, WebRubinzal ppenal2.2.rl

La invocación del *interés superior del niño*¹⁶ para la tarea del Ministerio Público necesariamente se vincula con el criterio de conveniencia citado en la propia ley, que incluye la consideración del *status jurídico especial* de que gozan los niños, precisamente a través de las especificaciones dadas en la Convención.

Al realizar esta evaluación deberá ponderarse, por ejemplo, la necesidad de iniciar un proceso penal respecto del hecho que ha damnificado a un menor que no tiene intenciones de relatar lo que le sucedió.

También, debe el fiscal avizorar el futuro de ese proceso para evaluar si merece la pena exponer al menor a una tramitación de esas características que finalmente no cuente con una decisión que contemple sus expectativas.

VI. Conclusiones

Llegados a este punto, se puede colegir sin lugar a dudas que los términos contemplados en los arts. 71 a 73 C. Pen. revisten una importancia fundamental, pues la forma en que sean interpretados condicionará sensiblemente el ejercicio de la acción pública consecuente y podrá generar, de manera eventual, diferentes planteos acerca de la modalidad en que un delito determinado sea o no perseguido¹⁷.

De igual modo, en los casos de denuncias formalizadas por alguno de los delitos enumerados en el art. 72 del C. Pen., le compete al representante del Ministerio Público Fiscal¹⁸ el análisis pormenorizado de los extremos detallados en este trabajo, pues de dicha actividad dependerá la debida promoción de la acción penal en los términos previstos por la ley y abarcados por el principio de legalidad contenido en el ya citado art. 71 *ibídem*.

¹⁶ Cfr. Arts. 3, 9, 18 y ccdtes. de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra CN a través del citado art. 75 inciso 22.

¹⁷ Desde esta óptica, la defensa de un imputado podría plantear procesalmente, como señaláramos, una incidencia por falta de acción, al haber el damnificado realizado una denuncia pero sin haberse consignado expresamente su voluntad de instar la acción penal para que se investigue el delito.

¹⁸ "...como órgano objetivo de la administración de justicia, sólo interesado en la correcta aplicación de la ley..." (Maier, Julio B.J. "Derecho Procesal Penal, III. Parte general, Actos procesales, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2011, primera edición, p. 305).