

## DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

Por José Ignacio Garza

### 1) CONCEPTO Y NATURALEZA

1. Desde el punto de vista del idioma común "acción" es el efecto de hacer, de obrar, traduciendo la existencia de un estado de movimiento físico. Este "hacer" humano puede fácilmente conectarse con el concepto jurídico de "acción" si pensamos que, antes del desarrollo de la ciencia jurídica, era el único medio práctico de realización del derecho para el hombre mediante su movimiento físico, su obrar, gencia por sí los actos necesarios para lograr una justicia individual que comprendía tanto el derecho a la reparación —derecho subjetivo— como el de hacer lo necesario para obtener aquella —derecho formal—. Con el avance de la organización social este derecho de hacer se trasladó paulatinamente a la comunidad que, como contraprestación, reconoce al individuo no ya la facultad de hacerse justicia por propia mano sino la de pedirlo ante los órganos que la misma sociedad constituye para la aplicación de una más justa administración del derecho. Es decir, todo hecho de consecuencias jurídicas que afecte a un tercero hace nacer dos acciones: por un lado el derecho a ser reparado, por el otro, el derecho a usar las vías materiales necesarias para obtener esa reparación.

De allí nace la diferencia con que el derecho procesal distingue la acción del derecho subjetivo privado, dirigida contra el obligado quien debe satisfacerla con su acción u omisión, de la acción propiamente dicha que está dirigida contra el Estado para que ponga la tutela jurídica mediante una sentencia favorable a los intereses del peticionante u del accionante, convirtiendo a esta en una institución de naturaleza pública a partir de las teorías de Piero Calamandrei. Es sobre esta acción, ubicada dentro del campo del derecho procesal que el Código Penal, por razones prácticas, establece la regulación de los arts. 71 a 76, dejando para la otra las prescripciones de los arts. 59 a 63 y 67.

En la esfera del derecho civil todavía está en discusión la naturaleza de la acción discutiéndose aún en el derecho procesal civil si es un derecho de promover la actuación jurisdiccional, o el derecho-medio encaminado a resolver el conflicto entre las partes, o una relación contradictoria entre estas y el órgano jurisdiccional. En el campo penal el problema se manifiesta más agudo ante la existencia de la acción pública que reconoce al Estado la facultad de accionar en nombre de la comunidad y el interés social con lo que, salvo las excepciones que la misma ley contempla, desaparece el actor particular único titular en el derecho civil, para poner a disposición del juez la potestad de investigar y perseguir, confundándose en un solo sujeto los conceptos de acción y de jurisdicción (E.J. Ornela, "Acción Penal", I, 240).

2. De los estudios sobre el tema han surgido las definiciones que dan cuenta de la evolución que el concepto tuvo desde el origen de las investigaciones acerca de su naturaleza. Chiovenda, aceptando la polémica desatada en Alemania en el siglo pasado, define la acción como el poder jurídico concreto de dar vida a la condición para que se cumpla la actuación de la voluntad de la ley. Calamandrei avanza sobre el anterior al

Profesor titular de Derecho Penal II, Cátedra del Dr. Eduardo Aguilar Chaves.

destacar que se ejerce respecto del Estado y no del adversario. Modernamente, por obra de los autores italianos, no se limita el ejercicio de la acción a aquellos a los que asiste un derecho subjetivo privado sino que se lo extiende a considerarlo como un derecho cívico, llegándose a Couture para el que la acción integra la estructura misma del derecho y tiene su raíz en el derecho constitucional de peticionar. En nuestro país, Albizu la define como un derecho subjetivo público que el ciudadano tiene contra el Estado para obtener de este la tutela de un derecho que se le solicita (Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, I, 186) y Podetti como el elemento activo del derecho material que corresponde a su titular (Teoría y técnica del proceso civil, Pág. 136); finalmente, Carlos la resume como el derecho a la jurisdicción (Enc. Jur. Omeba I, 210).

3. La estructuración en tipos del Derecho Penal hizo necesario adecuar aquellos conceptos al campo estrictamente punitivo con lo que la acción aparece entonces relacionada con las posibilidades de punición a un sujeto determinado. Así Alcalá Zamora y Castillo sostienen que es el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador se pronuncie acerca de la posibilidad de hechos que el titular reputa constitutivos de delitos (Derecho Procesal Penal, 1945); Beling la describe como el derecho contra el Estado para que este ejerza su actividad conforme con los presupuestos procesales pero haciendo la diferencia entre el derecho de acción y las condiciones de punibilidad (Derecho Procesal Penal, Córdoba 1943, 20/21); Óderigo, luego de atribuir al Estado el derecho de someter al delincuente al cumplimiento de la pena advierte sobre la de una pretensión punitiva que recién será concretada con la sentencia condenatoria en un derecho subjetivo del Estado (Derecho Procesal Penal, 1973 Pág. 4) de donde se concluye que la acción "no es sino el derecho a reclamar del órgano jurisdiccional su actividad específica para que se declare el derecho del Estado a someter al sujeto que ha violado una norma concreta, a la pena que, dentro de los límites previstos por esa norma, se le imponga" (Argibay Molina y otros, Derecho Penal, II, 397). En forma similar, es decir, poniendo la titularidad de la acción en cabeza del Estado y definiéndola como el derecho de este a sancionar al delincuente se expresan Nuñez (Derecho Penal Argentino, II, 127 y sics.) y Soler (Derecho Penal Argentino, II, 497) con la única diferencia que este último estima, con fundamento en el principio de la tipicidad, que hay tantas acciones como figuras penales integran un orden jurídico conformando una serie cerrada de potestades punitivas, pues, de otro modo, se estaría confundiendo el concepto de acción que es jurídico con el concepto político de imperio.

Sin embargo, esta naturaleza procesal de la acción que tratamos no aparece aún suficientemente delimitada pues según algunos autores todo lo referido a la acción penal como condición de punibilidad integra el derecho de fondo, por lo que, pese a su apariencia procesal, en nuestro derecho positivo es al Código Penal que pertenece el campo de su regulación mientras quedan dentro de la esfera del derecho de forma aquellas materias que si bien le son ajenas no integran su concepción material, como ser la estructuración de los organismos encargados de su promoción y la regulación de las formas procesales para que la acción pueda ser hecha valer concretamente. Así lo piensan entre otros Nuñez (op. cit. pag. 498) y Fontán Balceira (Tratado de Derecho Penal, III, 441), mientras que otra parte de la doctrina, invocando argumentos históricos y científicos, sostiene el carácter exclusivamente procesal de la acción pese a su inclusión en el Código Penal por razones de oportunidad y conveniencia (Argibay Molina, op. cit. Pág. 401).

### III) ESTRUCTURA DE LA ACCION EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO

Se ha puesto antes en evidencia el carácter público de la acción y, con la excepción de Soler, su particularidad de "única". Ahora bien, cualquiera sea su naturaleza no debe confundirse esta con el ejercicio representado de la acción pues

una cosa es su esencia y otra son las condiciones materiales de su ejercicio, impuestas como autolimitación del mismo Estado-titular de acuerdo al distinto interés que tenga en ejercitar el "derecho de castigar".

Desde ese prisma, la ley divide la acción en "pública" y "privada", cuando el titular de su ejercicio sea el Estado a través de sus órganos competentes o el particular ofendido. A su vez, la primera puede subdividirse en "oficiosa" y "dependiente de instancia privada", lo que no la convierte en privada según de quien sea el impulso inicial de su ejercicio.

### III) ACCION PUBLICA

1. El art. 71 del Código Penal establece la oficiosa como regla, conteniendo los arts. 72 y 73 las excepciones taxativas referidas a la acción cuyo ejercicio depende del impulso del ofendido y a la que está totalmente sujeta durante todo su ejercicio a la voluntad del particular, respectivamente.

Acompañado el ejercicio de la acción pública se ubican los principios inherentes a ella llamados de legalidad y de indivisibilidad. Por el primero se entiende la obligatoriedad del Estado a satisfacer siempre su pretensión punitiva importando la prohibición de fijar conveniencias u oportunidades para ello. Por el segundo, se impone esta obligatoriedad a todas las personas o sujetos del delito y a todas las conductas vinculadas con el ilícito que motivara la actuación jurisdiccional, para evitar una violación al principio "non bis in idem".

2. Como se adelantara, el único titular de la acción es el Estado, no pudiéndolo ser los particulares —para quienes la ley deja, en algunos casos y cuando tuvieran algo que ocultar, la opción de impulsar la actividad estatal mediante la acción pública pero dependiente de instancia privada—, por medio del Ministerio Público y aún del propio Jefe quienes ante la presencia del delito o de su autor o autores no pueden dejar de actuar según lo prescribe el verbo imperativo del art. 71.— Sin embargo, en algunos casos, es necesario un pronunciamiento previo de raíz constitucional para que la pretensión punitiva pueda ejercitarse como es el caso del desafuero, el juicio político o el "jury" de enjuiciamiento para magistrados, cuya esencia y naturaleza se encuentran fuera del concepto de acción apuntando, más bien, a la procedibilidad de su ejercicio basada en un principio constitucional protector de la función, que funciona de igual forma que la sentencia civil de divorcio en el caso de la acción privada de adulterio.

3. Párrafo aparte merece un comentario la llamada "acción popular" que ha dejado de pertenecer a nuestro sistema penal positivo, cuyo ejercicio le estaba reconocido a todos los ciudadanos, aunque no hayan sido perjudicados u ofendidos por el delito. Proveniente de la ley de enjuiciamiento española de 1882, motivó un amplio debate doctrinario sobre su conveniencia pero las cada vez más amplias y fuertes corrientes penales y procesales modernas que tienden a limitar las facultades de los particulares en el ejercicio de la acción como a imposibilitar su actuación en el proceso penal como parte, y la posibilidad de que su ejercicio se deforme con el uso o por los intereses particulares en juego, han hecho que este tipo de acción vaya desapareciendo aún de las legislaciones positivas que, como la española, la habían tenido en cuenta como medio de controlar los eventuales abusos o negligencias de los órganos jurisdiccionales.

### IV) ACCIÓN PUBLICA DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA

1. Dentro dicho antes que en algunos casos el Estado deja en manos de los particulares la opción para iniciar la acción, casos en que sobre la voluntad de la pretensión punitiva se alcañena el derecho de guardar dentro de la esfera de intimidad

ciertos hechos que podría ocasionar vergüenza o que, por su naturaleza, no son de interés perseguir por razones de política criminal mientras no se exprese concretamente la voluntad del ofendido o de quien lo represente mediante el acto de la denuncia impulsora de la acción. Aquí entonces aparece el principio de oportunidad –contrario al de legalidad visto en la acción pública propiamente dicha– pues deja en manos de la parte la deliberación y elección de iniciarla pero, ejercida la opción, renace su ejercicio como acción pública con todas sus características excepto en lo que concierne a la indivisibilidad real, pues deberá perseguir solamente aquellos hechos por los que el ofendido hubiera optado.

2. Tradicionalmente este tipo de ejercicio de la acción estaba reservado para ciertos delitos contra la honestidad (violación, estupro, rapto y abuso deshonesto) los que, por su naturaleza, motivaban el choque entre el interés de investigar y castigar infracciones graves como las mencionadas y el interés por proteger el derecho a la intimidad de la víctima. –La reforma de la ley 17.567 y posteriormente la de la ley 21.338 la extendieron a otras infracciones con lo que se amplió el concepto tradicional para abarcar casos de practicidad ya sea por el distinto grado de interés en la falta por parte de la sociedad –que antes estaba reservado a las acciones privadas– como por razones estrictamente funcionales. Así y dentro del primer supuesto, aparecieron la violación de domicilio (art. 72 inc. 3º) y la involencia fraudulenta (art. 72 inc. 4º), como antes las amenazas del art. 149 bis, mientras que fundado en la gran cantidad de casos y la necesidad de desahogar de una pesada tarea a los tribunales, las lesiones leves dolosas o culposas (arts. 89 y 94).

3. En todos estos casos el titular de la opción es el agraviado o su tutor, guardador o representante legal que deberá hacerlo por alguna de las vías que establece para ello la ley procesal y sin orden de prelación establecida. Sin embargo en algunos la regla sufre la consabida excepción cuando la incapacidad del agraviado no se encuentra cubierta por la existencia de un representante, en los casos de abandono y cuando sea el mismo representante, en los casos de abandono y cuando sea el mismo representante quien haya ofendido a la víctima, pues allí el Estado resume el ejercicio de la acción que le compete ante la imposibilidad del incapaz de optar válidamente. Por ello no puede instar el menor aunque sea adulto, pero sí el emancipado quien no necesita de autorización para estar en juicio criminal (Nuñez, op. cit. II, 133) y aún el inhabilitado mayor de edad al ser la instancia un derecho inherente a la persona del ofendido. También, y para el caso de las lesiones, regía la regla de la oficiación cuando median razones de seguridad o interés público, que no significa otra cosa que exceptuar aquellos casos en que haya habido riesgo o daño a la generalidad de la comunidad.

La instancia no tiene un término fijado por lo que podrá ser ejercida en tanto y en cuanto la acción, como derecho subjetivo del ofendido, no se haya prescrito en los términos del art. 62 del Código Penal.

Se ha planteado el problema de los procesos por delitos de instancia privada en los que no haya sido ejercida. Las soluciones doctrinarias y jurisprudenciales no son pacíficas pues desde Nuñez (op. cit. II, 144) que sostiene que su ausencia produce el efecto procesal de impedir la formación de la causa criminal siguiendo el criterio de los tribunales superiores de Córdoba y Tucumán se llega al criterio amplio de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en el sentido de que estando puesta la limitación en beneficio de la víctima no puede prevalecer de ella el imputado para invocar una realidad, postura mantenida por todos los tribunales inferiores de ese estado.

En cuanto al concurso entre delitos de acción pública y delitos de instancia privada, no obstante la relación concursal que tengan, corren independientemente sin que el primero excluya la necesidad de instar la acción del segundo y correrá la suerte de este cuando se encuentren tan íntimamente ligados que su persecución involucre la publicidad del hecho sometido al resguardo de la instancia, al decir de Nuñez.

## V) ACCIÓN PRIVADA

1. El Código prevé también los delitos de acción privada donde la titularidad de la acción compete exclusivamente al ofendido pues atiende al interés que tenga en la represión del caso concreto ya que, objetivamente, la acción no deja de ser delito si bien, como se ve, sometido al mero interés de la parte. Esta interpretación, contraria a la tesis de Soler para quien pareciera que mientras no hay acción privada no hay lesión, surge del mismo texto legal (art. 73) al prescribir: "Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos...".

2. El particular, ya sea por sí o por medio de su guardador o representante legal si aquel es incapaz (art. 76), es quien tiene que iniciarla y seguirla hasta la total concreción de los objetivos que persegue mediante el proceso, es decir, hasta la sentencia, pues su inercia demostrará la voluntad de extinguirla, dentro de lo que se inscriben las facultades previstas en el segundo párrafo del art. 74. Por ello dejan de tener vigencia en esta acción los principios antes vistos de legalidad y de indivisibilidad que se mantiene parcialmente en el caso de adulterio (art. 74 C.P.) pero en razón de la naturaleza que, con relación a la co-autoría, tiene la figura del art. 118.

Pertencen a esta categoría las acciones que surgen del adulterio, las calumnias e injurias, la violación de secretos excepto en los casos de los arts. 154 y 157, la concurrencia deudal y el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima fuese el cónyuge.

3. La competencia exclusiva del ofendido en la promoción y prosecución de la acción tiene su excepción referida a la nacida por el delito de calumnias e injurias en la reforma de la ley 18.953, reimplantada por la ley 21.338, que se fundamenta según la Exposición de Motivos en la necesidad de evitar la inercia de los funcionarios para eludir investigaciones acerca de su conducta.

Finalmente, creo necesario destacar que por ser la acción privada un derecho personal no es transmisible a los herederos salvo el caso del primer párrafo del art. 73 que es aplicable en tanto y en cuanto la ofensa no haya sido hecha a una persona ya muerta (C. Crim. y Conc. Cap. Fed., en pleno, 17/12/72 "Romay Alejandro").