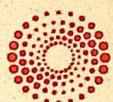


COMENTARIOS AL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

SUPLEMENTO ESPECIAL

JUNIO 2019



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS

LA LEY

Acción penal y proyecto de Código Penal. ¿Una reglamentación inconstitucional?

GABRIEL GONZÁLEZ DA SILVA (*)

I. Introducción

Quiero partir de dos conceptos básicos aunque, por cierto, controversiales para emprender esta presentación.

El primero es que, en mi criterio, la naturaleza de la acción penal es claramente procesal penal (y no penal, "de fondo") y el segundo que, como tal, son las provincias las que deberían regularla en sus respectivos códigos procesales y la Nación en el suyo exclusivamente en lo que respecta a su competencia federal, por no haber delegado tal potestad al gobierno federal en forma expresa ni tácita.

Con tales asertos fácil es advertir la conclusión a la que se pretende arribar: que la reglamentación del régimen de la acción penal tanto en el Cód. Penal de 1921, en las sucesivas propuestas de reforma de dicho cuerpo legal (1), como en el Proyecto de reforma del Cód. Penal de 2019, es inconstitucional, aun cuando en este último se le reconociera mayor protagonismo a las provincias en su diseño.

Sobre estos ejes es que, entonces, habrá de desarrollarse este comentario en cuyo asunto

incide el reparto de competencias entre los órganos legislativos *nacionales* y *provinciales* para el dictado de las *leyes penales materiales* y *procesales penales*, derivado de la estructura federal constitucional vigente.

II. La noción de la acción penal y su naturaleza jurídica (procesal)

Múltiples han sido las definiciones que se han dado sobre el concepto de acción penal y sobre sus caracteres, por lo que en esta presentación del tema, de manera arbitraria, habré de consignar algunas de ellas, con ese fin exclusivamente introductorio.

Según Giovanni Leone, la *acción penal* inviste al órgano jurisdiccional, el cual, por efecto de ella, está obligado a emitir la decisión; e inviste también al sujeto frente al cual se requiere la decisión (imputado), el cual queda sujeto al efecto producido por la promoción de la acción penal, es decir, al desarrollo del proceso y a la aplicación de la ley penal. De esta manera, para el tratadista italiano, "la acción penal se pone, en relación al órgano jurisdiccional, como derecho subjetivo (público); y en relación con el imputado como derecho potestativo. Se trata de dos distintos aspectos de la acción, cada uno de los cuales concreta un poder: derecho subjetivo en relación con el órgano jurisdiccional; derecho potestativo en relación con el imputado. Dos poderes distintos y concurrentes, que desembocan en la definición conclusiva del

(*) Abogado (UBA), Profesor Universitario (USAL), Doctor en Derecho Penal (USAL), Profesor Titular de Cátedra por concurso de Derecho Procesal Penal (UAI), Docente de Posgrado (IUPFA y UNLZ).

(1) Con algunas honrosas excepciones, como por el ejemplo la del "Proyecto Peco" de 1941.

derecho de acción penal. Al derecho subjetivo corresponde la obligación de la prestación de la función jurisdiccional, esto es, de la obligación de emitir la decisión; al derecho potestativo corresponde la sujeción del imputado a las consecuencias procesales producidas por la acción" (2).

Por estas latitudes, Vélez Mariconde definió a la *acción* como el poder jurídico de provocar la actividad jurisdiccional del Estado, a fin de que el juez natural emita, en un proceso legalmente definido, una decisión sobre el fundamento de la pretensión jurídica que se hace valer, mientras que Clariá Olmedo se refirió a la *acción penal* como el poder de presentar y mantener ante el órgano jurisdiccional una pretensión fundada en la afirmación de la existencia de un delito, postulando una decisión sobre ese fundamento que absuelva o condene al imputado (3).

Chiara Díaz, Grisetti y Obligado concluyen a su turno que la naturaleza de la acción penal es definitivamente procesal —de allí que la denominan como *acción procesal penal*— y debe ser claramente diferenciada de la facultad o deber del Estado en dar una respuesta penal (*ius puniendi*). Para tales autores, la acción procesal pertenece, entonces, a todos los habitantes de la Nación y es la expresión del derecho a recurrir a las autoridades, sea de modo personal e individual —el ofendido o damnificado por un delito—, como a través de los órganos del Estado encargados de la persecución de los delitos —Ministerio Público Fiscal— (4).

(2) LEONE, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, trad. por Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, vol. I, ps. 131 y ss.

(3) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1984, t. I, p. 162 y ss. Marchisio pone de resalto los esfuerzos dialécticos realizados por Clariá Olmedo por colocar a la acción penal en una suerte de frontera entre el derecho penal y el derecho procesal penal, aunque, inclinándose por su naturaleza material al afirmar que "es de naturaleza sustancial en cuanto a poder, pero procesalmente proyectada en cuanto a su ejercicio" (conf. MARCHISIO, Adrián, *Principio de oportunidad*, Ministerio Público y política criminal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, ps. 68 y ss. con cita de Clariá Olmedo).

(4) CHIARA DÍAZ, Carlos A. - GRISSETTI, Ricardo A. - OBLIGADO, Daniel, *La acción procesal penal: El rol del*

En lo que refiere a la potestad para su reglamentación, tema por cierto también controvertido, el eje de la polémica precisamente se centra en la naturaleza *sustantiva* o *procesal* de las normas que deben reglamentar tanto el *ejercicio* como la *extinción de la acción penal*. Lo mismo sean consideradas de naturaleza *procesal*, también se discute la supuesta delegación al Estado nacional para regularlas.

La naturaleza jurídica de la acción penal constituye un tema complejo que, como se indicara, ha suscitado encarnizados debates en la doctrina, la cual, aún en la actualidad no parece ponerse de acuerdo frente al punto, más allá que la tendencia actual se incline por su *carácter procesal* (5).

Esta condición de *derecho procesal* de la acción penal es la que también se asume en este análisis, en el que solo habrá de formularse una somera presentación de las distintas posturas asumidas sobre la naturaleza de la acción penal, para luego pasar a consignar los motivos que llevaron a reglamentarla en el Cód. Penal de 1921 y, finalmente, evaluar cuál es la propuesta que aporta el Proyecto de reforma de 2019 y así poder sustentar una posición frente al punto.

Ante todo, debe destacarse que la génesis sobre la naturaleza jurídica de la acción no debe procurarse en el ámbito penal, sino en el civil de donde provienen las primeras diferencias sobre la definición del propio concepto de "acción" (6). Allí, los promotores de la denomi-

Ministerio Público Fiscal y las víctimas en el debido proceso, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 14.

(5) Un pormenorizado análisis sobre las distintas posturas sobre este tema y su devenir histórico es el que realiza Adrián Marchisio en su tesis publicada sobre el principio de oportunidad (conf. MARCHISIO, Adrián, *Principio de oportunidad...*, cit., ps. 65 y ss.).

(6) Enseñaba Carnelutti al respecto que las nociones de *acción* y *jurisdicción*, de origen netamente romano, nacieron en el terreno del proceso civil: "acto estaba bien dicho para significar que el movimiento al juicio se imprime por los intereses en conflicto en cuanto la acción es esencialmente el desarrollo de un interés; *jurisdicittio* todavía más claramente denota el resultado al que el juicio tiende, que es el *ius dicere* del *iudex*, o sea su respuesta a las preguntas de las partes" (CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal*,

nada *doctrina clásica* o *doctrina civilista* (o *civilística*) se refieren a la acción como el derecho (civil) que nace de la existencia de un derecho subjetivo (civil) y de su violación por parte de otras personas. La acción para estos implica el derecho al restablecimiento del orden jurídico alterado, de modo que tienen una idea de *acción material*, esto es, puramente de derecho civil material. En efecto, Ulpiano y Celso la definieron como el derecho a percibir en juicio lo que es debido (*ius persecuendi in iudicio quo sibi debetur*), concepto que destaca la existencia del derecho subjetivo (*quos sibi debeter*) es condición para la existencia de la acción (7).

En el campo del derecho penal, entre los principales exponentes de la teoría clásica se encuentra Sebastián Soler quien sostenía que la acción es una potestad jurídica concreta que tiene por objeto la aplicación real de la pena, la cual transforma punibilidad en punición, agregando: "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 este 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" (8).

Por su parte, la llamada *doctrina moderna* o *procesalista*, en cambio, utiliza esa misma palabra —acción— para representar el derecho a la investigación y al pronunciamiento sobre las alteraciones que hubiesen ocurrido en el orden jurídico, a fin de establecer si corresponde el restablecimiento que se pretendiera. Así, este derecho se dirige, al mismo tiempo, contra el Estado, para que conceda tutela jurídica mediante sentencia favorable, y contra el de-

mandado, para obligarlo al cumplimiento de la prestación. En otras palabras, los *procesalistas* se refieren a la *acción* para indicar el *derecho*, la *potestad* o la *facultad al proceso*, extremo que no está condicionado por la existencia de ningún derecho material en concreto con que cuente el actor (9).

Sin perjuicio de sus orígenes, sin dudas fue Chiovenda quien reafirmó la autonomía de la acción y echó las bases del derecho procesal autónomo y científico. En este sentido y en la línea que se viniera analizando, aquel consideró que la acción es un derecho potestativo, distinto y autónomo respecto de la obligación que nace y puede extinguirse independientemente de esta y, que no tiende a la prestación, sino a provocar la coacción del estado como efecto jurídico (10). Precizando este concepto Carnelutti afirmaría que la acción es de carácter abstracto y consiste en un derecho al juicio, simplemente, en un derecho al cumplimiento de los actos necesarios para el reconocimiento del derecho, o bien un derecho a provocar la actividad del juez (11).

Partiendo entonces desde el criterio *procesalista*, se ha subrayado que tanto la *acción civil* como la *penal*, componen un derecho autónomo, independiente y separable del derecho material (12). La *acción penal*, como dere-

(9) Conf. ODRIGO, Mario A., *Lecciones de derecho procesal. Parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1971, t. I, ps. 325 y ss., quien termina definiendo a la acción como "un derecho, o una facultad o una potestad, que se tiene frente al Estado para obtener una actividad jurisdiccional, con todo lo que ella implica; es el *derecho al proceso*, derecho público autónomo, que existe independientemente del derecho material, público o privado, invocado por el actor; independientemente de de su derecho a obtener una sentencia favorable" (p. 336).

(10) Conf. CHIOVENDA, Giuseppe, "La acción en el sistema de los derechos", en *Ensayos de derecho procesal civil*, trad. por Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1993, cit. por MARCHISIO, Adrián, *Principio de oportunidad...*, cit., p. 72.

(11) CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, trad. por Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1971, t. II, p. 63.

(12) Conf. BARTOLONI FERRO, Abraham, *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales (Acción, jurisdicción, proceso)*, 2ª ed., Ediciones Castelli, Santa Fe, 1944, ps. 9 y ss. La separación procesal de las acciones (civil y penal) en procedimientos distintos o su acumulación, señala Maier, es un problema de derecho local,

trad. por Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, vol. II, p. 5).

(7) Conf. MARCHISIO, Adrián, *Principio de oportunidad...*, cit., p. 66. Esta concepción alcanzó su exposición más representativa en Savigny, siendo la doctrina clásica recogida por la doctrina francesa para ser seguida por los españoles.

(8) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 4ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, t. II, p. 439.

cho autónomo, en líneas generales, implica el poder jurídico de excitar y promover el ejercicio de la jurisdicción penal para el conocimiento de una determinada relación de derecho penal y para obtener su definición mediante el proceso o bien como el poder-deber de actuar las condiciones formales para la realización de la pretensión punitiva del estado según la voluntad de la ley(13).

Tradicionalmente, la doctrina penal se ha dividido entre un criterio y otro (*sustancialista* y *procesalista*), llegando a adoptar incluso posiciones intermedias, que consideran que la *acción penal* si bien se refiere a cuestiones procesales, posee caracteres propios o íntimamente vinculados al derecho sustantivo(14), excusa que se ha utilizado recurrentemente para justificar su reglamentación, por el legislador nacional, en el Cód. Penal de la Nación.

En rigor de verdad, como advierte Binder, “la incorporación del régimen de la acción al Cód. Penal no fue el resultado de algo ‘técnico’ sino el resultado de una determinada concepción política acerca de las relaciones entre el régimen federal y la justicia penal; concepción política que podemos compartir o no, o discutir acerca de si se corresponde con lo que dice nuestra Ley Fundamental, pero no dejarla de lado o pretender resolverla mediante el fácil recurso de decir que, como se encuentra incluida en el Cód. Penal, entonces es facultad del Congreso nacional. El mismo [Rodolfo] Rivarola (...), se preocupó

así como también la decisión sobre el tribunal único o distinto que resuelva la pretensión civil del ofendido y la pretensión penal, estatal por regla y privada en ciertos casos de excepción (conf. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, t. II, “Parte general. Sujetos procesales”, p. 726).

(13) En forma contemporánea, aunque no reconoce a la acción penal la naturaleza de derecho, facultad o posibilidad, De la Rúa indica que aquella constituye el poder jurídico de hacer valer una pretensión ante el órgano jurisdiccional que posee carácter abstracto, realizador y autónomo de la efectiva existencia del derecho sustancial (DE LA RÚA, Fernando, *Proceso y justicia (Temas procesales)*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1980, ps. 49 y ss.).

(14) Entre otros, sostenían su naturaleza procesal GÓMEZ, Eusebio, *Leyes penales anotadas*, Ediar, Buenos Aires, 1952, t. 1, p. 495 y JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1963, t. III, p. 283.

de fundamentar especialmente los motivos por los que era conveniente incluirlo en el Cód. Penal, pero esos motivos partían, según él, de una determinada visión del régimen constitucional, no de una especie de contenido ‘intrínseco’ del Cód. Penal. El problema se encuentra en el plano constitucional, no en el plano de la legislación penal” (15).

III. La regulación de la acción penal en el Código Penal de 1921

Tal como fuera reglada la acción penal en el Código de 1921 y sus sucesivas reformas (arts. 59 al 64 y 71 al 76 quater) la titularidad de su ejercicio en principio puede corresponder a los órganos públicos o a los particulares. En este sentido, las acciones son públicas; públicas dependientes de instancia privada y privadas. Cuando el titular del ejercicio de castigar es un órgano público, la acción puede ejercerse de oficio o a instancia privada. Cuando el titular de ese derecho es un particular, la acción es privada, desde el punto de vista de su ejercicio.

Sin embargo, se señala que la acción penal siempre es de carácter público, aunque la ley sustantiva conceda su ejercicio al particular ofendido. Clariá Olmedo explicaba esta particularidad de la acción privada alegando que lo que ocurre es que, “como consecuencia de una limitación impuesta por el derecho material y referida a determinadas configuraciones delictivas, el órgano oficial queda excluido desde el punto de vista de la titularidad para ejercerla. Dicha exclusión se manifiesta en la subordinación del interés punitivo del Estado con respecto a determinados delitos, al interés que el particular ofendido pueda tener para que se castigue al culpable, poniendo en sus manos la actividad condicionante a fin de que por la vía de la jurisdicción se declare esa culpabilidad como presupuesto constitucional para que se pueda imponer legalmente una pena” (16).

(15) BINDER, Alberto, *Derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, t. II, “Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva”, p. 360, con cita de Rivarola.

(16) CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *El proceso penal*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 184.

Conforme al sistema penal argentino, la regla es que todos los delitos son de acción pública salvo que alguna disposición penal o procesal penal, lo defina como delito (de acción pública), pero de instancia privada, o de acción privada. La acción pública, conforme a su original previsión en 1921, bajo el prisma del principio de legalidad procesal penal, hubo de presentar caracteres bien definidos: a) publicidad; b) oficialidad; c) estatalidad; d) oficiosidad; e) indeclinabilidad; f) improrrogabilidad; g) indisponibilidad; h) unidad, e i) indivisibilidad. Merced a las reformas que fueron produciéndose, sobre todo en los últimos tiempos, se introdujeron algunos (pocos) criterios de oportunidad que flexibilizaron el régimen de la acción penal.

En cuanto a las acciones dependientes de instancia privada, también son acciones procesales públicas que se hallan sometidas a la condición de ser exhortadas por el agraviado o su representante, quien debe manifestar expresamente su interés en instar la acción penal contra los eventuales participantes en el hecho, en los delitos previstos en los arts. 119 (abusos sexuales en sus distintas variantes y circunstancias agravantes), 120 (abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima) y 130 (rapto), cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el art. 91 (gravísimas); en las lesiones leves, sean dolosas o culposas (pero, en este supuesto, la norma establece una excepción cuando mediasen razones de seguridad o interés público); y, finalmente, en los casos de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En todas estas hipótesis, estipula la norma, "no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia ([instancia]) del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales", precisándose también excepciones en la que en Ministerio Público Fiscal lo mismo puede actuar de oficio.

II) Sobre los antecedentes de la regulación de la acción penal en el Código de 1921.

En lo que respecta a la regulación del "ejercicio de la acción penal" en el Cód. Penal de 1921 el primer antecedente nacional que da cuenta

del mismo es el Proyecto de Cód. Penal de Piñero, Rivarola y Matienzo de 1891. Pero ello, de manera integral o sistemática en un solo capítulo de la Parte General del Código, pues el Código de 1886 de Tejedor ya contenía disposiciones dispersas sobre el tema, consignadas en la Parte Especial y, por ende, aplicables a determinados delitos en particular.

De modo que la Parte General del Proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo establecía la regulación integral del régimen de la acción penal en el Título VIII del Libro Primero: "Del Ejercicio de las Acciones Penales" y en el Título IX, también del Libro Primero: "Extinción de las Acciones y las Penas".

La acción penal era definida por exclusión. Establecía el art. 87 del Proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo, inspirado, según sus autores en diversas disposiciones de los códigos penales holandés, italiano y húngaro y también del ecuatoriano ¡de enjuiciamiento!: "Pueden iniciarse de oficio todas las acciones penales, excepto las que nacen de los siguientes hechos punibles: 1º Violación, estupro, rapto o ultraje al pudor de las personas púberes cuando no resultare la muerte de la persona ofendida; 2º Calumnia o injuria; 3º Violación de domicilio; 4º Amenazas y coacciones comprendidas en los arts. 177 y 179; 5º descubrimiento y revelación de secretos fuera de los casos del art. 184; 6º Usurpación; 7º Daños; 8º Lesiones previstas en los arts. 120 y 124; 9º Abusos de armas a que se refiere el art. 133; 10 Suposición de filiación en el caso del art. 167 inc. 4º; 11 Extorsión en el caso del art. 204. Las acciones provenientes de delitos contra la libertad política pueden ser iniciadas por cualquier ciudadano" (17).

El término "pueden" (iniciarse de oficio), que tornaba facultativo el ejercicio de la acción penal habilitando así la adopción de criterios de oportunidad, en el Cód. Penal de 1921 fue sustituido por "deben", consagrando así en su texto al aludido principio de legalidad procesal penal

(17) Conf. *Proyecto Código Penal República Argentina. Redactado en cumplimiento del Decreto de 7 de junio de 1890 y precedido de una Exposición de Motivos por los Doctores Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo*, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1891, ps. 286 y ss.

por el cual obligara la promoción de todos los delitos de acción pública, impidiendo la aplicación de mecanismos de excepción.

A su turno, el art. 88 disponía: "Los delitos mencionados en las excepciones del artículo anterior solo podrán ser perseguidos por acusación o denuncia del agraviado o de sus representantes legales o guardadores. Si se tratare de un delito contra una persona impúber que no tenga padres ni guardadores, se procederá de oficio, lo mismo que en el caso de que el delito fuese cometido por un ascendiente, tutor o guardador de la persona impúber. Si se tratare de injurias o calumnias, la acción penal solo podrá ejercitarse por el ofendido, y, después de su muerte, por el cónyuge, hijos o nietos sobrevivientes" (18).

En la Exposición de Motivos del Proyecto, Piñero, Rivarola y Matienzo, explicaban con suficiencia y claridad las razones técnicas que los llevaron a regular tanto el ejercicio de la acción penal, como su extinción dentro del Cód. Penal nacional:

"Hemos reunido en un solo título las disposiciones dispersas en el Código actual sobre el ejercicio de las acciones penales, consultando el buen orden en la redacción de la ley.

"Así, el art. 87 enumera todos los hechos punibles que solo dan lugar á las acciones privadas. En el art. 88 hemos refundido los arts. 141 y 185 del Código vigente(19), generando su

(18) Conf. *Proyecto Código Penal República Argentina...* (Piñero, Rivarola y Matienzo), p. 287.

(19) Art. 141 del Cód. Penal de 1886: "No se procederá á formar causa por los delitos expresados en el presente Título [Título Tercero del Libro Segundo: adulterio, violación, estupro y corrupción de menores y raptó], sinó por acusación ó denuncia de la interesada, ó de la persona bajo cuyo poder se hubiere hallado cuando se cometió el delito. Si el delito se cometiere contra una impúber que no tenga padres ni guardador, puede acusar cualquier del pueblo ó procederse de oficio; lo mismo que en el caso de que el delito fuese cometido por su ascendiente, tutor ó por cualquiera persona encargada de la guarda del menor". Artículo 185 del Código Penal de 1886: "Estando vivo el ofendido nadie sino él puede acusar por injuria ó calumnia. Si hubiese muerto, podrán hacerlo sus herederos forzosos" (conf. *Código Penal de la República Argentina*, edición oficial, Imprenta de Sud América, Buenos Aires, 1887, ps. 46 y 58).

aplicación de modo que comprenda, no solo el ejercicio de las acciones provenientes de delitos contra la honestidad y el honor, sinó [sic] todos los demás delitos sustraídos á la acción del Ministerio Público, puesto que no hay entre aquellos y estos diferencia fundamental que motive una excepción.

"El art. 89 contiene en el fondo la misma disposición protectora de la familia que el 223 del Código vigente (20), pero su forma es más amplia y comprende, entre las acciones prohibidas á los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos y cuñados, no solo las provenientes de hurtos y defraudaciones y daños, sinó todas las provenientes de delitos que no sean contra la persona ni contra el vínculo matrimonial.

"El art. 90 introduce en nuestra legislación penal una garantía preciosa para la libertad individual, la de no ser obligado á responder por delito que se le impute sin que el tribunal competente declare antes de haber lugar á la acusación, garantía consignada en la enmienda quinta de la Constitución de los estados Unidos, donde el tribunal competente para hacer tal declaración es el gran jurado. Consideramos indispensable esta disposición para evitar que la aplicación del Código Penal siga siendo, como lo es frecuentemente un instrumento de opresión injusta respecto de tantos inocentes que, por la sospecha de un empleado de policía, ó de un juez de paz de campaña se ven obligados á sufrir procesos, al cabo de los cuales obtienen una absolució tardía.

"Los arts. 91 á 93 contienen reglas para determinar la jurisdicción ante la cual deben ser instauradas las acciones penales; porque hemos creído que el Código penal debe establecer por sí mismo los principios directores de su aplicación como lo ha hecho el Código Civil en su esfera propia.

(20) Art. 223, Cód. Penal de 1886: "Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones ó daños que recíprocamente se causaren: 1º Los cónyuges, los ascendientes, descendientes y afines en la misma línea; 2º El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado á poder de otro; 3º Los hermanos y cuñados si viviesen juntos" (conf. *Código Penal de la República Argentina [1886]...*, cit., p. 70).

En un país unitario, la materia de jurisdicción puede ser totalmente legislada en el Código de Procedimientos, porque este emana de la misma autoridad que la ley sustantiva y no es más que uno para todo el territorio nacional. Pero, en un país federativo, como el nuestro, donde la autoridad central no dicta las leyes de procedimientos, sino únicamente la ley sustantiva, esta necesita impedir el desorden en su aplicación, estableciendo las reglas fundamentales á que debe obedecer dicha aplicación en todo el territorio.

"El vecino de Córdoba necesita saber con exactitud si debe entablar sus acciones en esa provincia, en Jujuy ó en Buenos Aires, y no tiene porqué estar esperando, para acogerse [sic] á un código nacional, que se resuelva primero un conflicto de leyes provinciales sobre jurisdicción" (21).

La idea consagrada en el "Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo", se reprodujo en el "Proyecto de 1906", en el que, corresponde aquí subrayar, la Comisión designada para su redacción (también integrada por Piñero y Rivarola), al justificar los motivos de la regulación del ejercicio de la acción penal en la Parte General del Código llegó a reconocer de manera expresa que la modificación propuesta era "más de forma que de fondo": "Las disposiciones aisladas que contiene el Código vigente, sobre el ejercicio de las acciones, han sido reunidas del mismo modo en un título especial, que lógicamente debía figurar en esta parte del Código [(Parte General)], puesto que constituyen reglas de carácter general. Fuera de esta modificación, más de forma que de fondo, hemos dividido las acciones en tres categorías, según la naturaleza de las [sic] delitos, limitando la acción de oficio respecto de algunos, que por sus caracteres, debían dejarse a la iniciativa privada" (22).

En lo que respecta a la Exposición de Motivos del "Proyecto de Código Penal 1917", que, en

(21) Conf. *Proyecto Código Penal República Argentina...* (Piñero, Rivarola y Matienzo), ps. 102 y ss. (el destacado no es del original).

(22) Conf. *Proyecto de Código Penal para la República Argentina redactado por la Comisión de Reformas Legislativas constituida por decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904*, Imprenta de la Cárcel de Encausados, Buenos Aires, 1906, ps. XLVII y ss.

definitiva, diera a origen al Código de 1921, allí simplemente se consignaba que "Las acciones se dividen en tres grupos: las que se inician de oficio, las que dependen de instancia privada y las privadas. Los diferentes artículos caracterizan bien las respectivas situaciones" (23). De este modo, el "Proyecto de Código Penal de 1917" comprendía en su Libro Primero, tanto un Título X denominado "Extinción de acciones y de penas" (arts. 59 al 70), como un Título XI "Del ejercicio de las acciones" (arts. 71 al 77).

A su turno, del "Informe y Despacho de la Comisión de Códigos de la H. Cámara de Senadores", suscripto el 26 de septiembre de 1919 por los senadores Joaquín V. González, Enrique del Valle Iberlucea y Pedro A. Garro —quienes reconocían haberse apoyado en un informe previo elaborado por el senador Ángel Rojas, fallecido para la época de la presentación de aquel— surge que la Comisión de la Cámara Alta no introdujo modificación alguna en el Título X (24).

En cuanto al ejercicio de las acciones —siguiendo la propuesta de Rojas—, se excluía de las acciones privadas a los delitos de "difamación", "ultraje" y "extorsión" (secuestro extorsivo) y se efectuaban otras modificaciones suscitadas a partir de considerar que correspondía castigar por igual al marido o la mujer que hubiesen cometido adulterio (25). Sin embargo, no se seguía la modificación sustancial que Rojas pretendía efectuar en el Título XI del Libro Primero del Proyecto de Código, no porque estuviese a favor de las potestades provinciales para legislar en tal sentido (al parecer, todo lo contrario), sino porque entendía que la clasificación de la acción penal en tres grupos propuesta por Rivarola, resultaba confusa (26).

Pero al parecer el confundido era Rojas, quien se preguntaba "¿Cuáles son los efectos prácti-

(23) Conf. *Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina. Orden del día N° 63, (9 de 1917)*, Talleres Gráficos de I. J. Rosso y Cía., Buenos Aires, 1917, ps. 99 y ss.

(24) Conf. *Código Penal de la Nación Argentina. Ley N° 11.179, con las modificaciones de las leyes 11.211 y 11.309*, edición oficial, Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso y Cía., Buenos Aires, 1924, p. 260.

(25) *Código Penal de la Nación Argentina. Ley N° 11.179...*, cit. (1921), ps. 261 y ss.

(26) Conf. *Código Penal de la Nación Argentina. Ley N° 11.179...*, cit. (1921), p. 541.

cos, no meramente doctrinarios que se derivan de la división entre acciones dependientes de instancia privada y acciones privadas?” (27). Así, destacaba que “bajo el punto de vista de la iniciación de la causa, la acción dependiente de instancia privada y la acción privada se confund[ían]” ya que ambas quedaban al arbitrio del agraviado o su representante legal; que “iniciada la acción, los diversos artículos del título XI no establecen tampoco con claridad, diferencia alguna entre dichas acciones durante la marcha del proceso: no hay ninguna prescripción expresa según la cual el proceso continuará a cargo del Ministerio fiscal, aun cuando el agraviado desista de la acción y quiera evitar la persecución de la causa”; que la naturaleza de los delitos no bastaban para diferenciar entre acciones dependientes del instancia privada y las privadas que, por ende, “correspondía dejar establecido de una manera expresa en la ley, los efectos de la división de las acciones dependientes de instancia privada y de las acciones privadas para evitar que esas acciones sean confundidas, como ha ocurrido en los Códigos de Procedimientos de algunas provincias” (28).

De este modo, con cita de Rivarola y del comentario de Tomás Jofré al Código de Procedimientos Criminales de la Provincia de Buenos Aires destacaba el hecho de que una vez promovida la acción “por denuncia” o por querrela en los delitos de instancia privada (específicamente los delitos contra la honestidad) “debe la sociedad reprimir ese delito”, aclarando el respecto que “no es que se trata de una acción privada en esos casos, sino que es una acción que no puede iniciarse sin simpatías de la interesada. Una vez puesta en movimiento la acción, ya no pertenece al damnificado, ya no se puede desistir, y no hay otra solución que dictar la sentencia. ‘Lo único que priva el Cód. Penal es proceder de oficio; pero una vez iniciada la querrela, por parte legítima, no cabe más solución que la que acabamos de indicar’” (29).

Para evitar estas “confusiones”, Rojas proponía que agregar un párrafo al art. 72 en el que se

(27) Conf. *Código Penal de la Nación Argentina. Ley N° 11.179...*, cit. (1921), p. 542.

(28) Conf. *Código Penal de la Nación Argentina. Ley N° 11.179...*, cit. (1921), ps. 542 y ss.

(29) Conf. *Código Penal de la Nación Argentina. Ley N° 11.179...*, cit. (1921), ps. 543.

consignara: “En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado o de su tutor guardador o representante legal. Producida la acusación o la denuncia, intervendrá el Ministerio Fiscal y el proceso continuará su curso como en el caso de cualquier acción pública” (30).

El “Informe de la Comisión Especial de Legislación Penal de la Cámara de Diputados”, fechado el 9 de septiembre de 1921, nada novedoso refería con relación al régimen de la acción penal y solo se limitaba a hacer lugar a las modificaciones menores propuestas por el Senado en los arts. 73 y 74.

Con estos antecedentes el Cód. Penal de 1921 fue sancionado —y con él el régimen de la acción penal—, siendo que ese mismo método (aunque con variaciones) es el que perduró en el Cód. Penal nacional vigente en la actualidad, al igual que el mismo tipo de regulación (indebida) de una materia netamente procesal en dicho cuerpo de normas delegado por exclusión al Gobierno central.

IV. La acción penal en el proyecto de reforma del Código de 2019

Una de las metas que se propuso el actual Gobierno nacional en el marco de lo que denominó como Proyecto “Justicia 2020” fue la modificación del Cód. Penal de la Nación. Para ello designó a una Comisión de Reforma integrada por expertos (31) que trabajó en la redacción de un anteproyecto de ley para la reforma del Cód. Penal de la Nación procurando alcanzar texto moderno, sistematizado y que dé proporcionalidad al sistema penal argentino. Amén de la multiplicidad de leyes penales dispersas (tanto estrictamente penales como no penales con

(30) Conf. *Código Penal de la Nación Argentina. Ley N° 11.179...*, cit. (1921), p. 543.

(31) Conf. Decreto PEN 103/2017 del 14/2/2017, publicado en el Boletín Oficial el 14/2/2017. Fueron designados para integrar la comisión Mariano Hernán Borinsky (presidente), Carlos Mauricio González Guerra (secretario), Pablo Nicolás Turano (secretario adjunto), Carlos Alberto Mahiques, Patricia Marcela Llerena, Daniel Erbetta, Víctor María Vélez, Pablo López Viñals, Guillermo Jorge Jacobucci, Fernando Jorge Córdoba y Patricia Susana Ziffer (miembros), además de un representante por el Ministerio de Seguridad y de un representante del Ministerio de Desarrollo Social.

contenido penal), que afectan la integralidad del sistema penal argentino y de los “parches legislativos” verificados en el Cód. Penal de 1921, otras problemáticas debían ser enfrentadas, tales como la ausencia de una norma penal acorde a estándares internacionales; la falta de normas que permitan castigar conductas que en 1921 no eran consideradas merecedoras de la persecución penal (p. ej., contra el medio ambiente); la carencia de normas que castiguen conductas que son propias de estos tiempos (como la ciberdelincuencia), etc.

La Comisión de Reforma elaboró un texto —que a fines de marzo de 2019 fue presentado como proyecto de ley por el Poder Ejecutivo ante el Senado de la Nación (32)— y, en lo que aquí importa, siguió la tradición, tanto del Cód. Penal de 1921, como de las diversas propuestas de reforma de este, ya que en su contenido infortunadamente también reglamentó el régimen de la acción penal abordando diversas cuestiones palmariamente procesales que también se atrevió a regular, más allá que —debe reconocerse— abrió el espectro de la acción a lo que los estados locales, sobre todo en materia de oportunidad, establezcan “en las leyes procesales correspondientes”.

En el Título XIV del Libro Primero del proyecto se consignan las condiciones para el ejercicio de la acción. Así, en el art. 71 se norma a la acción (procesal) penal pública y las condiciones para su ejercicio o desistimiento: “Las acciones penales son públicas o privadas.

El Ministerio Público Fiscal deberá ejercer de oficio la acción penal pública, con excepción de la que dependiera de instancia privada. También podrá hacerlo la persona directamente ofendida, en las condiciones establecidas por las leyes procesales. No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo, el Ministerio Público Fiscal podrá fundadamente no instar la promoción de la acción o desistir de la promovida ante el tribunal, hasta antes de la fijación de fecha de la audiencia de debate (33), en los siguientes casos:

(32) Conf. Cámara de Senadores de la Nación, expte. PE. 52/19, publicado en Diario de Asuntos Entrados nro. 38, del año 2019 y Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional nro. 60/19 del 25/3/19.

(33) Más allá de proceder en la valoración inicial de la investigación (art. 248), el Cód. Proc. Penal Federal,

1º) Si se tratase de hechos que, por su insignificancia, no afectasen gravemente el interés público.

2º) Si las consecuencias del hecho sufridas por el imputado fuesen de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediasen razones de seguridad o interés público.

3º) Si la pena en expectativa careciese de importancia con relación a otra pena que ya hubiese sido impuesta o requerida.

4º) Si existiese conciliación o acuerdo entre las partes y el imputado hubiese reparado los daños y perjuicios, en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos sin resultado de muerte, salvo que existiesen razones de seguridad o interés públicos o estuviese afectado el interés de una persona menor de edad.

En los supuestos de los incs. 1º y 2º será necesario que el imputado hubiese reparado los daños y perjuicios en la mayor medida que le fuese posible.

La persona directamente ofendida podrá interponer querrela dentro del término de sesenta (60) días hábiles desde la notificación de la decisión que admitiese el criterio de oportunidad, en cuyo caso la acción se convertirá en privada. Vencido el término, la acción penal quedará extinguida para el autor o participe en cuyo favor se hubiese aceptado el criterio de oportunidad, salvo el supuesto del inc. 1º, en que los efectos se extenderán a todos los intervinientes.

No obstante lo dispuesto en este artículo, el Ministerio Público Fiscal no podrá hacer uso de los criterios de oportunidad si el hecho objeto de imputación hubiese sido cometido en un contexto de violencia de género o hubiese estado motivado por razones discriminatorias”.

parecería que habilita a actuar del modo indicado (solamente) hasta el cierre de la investigación preparatoria (art. 268), ocasión en la cual el fiscal puede acusar al imputado o solicitar su sobreseimiento, entre otras causales, por la aplicación de un criterio de oportunidad, conciliación, reparación o suspensión del proceso a prueba (art. 269, inc. g)).

Como puede apreciarse, la técnica empleada y la materia regulada son lisa y llanamente una cuestión formal que puede hallarse en cualquier código procesal del país (sobre todo los más avanzados) o del mundo.

En el art. 72 se reglamenta a la acción (procesal) penal pública, dependiente de instancia privada. Cabe destacar que en el Anteproyecto se utiliza una buena técnica legislativa, al procurar seguirse las mismas numeraciones del Código de 1921 en la tipificación de cada uno de los delitos y en su parte general, lo que facilitará su aplicación y conocimiento en caso que llegue a convertirse, de esta forma, en ley. Regula el art. 72 que "Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1º) Los previstos en los arts. 119, 120 y 130, primer párrafo, (abusos sexuales y rapto) de este Código, salvo que resultare la muerte de la víctima o lesiones de las mencionadas en el art. 91 (lesiones gravísimas) o la víctima fuere una persona menor de edad.

2º) Las lesiones leves previstas en los arts. 89 y 94, y los previstos en los arts. 101 y 102 (homicidios y lesiones en riña). Sin embargo, se procederá de oficio cuando mediasen razones de seguridad o interés públicos o estuviese afectado el interés de una persona menor de edad.

3º) Los previstos en los arts. 139 apart. 1º, 2º y 3º, 149, 183, 150, 304 inc. 1º y 493 [(impedimento de contacto, amenazas, daño, violación de domicilio, pago de cheques sin provisión de fondos y difusión de imágenes de naturaleza sexual o *sexting*)].

4º) Los previstos en el Título XXVII, del Libro Segundo, de este Código (delitos contra la propiedad intelectual).

En estos casos no podrá procederse si no mediase denuncia previa de la persona directamente ofendida, de sus representantes legales, de su tutor o de su guardador. Reunirá esta última calidad cualquier persona que tuviera a su cargo, por cualquier motivo, el cuidado de la persona menor de edad.

Sin embargo, el Ministerio Público Fiscal procederá de oficio si el delito fuere cometido con-

tra una persona menor de edad que no pudiese ser representada por ninguno de los sujetos mencionados en el párrafo segundo, o si alguno de ellos hubiese participado en cualquier grado en el hecho.

Si existiesen intereses gravemente contrapuestos entre alguna de las personas que tengan asignada la potestad de instar la acción según lo dispuesto en este artículo y la persona menor de edad, el Ministerio Público Fiscal deberá actuar de oficio si ello resultara más conveniente para el interés superior de la persona menor de edad".

El art. 73 delimita a la acción privada: "Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

1º) Calumnias e injurias.

2º) Violación de secretos, salvo en los casos de los arts. 154, 156 primer párrafo, y 501 de este Código.

3º) Concurrencia desleal, prevista en el art. 300, apart. 2.

4º) Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, si la víctima fuere el cónyuge o el conviviente.

5º) Asimismo, son acciones privadas las que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 71, quinto párrafo, surgen de la conversión de la acción pública en privada.

En tales casos se procederá únicamente por querrela de la persona directamente ofendida, sus representantes legales, tutor o guardador.

En los casos de calumnias o injurias, la acción podrá ser ejercida solo por el agraviado y después de su muerte por el cónyuge o conviviente, hijos, nietos o padres sobrevivientes".

En lo que hace a la extinción de la acción penal, esta se encuentra reglamentada en el art. 59: "La acción penal se extinguirá por:

"1º) La muerte del imputado.

"2º) La amnistía.

"3º) La prescripción.

"4º) La renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

"5º) La aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en este Código y en las leyes procesales correspondientes.

"6º) La aplicación de un régimen de caducidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

"7º) La conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en este Código y solo si estuviese expresamente previsto en las leyes procesales correspondientes.

"8º) El cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes.

"En el caso de las personas jurídicas, la acción penal solo se extinguirá por las causales enumeradas en los incs. 2º y 3º del presente artículo. La extinción de la acción penal por delitos cometidos por personas físicas autoras o partícipes del delito no afectará la vigencia de la acción penal correspondiente a la persona jurídica".

Por su parte, según el art. 60, la renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal solo perjudicará al renunciante y a sus herederos.

El art. 61 consigna que la amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares. Finalmente, el art. 62 reglamenta la prescripción de la acción penal:

"La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación:

"1º) A los quince (15) años, si se tratara de delitos cuya pena fuere la prisión perpetua.

"2º) Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratara de hechos penados con prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce (12) años ni bajar de dos (2) años.

"3º) A los cinco (5) años, si se tratara de un hecho penado únicamente con inhabilitación perpetua.

"4º) A los tres (3) años, si se tratara de un hecho penado únicamente con inhabilitación temporal.

"5º) A los seis (6) años, si se tratara de un hecho penado únicamente con multa.

"En el caso de las personas jurídicas, la acción penal se prescribirá a los seis (6) años".

Según el propuesto art. 63 la prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que hubiese cesado el delito, mientras que por el art. 64 se propone que la acción penal por delito penado con multa se extinga en cualquier estado del proceso anterior al inicio de la de juicio, por el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados por el delito.

Si se hubiese iniciado el juicio deberá pagarse el máximo de la multa correspondiente, además de repararse los daños causados por el delito.

En ambos casos el imputado deberá abandonar en favor del Estado los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

El modo de extinción de la acción penal previsto por dicho artículo puede ser admitido por segunda vez si el nuevo delito se hubiese cometido transcurridos ocho (8) años a partir de la fecha de la resolución que hubiese declarado la extinción de la acción penal en la causa anterior.

Vinculado con todo lo que aquí se viene exponiendo, en el Anteproyecto, por último se reglamenta la suspensión del proceso a prueba conforme las disposiciones del art. 74:

"1. La suspensión del proceso a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en este Código y en las leyes procesales correspondientes.

"El Ministerio Público Fiscal podrá acordar con el imputado la suspensión del proceso a prueba si se tratase de un delito o concurso de delitos que permitan la condena de ejecución condicional, o si procediese una pena no privativa de libertad.

"Sin embargo, no podrá acordarse la suspensión del proceso a prueba:

"1º) Si un funcionario público en ejercicio o con motivo de sus funciones hubiese intervenido en el hecho.

"2º) Si el hecho objeto de imputación hubiese sido cometido en un contexto de violencia de género.

"3º) Si se tratase de los delitos de homicidio culposo, previsto en el art. 84, o de lesiones gravísimas dolosas o culposas, previstas en el art. 91 y 94 de este Código.

"4º) Si se tratase de delitos previstos en los Títulos XVI y XVII del Libro Segundo de este Código (delitos fiscales y delitos aduaneros).

"2. El acuerdo podrá presentarse desde la formalización de la imputación hasta antes de la fijación de la fecha de la audiencia de debate, salvo que en el marco de la audiencia de debate surgiera un cambio en la calificación legal de la acusación que hiciera procedente este instituto. El acuerdo, deberá hacer constar los siguientes deberes a cargo del imputado:

"1º) El pago de las costas procesales.

"2º) La reparación de los daños y perjuicios, en la mayor medida que le fuera posible.

"3º) La devolución del objeto material del delito.

"4º) El pago del mínimo de la multa aplicable en forma conjunta o alternativa.

"5º) El abandono a favor del Estado de los bienes pasibles de decomiso, conforme a lo dispuesto en los arts. 23 y 24.

"6º) El acatamiento de las reglas de conducta que hubiese fijado el Ministerio Público Fiscal en razón de las particularidades del caso de conformidad con las previstas en el art. 28.

"7º) Someterse al régimen de control de conducta por parte de la autoridad competente que fijase el tribunal".

Conforme el art. 75, el tribunal debe evaluar en audiencia la legalidad del acuerdo, brindando oportunidad a la víctima de expresar su opinión y verificar la inexistencia de condicionamientos o vicios de la voluntad.

En caso de que la suspensión resultare procedente, debe fijar las pautas de cumplimiento de los deberes asumidos por el imputado y la extensión del período de prueba que, según la gravedad y las circunstancias del hecho, debe ser de:

1º) Uno a tres años para delitos punibles con pena de hasta tres años de prisión.

2º) Uno a cinco años para delitos punibles con pena cuyo máximo supere los tres años de prisión.

El tribunal también tiene que determinar el organismo que tendrá a su cargo el control de conducta del imputado y fijar el sistema de supervisión que corresponde aplicar, con indicación de la periodicidad con la que el imputado deberá comparecer ante el oficial de prueba.

Si se atribuyere al imputado un delito punible con pena de inhabilitación, debe imponerse, en calidad de regla de conducta, la realización de actividades dirigidas a solucionar su presunta incompetencia o inidoneidad. Durante el período de prueba el suspendido no podrá ejercer la actividad, profesión u oficio de que se trate.

La parte damnificada puede aceptar o no la reparación ofrecida y, en este último caso, si la realización del proceso se suspendiese, tiene habilitada la acción civil correspondiente. La suspensión del juicio a prueba hace inaplicables al caso las reglas sobre independencia del ejercicio de las acciones civil y penal y suspensión del dictado de la sentencia civil establecidas en los arts. 1775 y 1776, respectivamente, del Cód. Civ. y Com., y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder.

Durante el período de prueba se suspenderá el curso del plazo de la prescripción de la acción penal.

Si se tratase de un extranjero sobre el que pesa una orden administrativa de expulsión firme, debe disponerse el extrañamiento del imputado. La acción penal solo se extinguirá si durante los cinco años posteriores a su salida del territorio nacional el extrañado no reingresase al país.

La víctima tiene derecho a ser informada periódicamente respecto del cumplimiento de las

reglas de conducta impuestas y podrá hacer saber al tribunal competente cualquier incumplimiento del que tomase conocimiento, a los efectos de su evaluación.

Finalmente, por el art. 76 se dispone que la suspensión del proceso debe ser dejada sin efecto si con posterioridad se conociesen circunstancias que modificasen la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena. Si durante el plazo de suspensión el imputado no cometiese ningún delito, y cumplierse los deberes asumidos en el acuerdo y las pautas de supervisión, se extingue la acción penal. En caso contrario, debe dejarse sin efecto la suspensión, continuando el trámite del proceso.

Si el imputado fuera absuelto, debe reintegrarse los bienes entregados al Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones ya cumplidas.

En caso de comisión de nuevo delito, la suspensión debe ser dejada sin efecto, aunque la sentencia firme que así lo declarase hubiese recaído con posterioridad al momento en que habría debido darse por cumplido el plazo de suspensión, salvo que hubiesen transcurrido más de cinco años desde esa fecha.

Si la realización del proceso fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que eventualmente se impusiese no puede ser dejada en suspenso.

La suspensión del proceso puede ser concedida nuevamente si hubiesen transcurrido ocho años desde la extinción de la acción. No se admite, sin embargo una nueva suspensión del proceso respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión del proceso anterior.

V. Conclusión: la acción penal es de naturaleza procesal y a nivel local deben regularla los estados provinciales

Más allá que valoraciones de orden político o científico-prácticas (sobre todo derivadas de la dogmática penal) puedan aconsejar adoptar un camino contrario pretendiendo unificar en un solo cuerpo el régimen de la acción penal para todo el país, lo cierto es que no existen reparos

de orden constitucional que establezcan excepciones al reparto constitucional de competencias en este sentido. En otras palabras, al tratarse de una cuestión procesal que atañe a cada una de las jurisdicciones en particular, cada estado provincial se encuentra habilitado para regular todo lo relativo al régimen de la acción penal aplicable a nivel local, mientras que el Estado federal, puede y, además, le incumbe hacerlo en el orden (de la jurisdicción) nacional.

Ello, claro está, con el mismo deber de sujeción que imponen los principios rectores emanados de los arts. 5º, 31 y 75, inc. 22, y 121 de la Carta Magna nacional, en cuanto instituyen la supremacía constitucional y obligan a observar el efectivo cumplimiento de derechos y garantías mínimas expresa o implícitamente establecidos por dicha Norma Fundamental y los instrumentos internacionales equiparados a ella.

Del mandato constitucional (*bloque de constitucionalidad federal*) y de la interpretación que de este hacen la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, parten claros imperativos que constituyen el marco dentro del cual cada uno de los estados locales debe delinear su política de persecución pública.

Así, además del mandato genérico de *afianzar la justicia* consagrado en el Preámbulo de la Constitución, surgen otros deberes para los estados, los cuales impiden que aquellos (los estados provinciales al igual que el federal) puedan aplicar criterios discrecionales (v. gr., criterios de oportunidad), cuando se encuentran en juego bienes jurídicos inconmensurables. Así, entre otros tantos deberes relacionados con el *ejercicio de la acción penal pública*, se ha subrayado a nivel del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos el principio general que recae sobre los estados de esclarecer los hechos y responsabilidades correspondientes a cualquier violación de los derechos humanos; que esa obligación debe entenderse, concretamente, como un deber estatal que asegure recursos eficaces a tal efecto; que deben garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial; que también están obligados a atender a los derechos de las víctimas y de sus familiares; que deben identificar y sancionar a los autores intelectuales de

las violaciones a los derechos humanos; que deben adecuar sus disposiciones de derecho para asegurar el cumplimiento de los derechos y libertades consagrados por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y que la imposición de los deberes de investigación y sanción a los responsables de violaciones de dichos derechos no se encuentra sujeta a excepciones.

De manera que aquel argumento que justifica la excepción al reparto constitucional de competencias legislativas para garantizar la pregonada *uniformidad* en todos los rincones del país se desvanece, pues en realidad esta no se alcanza definitivamente a partir de la consagración de una ley del Congreso Nacional (ni aun frente a igual previsión por las provincias en sus ordenamientos locales), sino mediante la activa intervención de los órganos jurisdiccionales a quienes les es encargado ser los últimos intérpretes del texto constitucional y, en definitiva, del *bloque de constitucionalidad federal*.

Por lo demás, resulta posible y hasta adecuada la suscripción de convenios marco entre las distintas provincias, —aspecto que cobraría mayor relevancia de concretarse a *nivel regional*— para ponerse de acuerdo sobre estrategias vinculadas al ejercicio de la acción en aquellas problemáticas que afectan particularmente a esas zonas del país.

No constituye una observación original, no obstante debe insistirse, que los problemas que comparte la Ciudad de Buenos Aires con sus vecinos del Conurbano bonaerense no necesariamente son los mismos que afectan a la región de Cuyo o los que hoy se verifican en los

límites políticos entre Tucumán y Santiago del Estero. Tampoco las estrategias para abordarlos pueden ser análogas, ni aun desde Buenos Aires pueden pensarse en soluciones —uniformes— específicas y realmente efectivas para darles respuesta a los habitantes de la Puna de igual modo que a los de Trelew. Mucho menos resulta lógico compelerlos a que investiguen todos los delitos de acción pública o que dejen de investigar conductas que están tipificadas como delitos en el Cód. Penal pero que, desde la concepción porteña o desde el rígido y “uniforme” alcance del Congreso Nacional, aparecen como cuestiones nimias (34).

En definitiva, dicha actividad legislativa vinculada con el régimen de la acción penal aplicable a sus propias jurisdicciones no vulnera el derecho de igualdad de los habitantes previsto por la Constitución, ya que —también en este caso— es el propio régimen federal (y luego, en última instancia, el *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*) el que, a través de sus órganos jurisdiccionales, habrá de encargarse de garantizar dicho principio —mientras se verifiquen discrepancias en iguales circunstancias—, evitando así posibles excesos irracionalmente contradictorios a la Norma Fundamental.

(34) Con la implementación de excepciones al principio de legalidad no se promueve el establecimiento de un sistema que tire por la borda aquellos “conflictos” (infracciones penales) que, a criterio de los órganos públicos, puedan resultar menores. Estos tal vez —y muy probablemente— constituyan un significativo trance para la víctima, quien tiene el derecho de obtener una respuesta a sus reclamos. Se pretende, en cambio, redoblar el esfuerzo en aquellos casos que ameriten la puesta en marcha del aparato represivo estatal de acuerdo con pautas claras y concisas prefijadas por el legislador local.