

# DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA, PRIVADA E INSTANCIA PRIVADA

*Una indagación acerca de su razonabilidad*  
*Crimes of public, private action and private instance*  
*An inquiry about your reasonability*

Carlos Manuel Romero Berdullas<sup>1</sup>

Recibido: 14 de julio de 2020

Aprobado: 3 de septiembre de 2020

**Resumen:** Las reformas propiciadas por la Ley N° 24.147, junto a otras modificaciones efectuadas al Código Penal y la tendencia *in crescendo* a acotar el carácter público del Derecho Penal, fenómeno íntimamente ligado a los procesos de reforma abiertos a su progresiva privatización, nos interpelan a meditar sobre la medida de razonabilidad de los delitos de acción privada, los delitos dependientes de instancia privada y el novedoso instituto de la conversión de la acción pública en privada.

Este trabajo procura acercar al lector a una mejor comprensión de los motivos que fundamentan la clasificación de los delitos en nuestro país y la introducción de la conversión de la acción, además de exponer posibles contradicciones axiológicas en nuestra legislación, a través de una rigurosa relación compositiva de lo justo.

**Palabras clave:** Delito; Conversión; Acción; Pública; Privada; Instancia.

**Abstract:** The reforms promoted by Law No. 24,147 (which was sanctioned

1 Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina. Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina y Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: romeroberdullascm@yahoo.com.ar.

on 06/10/2015), along with other modifications made to the Penal Code and the growing trend to limit the public nature of criminal law, a phenomenon closely linked to the processes of Reforms open to its progressive privatization, challenge us to meditate on the reasonableness measure of crimes of private action, crimes dependent on private instance and the novel institute of the conversion of public action into private.

This work not only tries to bring the reader closer to a better understanding of the reasons behind the classification of crimes in our country and the introduction of the conversion of action, but also to expose possible axiological contradictions in our legislation, through a rigorous compositional relationship of the just.

**Keywords:** Crime; Conversion; Action; Public; Private; Instance.

**Sommario:** Le riforme promosse dalla legge n. 24.147, insieme ad altre modifiche apportate al codice penale e alla crescente tendenza a limitare la natura pubblica del diritto penale, fenomeno strettamente legato ai processi di riforma aperti alla sua progressiva privatizzazione, ci sfidano a meditare sulla misura della ragionevolezza dei delitti di azione privata, delitti dipendenti dall'istanza privata e del nuovo istituto per la conversione dell'azione pubblica in privata.

Questo lavoro cerca di avvicinare il lettore a una migliore comprensione delle ragioni alla base della classificazione dei reati nel nostro Paese e dell'introduzione della conversione dell'azione, oltre ad esporre possibili contraddizioni assiologiche nella nostra legislazione, attraverso un rigoroso rapporto compositivo che giusto.

**Parole chiave:** Crimine; Conversione; Azione; Pubblico; Privato; Esempio.

Para citar este artículo:

Romero Berdullas, C. M. (2020). "Delitos de acción pública, privada e instancia privada. Una indagación acerca de su razonabilidad".

*Prudentia Iuris*, N. 90, pp. 159-188.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.90.2020.pp.159-188>

## 1. Introducción

Las recientes modificaciones del Código Penal, junto a la creciente tendencia de los procesos de reforma a limitar cada vez más el carácter público del Derecho Penal, plantean la importancia de reflexionar sobre la medida de racionalidad de los delitos de acción privada y dependientes de instancia

privada, como así también, la relevancia de indagar el grado de razonabilidad del novedoso instituto de la conversión de la acción.

En traza de alcanzar el cometido propuesto, nuestro *iter* comenzará con un análisis normativo, que comprenderá la evolución legislativa de la clasificación de los delitos en nuestro país y la exégesis efectuada por la doctrina, con el objeto de precisar sus posibles fundamentos.

Luego, develadas las diferentes vías de justificación, se relacionará el conocimiento obtenido con los principios del obrar jurídico. De este modo, mediante una rigurosa relación compositiva de lo justo, que partirá de dos matrices ideológicas antagónicas (léase un garantismo fincado en los postulados del Derecho Penal moderno; y un realismo clásico, acuñado por la tradición jurídica occidental<sup>2</sup>), ordenaremos el movimiento de la razón para discurrir e inferir conclusiones sobre la medida de razonabilidad de los delitos de acción privada, los hechos penales dependientes de instancia privada y la conversión de la acción pública en privada.

## 2. Regulación normativa y exégesis

### 2.a. Delitos de acción pública

Antes de la reforma propiciada por la Ley N° 24.147 (que fuera sancionada el 10-6-2015), el artículo 71 del Código Penal establecía: “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) Las que dependieren de instancia privada; 2) Las acciones privadas”.

Así pues, hace casi una centuria atrás, el aún vigente Código Penal de 1921<sup>3</sup> reemplazó el término “pueden”, que obraba en el artículo 71 del Proyecto de Código Penal presentado en 1891 por Piñero, Rivarola y Matienzo<sup>4</sup>, por la palabra “deberán”<sup>5</sup>, afianzado de esta manera un principio de legali-

2 Excede este trabajo precisar los fundamentos de cada matriz ideológica. Para mayor ilustración, véase en extenso Romero Berdullas, C. M. (2020). *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*. Buenos Aires. Ad Hoc.

3 Ley N° 11.179, 29-10-1921.

4 El proyecto de Código Penal de Piñero, Rivarola y Matienzo presentado en 1891 se hallaba encabezado por la fórmula: “Pueden iniciarse de oficio todas las acciones penales, excepto las que nacen de los siguientes hechos [...]”, y luego enunciaba los delitos que exigían acusación o denuncia del agraviado, de sus representantes o guardadores (arts. 87-88). Cfr. Piñero, N.; Rivarola, R.; Matienzo, J. N. (1898). *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*. 2ª ed. Buenos Aires. Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 118 y 319-323.

5 Cfr. Jofré, T. (1922). *El Código Penal de 1922*. Buenos Aires. Valerio Abeledo – Librería jurídica, 148.

dad procesal<sup>6</sup>, íntimamente imbricado a los delitos de acción pública, como así también a nuestra rica tradición histórica<sup>7</sup>.

6 El principio de legalidad procesal podría definirse como el deber del Ministerio Público Fiscal de ejercer de oficio la acción penal ante la noticia de la comisión de un delito de acción pública imperativo, además comprensivo de la imposibilidad de suspender, interrumpir (irretractabilidad) o desistir (indisponibilidad) de la persecución, salvo en las excepciones expresamente determinadas por la ley. Cabe poner de relieve la significancia de la fórmula “salvo en las excepciones expresamente determinadas por la ley”, ya que en nuestro territorio el principio de legalidad procesal ha convivido pacíficamente con diferentes causas de extinción de la acción penal, donde no existe margen del fiscal para proseguir con la persecución penal y la misma ley establece con precisión en qué casos debe extinguirse la acción. Para una mayor ilustración sobre esta cuestión puede verse, *in extenso*, Romero Berdullas, Carlos M. Ob. cit.

7 La influencia de las leyes españolas y las Partidas en América, tanto en la época hispánica como luego de la independencia de la madre Patria, es puesta de relieve por Jiménez de Asúa, Soler, Cabral, Jofré, Vélez Mariconde, Maier y Marchisio [cfr. Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal. Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada*. T. I. 3ª ed. Actualizada. Buenos Aires. Losada, 965 y 1001; Soler, S. (1951). *Derecho Penal Argentino*. T. I. 2ª ed. Buenos Aires. TEA, 102; Cabral L. M. (1997). *Compendio de Derecho Penal Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot, en cap. XII, titulado La Constitución y las cárceles de la Nación, 294; Jofré, T. (1941). *Manual de Procedimiento*. T. I. 5ª ed. Buenos Aires. La Ley, 51; Vélez Mariconde, A. (1969). *Derecho Procesal Penal*. T. I. Buenos Aires. Lerner, 161; Struensee, E. - Maier, J. B. J. (2000). *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 21; Marchisio, A. (2008). *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 50]. Nótese que, si bien en las Partidas no existe una enunciación expresa del principio de legalidad procesal, sí puede observarse la intención de compeler al juez a perseguir la verdad bajo todo costo (*vide* Ley XII, de la Tercera Partida); como así también se advierte ante ciertos crímenes (por su especial gravedad) y yerros el no requerimiento de demandante o acusación (*vide* Leyes X, XI y XXVIII de la Setena Partida). Cfr. *Las Siete Partidas del sabio rey don Alfonso el nono*, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad, Salamanca, 1555 edición de Gregorio López en reproducción anastática del Boletín Oficial de Estado, 1974.

Por cierto, la introducción del procedimiento inquisitivo español en América habría posibilitado la persecución penal de oficio [Cfr. Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*. 2ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto, 333; Vázquez Rossi, J. E. (1995). *Derecho Procesal Penal (la realización penal). Conceptos Generales*. T. I. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 143]; e instaurado la primacía del principio de legalidad procesal [Marchisio, A. (2008). Ob. cit., 52-53]. De hecho, esto fue ratificado por la directriz de perseguir todos los delitos rubricada en el art. 180 del Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para la Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sur de 1813, donde se prescribe, con nitidez, el deber de establecer “[...] en todas las ciudades un acusador é Irenarca [...]”; cuya obligación principal consistía en “[...] descubrir y acusar los delitos que no tuviesen acusador [...]” [cfr. Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para la Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sur de 1813 (cfr. [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/proyecto-de-constitucion-de-la-sociedad-patriotica/html/6d95c592-cdc6-439c-bbf6-6cfd2752428f\\_2.html](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/proyecto-de-constitucion-de-la-sociedad-patriotica/html/6d95c592-cdc6-439c-bbf6-6cfd2752428f_2.html)), fecha de consulta: 21-2-2017]; y Sampay, A. E. (1975). *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*. Buenos Aires. Eudeba, 188].

Esta variable se replicaría sin solución de continuidad en los Códigos Procesales de la Nación, pues recién hacia fines del s. XX y comienzos del s. XXI se puede advertir la pione-

Aunque esta reforma no presenta suficientes fundamentos en la exposición de motivos, Jofré nos ofrece un buen indicio argumental, al explicar que el Código Penal dictado en 1921 se ocupa de la acción penal, dado que la perturbación provocada por el delito primero afecta al Estado, encargado de preservar la tranquilidad social<sup>8</sup>.

Más aún, añade el doctrinario que por esa razón el Estado apela a la pena y nace la acción penal de carácter público<sup>9</sup>; regla de oro dispensada en otras ocasiones, donde esa función es delegada en determinadas personas constituidas en árbitros del castigo, originando así al surgimiento de la acción privada. De ahí que todos los delitos den lugar a la acción pública –salvo en contadas excepciones previstas en la ley penal–, lo que a entender de Jofré constituye un progreso evidente, en tanto así se sortea la venganza privada o el rencor; y a la vez, se evita que las víctimas particulares rehúyan a formalizar o proseguir la acusación por sentimientos humanitarios, la concertación con el delincuente o a fin de eludir las molestias o gastos propios del proceso penal<sup>10</sup>.

Complementa Jofré su análisis citando la exposición de motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Penal uruguayo de 1895, donde se expresaba: “[...] la perpetración de ciertos atentados que conmueven a la sociedad, que ponen en peligro sus más caras instituciones, no son ni pueden ser sino de su resorte; la acción privada se extingue allí donde la justicia tiene que resolver, no una contienda entre particulares, sino el desempeño del más alto privilegio, el poder absoluto de castigar y corregir en nombre de las supremas exigencias de la conservación social [...]”<sup>11</sup>.

Como explica Tejedor, cuyo proyecto sentó las bases del Código Penal de 1886, existen vulneraciones de derechos respecto de las cuales los medios de previsión y defensa individual devienen insuficientes. Estas lesiones, añade el citado, distinguiendo las leyes criminales de las civiles, son las “*únicas de que debe ocuparse el Derecho Penal, porque tales lesiones afectan no sólo a la persona que es la víctima, sino a la sociedad cuya protección quebrantan*”<sup>12</sup>.

---

ra inclusión de criterios de oportunidad en los Códigos Procesales de las provincias, novedad luego reafirmada con la reforma efectuada en el año 2015 a los arts. 59, 71 y 73 del Código Penal por la Ley N° 24.147; y la aprobación del Código Procesal Penal Federal en el año 2019.

8 Jofré, T. (1922). *El Código Penal...* Ob. cit., 148.

9 Ídem.

10 Ídem.

11 Proyecto de Código de Procedimiento Penal uruguayo de los Dres. Acevedo, De María, etc., Montevideo, 1895, según cita de Jofré, T. *El Código Penal de 1922*, 149.

12 Tejedor, C. (1871). *Curso de Derecho Criminal*, Primera Parte. 2ª ed. Buenos Aires. Librería de CL. M. Joly, 13.

De ahí que las lecciones de Vélez Mariconde no pierdan vigencia con el transcurso del tiempo, ya que “la acción penal es pública tanto por el objeto al cual se refiere, cuanto por la finalidad que persigue”<sup>13</sup>. Es que para “cumplir sus fines, para defender su propia vida, para mantener el orden jurídico-social, el Estado ha reivindicado del particular el derecho de acusar; éste se ha convertido en una función pública [...]”, pues el “interés individual ha quedado [...] comprendido en el interés social” y “la actividad acusatoria se ha socializado”<sup>14</sup>.

No en vano, Vélez Mariconde abreva en palabras de Mortara, quien explica que la acción penal es el instrumento jurídico mediante el cual actúa el Derecho Subjetivo del Estado “de aplicar, por la autoridad y con las garantías del poder jurisdiccional, las sanciones jurídicas necesarias a la defensa y el mantenimiento del orden social y de las condiciones externas de pacífica convivencia de los ciudadanos”<sup>15</sup>.

Si el Derecho Penal es esencialmente público, debido a que protege intereses sociales y procura preservar el orden jurídico, el delito exige la actividad directa e inmediata del Estado (o sea, la sociedad como entidad jurídica, según Vélez Mariconde); pues éste no puede desentenderse de la acción penal<sup>16</sup>. De lo contrario, de conceder al particular ofendido el solitario ejercicio de la acción penal, se supeditaría a su querer la vida misma de las acusaciones y los procesos, como así también la efectiva aplicación de la ley<sup>17</sup>. Y este aspecto no es menor, dados los peligros implícitos en una factible orfandad de acusación cuando la comunidad política lo requiera (motivada en la indiferencia de los ciudadanos ante aquello que no los toca directamente), las posibilidades de que el ciudadano-acusador se convierta en chantajista u obre impulsado por un instinto de venganza reñido con la justicia<sup>18</sup>.

Notése que Frister pone de relieve la importancia del interés público en el Derecho Penal, pues la reacción jurídico-penal contra el hecho delictivo “no es la compensación del daño causado a la víctima ni tampoco (o al menos no principalmente) el proporcionarle una satisfacción personal [...] el Derecho Penal no regula una relación jurídica entre personas privadas [...] [d]ado que la punición existe en interés público, tampoco la persecución

13 Vélez Mariconde, A. *Derecho Procesal Penal*. T. I, 282.

14 Ídem.

15 Siracusa, *Il Pubblico Ministero*, 46, según cita de Vélez Mariconde, A. T. I. Ob. cit., 283.

16 Vélez Mariconde. A. T. I. Ob. cit., 283-285.

17 Ídem.

18 Vélez Mariconde, A. T. I. Ob. cit., 289-290 y 293-294.

penal es, básicamente, asunto de la víctima, sino misión de una autoridad estatal [...]”<sup>19</sup>.

Siguiendo esta inteligencia, puede afirmarse entonces con Fontán Balestra: “*La acción pública* es la típica acción penal”<sup>20</sup>. Pues el artículo 71 del Código de fondo rubrica implícitamente el principio general de que la acción penal es pública, lo que también es reconocido por Zaffaroni, aunque partiendo de un análisis crítico fundado en la denominada “expropiación del conflicto”<sup>21</sup>, presupuesto ya refutado en “De los delitos y los conflictos”<sup>22</sup>.

De hecho, este principio permanece inalterable por cuanto la actual redacción del artículo 71 del Código Penal de la Nación contempla que amén de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las acciones dependientes de instancia privada y las privadas. Por tanto, podemos inferir que más allá de la intención del legislador de permitir el ingreso de criterios de disponibilidad de la acción penal mediante una definición abierta a leyes procesales de las provincias, esta regla dorada no ha perimido.

En este acápite, resta efectuar una serie de observaciones sobre la clasificación formulada en el artículo 71 del Código Penal, pues Vélez Mariconde se enseña crítico con la nomenclatura usada en el Código Penal, en tanto establece un antagonismo entre acción de ejercicio público y acción de ejercicio privado, cuando a su entender la acción es siempre pública (sea civil o penal), por cuanto constituye un poder dirigido hacia un órgano del Estado<sup>23</sup>.

Una perspectiva semejante ofrece Levene, quien considera técnicamente impropio denominar a las acciones como privadas o de instancia privada, ya que dada su naturaleza la *actio* es siempre pública<sup>24</sup>, aunque sea privado el órgano a cargo de su ejercicio o se encuentre subordinada la actuación del Ministerio Público Fiscal a la acusación de determinadas personas enumeradas en la ley<sup>25</sup>.

19 Frister, H. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Hammurabi, 38.

20 Fontán Balestra, C. (1993). *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. 14ª ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 710.

21 Cfr. Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires. Ediar, 894.

22 Romero Berdullas, C. M. (diciembre 2019). “De los delitos y los conflictos”. *Prudentia Iuris*, n° 88. Buenos Aires.

23 Vélez Mariconde, A. (1969), *Derecho Procesal Penal*. T. II. Buenos Aires. Lerner, 180.

24 Levene, Ricardo (h) (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Buenos Aires. Depalma, 167-168.

25 Levene, Ricardo (h). Ob. cit., 167-168. Lo explicado respecto a la acción dependiente de instancia privada es reafirmado por Vázquez Rossi, para quien *stricto sensu*, este es un supuesto de acción pública únicamente sometida a un requisito de procedibilidad, pues una



Fierro también sigue una tónica argumental similar, pues considera que a diferencia de lo sucedido con la acción civil “*ex delicto*” promovida dentro de un proceso penal, la naturaleza de todas las acciones penales originadas de los disímiles delitos es siempre pública, por cuanto su propósito no es satisfacer un interés privado, sino castigar a una persona por la comisión de un delito<sup>26</sup>. Tanto es así, que incluso sugiere clasificar las acciones nacidas de los delitos como de: a) acción pública, b) acción pública dependiente de instancia privada, y c) acción pública de ejercicio privado<sup>27</sup>.

En fin, la distinción entre delitos públicos y privados no solo ha despertado polémicas en la Argentina, pues vale destacar que, en Italia, Buccellati observó oportunamente como huero de sentido hablar permanentemente del carácter público del Derecho Penal; y al mismo tiempo, admitir que la existencia de determinados delitos dependa de la iniciativa privada, contrariando de ese modo la naturaleza pública del *ius puniendi* antes predicada<sup>28</sup>.

## ***2.b. Delitos dependientes de instancia privada***

El artículo 72 del Código Penal de la Nación (que fuera sustituido en 2018 por la Ley N° 27.455) prevé como acciones dependientes de instancia privada las nacidas de los siguientes delitos:

- 1°) El abuso sexual (simple, gravemente ultrajante o con acceso carnal); el abuso sexual gravemente ultrajante o con acceso carnal con personas menores de 16 años; y el rapto (propio e impropio, es decir, sin o con el consentimiento viciado de la víctima), cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones gravísimas previstas en el artículo 91 del Código Penal de la Nación.
- 2°) Lesiones leves, ya sean dolosas o culposas.
- 3°) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

---

vez efectuada la manifestación de voluntad del ofendido de perseguir el delito mediante la denuncia, la acción prosigue idéntico *iter* al de la acción pública en todos sus efectos (Vázquez Rossi, J. E. T. I. Ob. cit., 331).

26 Cfr. Fierro, G. J. (2002). En AA. VV. *Código Penal y normas complementarias. Análisis Doctrinario y jurisprudencia, 2. Parte General (arts. 71/76)*. Dirs.: Zaffaroni, E. R.; Baigún, D. Buenos Aires. Hammurabi, 772.

27 Fierro, Guillermo J. Ob. cit., 773. Por su parte, Levene también propone reemplazar la denominación de “delitos de acción privada” por “delitos perseguibles a instancia de parte” [cf. Levene, Ricardo (h). Ob. cit., 167-168].

28 Según Jiménez de Asúa, L. (1965). *Tratado de Derecho Penal. El delito*. T. III. 3ª ed. actualizada. Buenos Aires. Losada, n° 979, 280.



En todos estos supuestos, la norma fija que sólo se procede a formar causa por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, la norma también estipula circunstancias que imperan a proceder de oficio. Estas excepciones varían según cada uno de los casos contemplados en los diferentes incisos, pues de configurarse el sustrato fáctico del inc. 1º, se interviene de oficio cuando la víctima fuera menor de 18 años o hubiera sido declarada incapaz; mientras que de tratarse de una causa por lesiones leves (inc. 2º), la actuación oficiosa se dará cuando mediaren razones de seguridad o interés público<sup>29</sup>.

Por lo demás, también se promoverá de oficio la persecución penal frente a las lesiones leves (inc. 2º) y el impedimento de contacto (inc. 3º), si el delito fuera cometido contra un menor sin padres, tutor o guardador; o cuando el victimario resultare uno de sus ascendientes, tutor o guardador; o de existir intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, en tanto fuera más conveniente para el interés superior de aquél.

Aprécia, Vélez Mariconde, que en esta clase de acciones el ofendido no ejerce la acción penal. *Per se*, únicamente tiene la facultad de carácter sustantivo de provocar e instar la promoción de la acción penal –decisión librada al arbitrio del ofendido, quien debe ponderar intereses familiares y sociales posiblemente agonales–, mas una vez manifestada la voluntad favorable hacia la persecución, el poder de retracción se disipa de manera irrevocable<sup>30</sup>. En ese sentido, Maier advierte la existencia de una persecución penal oficial, pero subordinada a una condición que concretada habilita la acción del Estado y se vuelve irretractable<sup>31</sup>.

Empero, en sentido contrario a la doctrina tradicional, Binder considera que la víctima debería contar con la posibilidad de revocar esa autorización, por cuanto los motivos fundantes de esta norma (léase la revictimización o los costos de persecución demasiado gravosos para el menoscabado directamente por el delito) no armonizan con la manda de obligar a la víc-

29 Maier asimila este último supuesto a una manifestación del principio de oportunidad, pero formulada de manera inversa a la habitual. Pues en vez de describir la regla el caso genérico, en donde por lo general y sin condicionamientos existe la opción de disponer de la persecución penal, en este caso surgiría la chance de que el órgano estatal pueda prescindir de una condición inhibitoria de la persecución penal oficial, tan solo apelando a razones de seguridad o interés público, no sustentadas en baremos objetivos susceptibles de ser debatidos contradictoriamente [cfr. Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 675]. El análisis de esta interpretación exorbita el objeto de este trabajo. Si se desea evaluar las razones por las cuales no puede sostenerse esta exégesis, se sugiere la lectura de Romero Berdullas, C. M. (junio 2017). “Manifestaciones del principio de oportunidad”. *Prudentia Iuris*, n° 83. Buenos Aires, 233-234.

30 Vélez Mariconde, A. A. Ob. cit. T. I, 278-281.

31 Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II...* Ob. cit., 676-677.

tima a ponderar en una fase inicial cuáles serán las consecuencias del caso, pues en ese estadio incipiente aún no se pueden discernir con nitidez los potenciales perjuicios<sup>32</sup>.

Ahora bien, si analizamos la evolución legislativa de las acciones dependientes de instancia privada previstas en el artículo 72 del Código Penal, es posible observar una confusa indiferenciación inicial con las acciones privadas y un continuo vaivén en la nómina de infracciones contempladas en este supuesto<sup>33</sup>. Así pues, a modo de ejemplo: los delitos de amenazas, violación de domicilio e insolvencia fraudulenta integraron el catálogo de delitos dependientes de instancia privada (cfr. Ley N° 17.567), mas luego fueron definitivamente excluidos mediante la sanción de la Ley N° 21.338.

Otro aspecto por destacar es que el fundamento del régimen de excepción previsto en el Código Penal de 1921 se basaba primigenia y únicamente en la necesidad de sortear el *strepitus fori* ante los delitos contra la integridad sexual, por entonces definidos como contra la honestidad.

En línea con von Liszt y Frank, Jiménez de Asúa explica que, si bien el Derecho reconoce la gravedad evidente del delito, como así también el interés y deber del Estado de perseguirlo, en ciertas circunstancias subordina su actuación a la decisión de la víctima, pues ésta puede preferir resguardar el hecho penal en su intimidad personal, a fin de no incrementar la lesión del bien jurídico adicionándole la publicidad del daño padecido<sup>34</sup>.

Los delitos dependientes de acción de instancia privada comprenden, entonces, hechos graves, pero el legislador privilegia el perjuicio que la trascendencia pública del delito importaría para la víctima del hecho penal –*strepitus fori*– por sobre su represión<sup>35</sup>. Es que, como enseña Soler, acontece a veces que “el delito afecta tan hondamente la esfera íntima y secreta de un sujeto, que la ley ha considerado conveniente, no obstante la gravedad de aquél, respetar la voluntad de la víctima o de quienes legalmente la representan, a objeto de que la intimidad herida por el delito no lo sea nuevamente por el *strepitus fori*”<sup>36</sup>.

Como bien explica Fierro, a partir de la sanción de la Ley N° 17.567 (cuyo autor fue Soler), el *strepitus fori* perdió su carácter de fundamento

32 Cfr. Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. Buenos Aires. Ad Hoc, 444.

33 Cfr. Leyes Nros. 13.944, 16.648, 17.567, 18.653, 20.509, 21.338, 23.077, 23.487, 24.270, 24.453 y 25.087.

34 Jiménez de Asúa, L. (1965). *Tratado de Derecho Penal. El delito*. T. III, n° 979, 277-278.

35 Navarro, G. R.; Daray, R. R. (2004), *Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires. Hammurabi, 70.

36 Soler, S. (1953). *Derecho Penal Argentino*. T. II. Buenos Aires. TEA, 500-501.

exclusivo de esta clase de acciones, amén de subsistir en casos de delitos contra la integridad sexual<sup>37</sup>. De ahí que el citado coloque a la necesidad de descomprimir la saturación creciente de la carga de trabajo de los tribunales como una de las razones determinantes para introducir en esta categoría a infracciones que afectaran “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”<sup>38</sup>.

Se añade a ello que, en 1993, también se sumó al elenco de delitos de instancia privada el impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes, lo que a juicio de Fierro es un desatino del legislador, en tanto así “se recargan abusivamente las incumbencias penales, promoviendo con ello el colapso del sistema” cuando “en el caso [...] se trata indubitablemente de una cuestión propia del Derecho de Familia [...]”<sup>39</sup>.

Por su parte, Zaffaroni explica que el original fundamento del *strepitus fori* hoy se amplía a la necesidad de evitar la doble victimización y el daño moral susceptible de causarse a partir de la reminiscencia de vivencias desgraciadas<sup>40</sup>. Pues en la actualidad, dadas las hipótesis incluidas legislativamente en el Código Penal y la excepción consagrada respecto a las lesiones leves, el fundamento de la acción dependiente de acción privada radicaría en “la necesidad de moderar la arbitrariedad confiscatoria de conflictos –que es la esencia del poder punitivo– procurando que la acción procesal dependa de la instancia de la víctima, como única jueza de los perjuicios que ésta puede acarrearle”<sup>41</sup>.

## ***2.c. Delitos de acción privada***

El artículo 73 del Código Penal de la Nación delimita como acciones privadas a las originadas de:

- 1) Las calumnias e injurias, en cuyo caso la acción podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes.
- 2) La violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157 del Código Penal de la Nación.

37 Cfr. Fierro, G. J. Ob. cit., 753.

38 Ídem.

39 Fierro, G. J. Ob. cit., 771.

40 Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A. Ob. cit., 895.

41 Ídem.

- 3) La concurrencia desleal (prevista en el art. 159 del Código Penal de la Nación).
- 4) El incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge.

Cabe añadir, que en los supuestos de los incisos 2º, 3º y 4º se procederá únicamente por querrela del agraviado o de sus guardadores o representantes legales.

La categoría de infracciones denominadas “delitos de acción privada” suelen ser, en palabras de Jiménez de Asúa y Soler, “de poca gravedad”; y la protección pública se halla íntimamente ligada a la voluntad de la víctima, quien no solo debe promoverla, sino también proseguirla<sup>42</sup>.

En la acción privada, el interés protegido por la incriminación se encuentra revestido por un carácter “señaladamente particular”, al punto tal de que cuando éste no se manifiesta como lesionado, es como si no hubiera acontecido lesión alguna<sup>43</sup>.

Por ello, resultan replicables aquí las consideraciones expuestas por Frister, al analizar el Derecho Penal alemán, pues al igual que en nuestro país, en Alemania la idea de punición de infracciones del Derecho como asunto público tampoco se realiza de modo irrestricto. En efecto, allí los delitos de acción privada únicamente pueden ser denunciados por el Ministerio Público si existe un interés público en la persecución penal, pues de lo contrario, el derecho de acusar es de resorte exclusivo de la víctima<sup>44</sup>.

Como enseña Vélez Mariconde, en esta clase de acciones el Estado no sólo confiere al ofendido el poder jurídico de requerir la actuación de la ley penal, sino también le concede un derecho subjetivo e individual, condicionante y enervador total de la potestad pública<sup>45</sup>. Por este motivo es que Maier advierte un desplazamiento de los órganos de persecución penal estatal por el querer del ofendido o sus sustitutos dentro de un ámbito reservado por la ley a la autonomía de la voluntad en todas sus etapas, en donde el Estado sólo preserva el monopolio de la fuerza pública<sup>46</sup>.

Por su parte, Binder ofrece una perspectiva peculiar, en la medida en que identifica los delitos de acción privada con criterios de selección de casos

42 Jiménez de Asúa, L. T. III. Ob. cit., n° 979, 278; y Soler, S. T. II. Ob. cit., p. 501. Vale añadir que, también, Fierro considera que en estos supuestos nos hallamos ante infracciones en las cuales no se encuentra gravemente comprometido el interés del Estado (cfr. Fierro, G. J. Ob. cit., 772).

43 Fontán Balestra, C. Ob. cit., 711; y Soler, S. T. II. Ob. cit., 501.

44 Frister, H. Ob. cit., 39.

45 Cfr. Vélez Mariconde, A. A. T. I. Ob. cit., 278-281.

46 Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II...* Ob. cit., 669 y sigs.

o problemas de oportunidad<sup>47</sup>. Concretamente, si bien afirma en los delitos de acción privada la existencia de un interés público comprometido, repara en la primacía de un vigoroso interés de la persona afectada fincado en dos fundamentos: uno relacionado al resguardo de ciertos bienes demasiado personales (ej.: honor); y otro sustentado en razones de oportunidad, ajustadas a la mejor capacidad de gestión de las víctimas en estos casos<sup>48</sup>.

No obstante, tal como se expone en *Manifestaciones del principio de oportunidad*<sup>49</sup> –en semejante línea a Armenta Deu<sup>50</sup> y Marchisio<sup>51</sup>–, no se advierte aquí una proyección del denominado principio de oportunidad en los delitos de acción privada, pues se hace patente la decisión legislativa de conferir el poder dispositivo de la acción penal a los particulares. En consecuencia, no se percibe ámbito de discrecionalidad alguno de parte de los fiscales, en pos de definir si promoverán, suspenderán o desistirán la imperativa persecución del delito ante la noticia criminal. Por el contrario, aquí la regla rectora es la disponibilidad de la acción en manos de la voluntad de los particulares.

La cuestión es que, si tal cual se demuestra en *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, este principio “alude a las facultades del Estado (por intermedio del Ministerio Público Fiscal) para no iniciar, suspender o interrumpir la persecución penal pública ante la noticia delictiva en vista a razones político-criminales, el ámbito conceptual de este principio (como también del principio de legalidad procesal) es el de la acción penal pública y su noción abarca desde el plano subjetivo una función conferida a un órgano estatal (léase fiscal)”<sup>52</sup>, elementos ausentes en los delitos de acción privada<sup>53</sup>.

47 Cfr. Binder, A. M. T. II. Ob. cit., 438-440 y 443-444.

48 Binder, A. M. *Derecho Procesal Penal*. T. II, 438-440 y 443-444.

49 Romero Berdullas, C. M. *Manifestaciones del...* Ob. cit., 232-233.

50 Cfr. Armenta Deu, T. (2008). *Estudios sobre el Proceso Penal*. En Colección de Autores de Derecho Penal (dirigida por Donna, E. A.). Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 222-223.

51 Cfr. Marchisio, A. *Principio de oportunidad...* Ob. cit., 114-115.

52 Romero Berdullas, C. M. *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, 37-38. En similar sentido, véase Anitua, G. I.; Borinsky, M. H. (1999). “Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas penales europeos”. En AA. VV. (Dir.: Hendlar, Edmundo). *Sistemas procesales comparados*. Buenos Aires. Ad Hoc, 552-553.

53 Misma conclusión cabe inferir respecto a los delitos dependientes de instancia privada, por cuanto nos topamos con una condición de procedibilidad o excepción al principio de oficialidad, que el legislador libró a la autonomía de la voluntad de las víctimas; pero ciertamente, una vez ejercitada perime ese hiato de la indisponibilidad de la acción penal del órgano estatal de persecución, y ésta prosigue de oficio e irrevocablemente, como toda acción pública informada por los principios de legalidad e indivisibilidad. Tampoco modificaría en algo que fuera revocable esta facultad de instar la promoción de la acción penal. Pues de ser así, el fiscal no contaría con espacio de discrecionalidad alguno para evaluar si dispone o no de la acción

## 2.d. Conversión de la acción pública en privada

Vale resaltar la novedosa introducción al artículo 73 del Código Penal de la Nación de la conversión de la acción pública en privada. Pues a partir de esta reforma suscitada en el año 2015 por la Ley N° 27.147, se incorporaron a la categoría de acciones privadas aquellas que, “de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima”<sup>54</sup>.

Este instituto<sup>55</sup> también es receptado en el proyecto de reforma del Código Penal, que fuera elevado al Congreso por la Comisión creada mediante el Decreto N° 103/2017 (cfr. arts. 71, quinto párrafo y 73, inc. 5°); y es uno de los supuestos de disponibilidad de la acción regulados en el reciente Código Procesal Penal Federal (arts. 30, inc. b, 33 y 252)<sup>56</sup>.

Como se explica en *Criterios de oportunidad en el proceso penal*, este régimen es caracterizado como flexible y comprende dos alternativas: “Una [...] más bien ligada al querellante autónomo. Supuesto donde la conversión de la acción pública en privada es peticionada por la víctima frente al sobreseimiento solicitado por el fiscal o el archivo dispuesto por aplicación de un criterio de oportunidad (art. 33, incs. a y b del Código Procesal Penal Federal)”<sup>57</sup>, y “otra sí vinculada al principio de oportunidad, a partir de la cual la víctima puede solicitar al fiscal su autorización para convertir la acción pública en privada frente a determinados delitos, en la medida de que no existiera un interés público gravemente comprometido”<sup>58</sup>.

Resta precisar que las condiciones de aplicabilidad de esta última alternativa pueden variar según el caso<sup>59</sup>, por cuanto dependen de decisiones

---

penal, ya que esa decisión (léase la revocación) dependería exclusivamente de la voluntad de la víctima (cfr. Romero Berdullas, C. M. *Manifestaciones del...* Ob. cit., 233).

54 Respecto al desatino del legislador en la aplicación de la fórmula “de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes”, corresponde remitirse a lo escrito en Romero Berdullas, C. M. (23-4-2019). “De la inconstitucional regulación de la acción penal -inconsecuencias de reformas contradictorias”. En *elDial.com*, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal. Dirigido por Gustavo E. Aboso, 1-69.

55 Que ha generado adeptos como Félix Crous (véase versión taquigráfica de la sesión de Senadores del 4-11-2014, 61); y oposiciones como la de Julio B. J. Maier (cfr. mismo documento, 12); y Maier, J. B. J. (2015). *Derecho Procesal Penal, III. Parte General, Actos Procesales*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 236.

56 Aprobado por Ley N° 27.063, el 7 de febrero de 2019.

57 Romero Berdullas, C. M. (2020). *Criterios de oportunidad en el proceso penal*. Buenos Aires. Ad Hoc, 122-123.

58 Ídem.

59 A modo de ejemplo, el Código Procesal Penal Federal de la Nación contempla la posibilidad de convertir la acción pública en privada con el consentimiento del fiscal, en tanto

político-criminales orientadas a alcanzar una mayor eficacia o eficiencia en una o en un grupo de causas<sup>60</sup> y a redireccionar racionalmente los recursos del Ministerio Público Fiscal<sup>61</sup>.

### 3. Medida de razonabilidad de los delitos de acción privada

Concretada la *via inventionis*, nos hallamos en condiciones de analizar la medida de razonabilidad de los delitos acción privada. A tal efecto, nada parece más conveniente que iniciar esta fase dialéctica partiendo de la matriz ideológica garantista, pues el garantismo preconizado entre autores como Ferrajoli<sup>62</sup> y Silva Sánchez<sup>63</sup> abrevia en los postulados de un Derecho Penal moderno, cuyos contenidos pétreos son ampliamente reconocidos por gran parte de la doctrina contemporánea.

Ahora bien, si estudiamos esta cuestión desde esa perspectiva, deberíamos concebir a la pena como un “mal”, lo que permitiría comprender la necesidad de restringirla al máximo posible. De hecho, si partiéramos del presupuesto de que en palabras de Silva Sánchez: “la pena es básicamente un mal”<sup>64</sup>, luego cabría proponer la reducción de los mecanismos punitivos del Estado al mínimo necesario, en clave con el principio de intervención mínima.

Por consiguiente, en ese transitar hacia la búsqueda del punto de referencia del mínimo necesario, el principio de necesidad (*nulla lex poenalis sine necessitate*) del Derecho Penal, del cual derivarían el principio de pena mínima necesaria y el de máxima economía en la configuración de los delitos (*nullum crimen sine necessitate*), marcaría el rumbo a seguir<sup>65</sup>.

---

se trata de un delito que requiriera instancia de parte, o de lesiones culposas, y no existiera un interés público gravemente comprometido (*vide* art. 33, inc. c).

60 Cfr. Binder, A. M. *Derecho Procesal Penal*. T. II, 440-441.

61 Cfr. Solimine, M. A. (2015). *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Ley N° 27.063*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 131.

62 Cfr. *in extenso* Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta.

63 Cfr. *in extenso* Silva Sánchez, J. M. (2012). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. 2ª ed. ampliada y actualizada. Montevideo - Buenos Aires. B de f; y Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Barcelona. Atelier.

64 Silva Sánchez, J. M. *Aproximación al...* Ob. cit., 46, 291-292, 294 y 394.

65 Cfr. Ferrajoli, L., *Derecho y Razón...* Ob. cit., 91-93, 465-466. Así pues, anclándose en las reflexiones de Beccaria, Bentham y Montesquieu, Ferrajoli pone de relieve el ligamen entre el principio de necesidad y el de reserva de la ley, que debería reducir las prohibiciones penales a las mínimas necesarias e impedir la inflación penal (*ibidem*, 465-466).



En consecuencia, si siguiéramos las coordenadas minimalistas, se advertiría cierta tensión con la idea de convertir delitos de acción pública en delitos de acción privada<sup>66</sup>; o la de incorporar esta última clase de hechos penales en el Código Penal, pues como enseña Pastor, estas pragmáticas contradicen los fundamentos axiológicos del Derecho Penal mínimo profesado por Ferrajoli<sup>67</sup>.

Explica Pastor que “si las penas leves o las no privativas de la libertad muestran el carácter no fundamental de los bienes que se pretende tutelar con las figuras que prevén tal tipo de sanciones, lo mismo sucede, o mucho más todavía, cuando el Estado se desinteresa de la cuestión hasta tal punto que deja su persecución en manos exclusivas de particulares. Aquí se suman ese desinterés estatal y la escasa relevancia de la sanción que normalmente está determinada para los delitos de acción privada”<sup>68</sup>.

Por tanto, el jurista citado afirma que sería correcto “derogar en primer lugar todas las figuras penales perseguibles privadamente y luego también todas aquellas respecto de las cuales se esté pensando en convertirlas en delitos de acción privada”, pues como “con acierto dicen Gatgens Gómez y Rodríguez Campos, los delitos de acción privada son ‘aquellos delitos leves o en los que el interés público es insignificante’, entonces es evidente que si realmente se desea un Derecho Penal mínimo y una deflación de los procesos judiciales, los delitos de acción privada deben ser derogados”<sup>69</sup>.

De ahí que Pastor sella sus maduradas reflexiones, infiriendo: “[...] esto se debe a que por definición en estos casos se está pensando desde el comienzo en la inexistencia de interés estatal en el hecho, pues de haberle interesado al Estado lo habría configurado como delito de acción pública, más allá de la suerte que pudiera correr la persecución del hecho concreto en un proceso dado”<sup>70</sup>.

Por cierto, si en línea con la idea de *ultima ratio* el legislador contempla únicamente como delitos los actos más gravosos para el todo social; y anuncia la imposición de la pena para retraer a quienes se encuentren dispuestos a cometer esa clase de hechos conspiratorios contra el bienestar general;

66 Diferente es el caso si ante el archivo del fiscal de una causa iniciada por un delito de acción pública se permite que la víctima prosiga el proceso. Pues en este caso, nos hallamos ante un delito de acción pública; y si bien la prosecución puede seguir en esa instancia el cauce previsto para los llamados “delitos de acción privada”, ciertamente el carácter sustancial y relevante del hecho perseguido no resulta modificado [Pastor, D. R. (2005). *Recodificación penal y principio de reserva de código*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, 224].

67 Pastor, D. R. Ob. cit., 223.

68 Ídem.

69 Ídem.

70 Ídem.

luego se observa contradictorio tipificar conductas “de poca gravedad”<sup>71</sup>; o acciones que no comprometen gravemente el interés del Estado<sup>72</sup> y revisten un interés “señaladamente particular”<sup>73</sup>.

En efecto, de considerarse que algún acto humano no origina ese especial interés penal en la sociedad, no posee una significación gravosa, ni reviste la trascendencia necesaria para ultrajar la tranquila convivencia y la paz social; no debería tipificarse ese hecho como “delito”. Por ende, si ponderamos esta circunstancia desde el prisma garantista, se observan objeciones de entidad a la hora de evaluar la medida de racionalidad legislativa de la previsión de delitos de acción privada.

Veamos ahora a dónde nos conduce un examen de la cuestión desde el realismo clásico. Desde esta posición, la ley penal (o regla de prudencia determinada por la razón) delimita lo justo a realizar para preservar la sociedad humana y lograr el *bonum commune*; en tanto el Derecho constituye objeto de la justicia<sup>74</sup>, medida que al “dar a cada uno lo suyo” y establecer o restituir el orden entre las personas (como partes de un todo), procura, así, la conquista del bien común.

Dentro de este contexto, el delito es concebido como un acto humano (acción u omisión) culpable que lesiona o pone en peligro determinados bienes amparados por las normas jurídicas. Empero, vale notar que el “delito” no es cualquier acto, “problemática” o mero “conflicto”<sup>75</sup>, pues esta palabra alude a los hechos más graves y antijurídicos, sin cuya prohibición la sociedad no podría preservarse. En efecto, la ley penal no prohíbe todos los vicios, sino sólo aquellos actos humanos exteriores revestidos de tal nocividad para las relaciones sociales, que de no prohibirse la ciudad no podría conservarse<sup>76</sup>.

De ahí que –según Carnelutti– el Código Penal se hace “para conseguir que los ciudadanos se abstengan de ciertos actos que se consideran gravemente nocivos al bien común y realicen ciertos actos que son necesarios para ese mismo bien común”<sup>77</sup>.

71 Jiménez de Asúa, L. T. III. Ob. cit., 278; y Soler, S. T. II. Ob. cit., 501; y Fierro, G. J. Ob. cit., 772.

72 Cfr. Fierro, G. J. Ob. cit., 772.

73 Fontán Balestra, C. Ob. cit., 711; y Soler, S. T. II. Ob. cit., 501.

74 Aristóteles (2015). *Ética a Nicómaco*. Buenos Aires. Colihue, L. V, cap. I, 1129a y 1129b 1-5; y Santo Tomás de Aquino (1998). *Suma de Teología*, II-II (a). 3ª ed. Madrid. BAC, q. 57, a. 1 y q. 58, a. 1.

75 Sobre el distingo entre delito y conflicto, véase Romero Berdullas, C. M. *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, 293-297.

76 Cfr. Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 96, a. 2; y II-II, q. 77, a. 1, resp. a obj. 1.

77 Carnelutti, F. (2006). *Cómo nace el Derecho*. Buenos Aires. Librería El Foro Rodamillans, 12.

Lo explicado permite comprender, entonces, que la obligación jurídica debida al otro y prevista por el legislador es una necesidad de fin, por cuanto instituye el medio particularmente más apto para realizar el bien común; y en consecuencia su lesión impone la coacción jurídica indispensable para concretar su cumplimiento, pues el orden jurídico no puede tolerar su quebrantamiento, ya que de lo contrario vería comprometida su existencia en tanto orden a fin<sup>78</sup>.

Tanto es así, que dada la necesidad de fin<sup>79</sup> del orden jurídico y en tanto no fuera gravemente en desmedro del *bonum commune*<sup>80</sup>, la amenaza de la pena debería concretarse ante el incumplimiento espontáneo de la ley penal<sup>81</sup> y de lo justo, con el fin de restablecer el orden de justicia alterado por el ofensor; evitar la vindicta privada; y por otra parte, salvaguardar la vigencia real de las prescripciones imperadas tanto para no dañar al otro, como respetar la vida tranquila, ambos imperativos de justicia general orientados a resguardar el bien común político.

Por consiguiente, puede advertirse con facilidad la importancia de la sanción penal, pues ésta “[...] introduce la fuerza en la noción de Derecho, porque naturalmente, en cuanto no se obedezca al precepto, necesita de la fuerza para ser puesta en acto”<sup>82</sup>. En definitiva, la coacción jurídica hace a la eficacia del Derecho e induce a la virtud, sin la cual no sería factible alcanzar el *bonum commune*, ya que los ciudadanos (o las partes) no se hallarían proporcionados al bien común de la ciudad (o el todo)<sup>83</sup>.

Lo expuesto permite reparar, también, en una diferencia significativa en los puntos de partida del pensamiento clásico y el garantismo. Pues la doctrina garantista concibe a la pena como “un solo mal”; sumiendo así en la penumbra el aspecto de bien de la sanción penal. A tal punto, que tiende a

78 Cfr. Repetto, A. (2007). “La importancia del Derecho y del Derecho Penal”. En *Diario de Política Criminal*, n° 11.780. Buenos Aires. *El Derecho*, 3.3.4; y Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 349-350.

79 Una necesidad de fin se configura cuando, a modo de ejemplo, no se puede lograr un determinado fin sin un medio (Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I, q. 82, a. 1).

80 Así pues, se admite la posibilidad de que en el algún caso prudencial pueda justificarse la no retribución de un hecho penal si esto perjudicara gravemente el bien común, como por ejemplo acontece en el supuesto de la amnistía o el indulto.

81 Las normas expresan racional e imperativamente una necesidad de fin, que inviste el medio a cumplir con la conducta debida para la consecución de un fin necesario, o sea un bien; más allá de la posibilidad de incumplir lo ordenado e infringir la ley, a partir de un no recto ejercicio de su libertad.

82 Carnelutti, F. Ob. cit., 25.

83 Cfr. Aristóteles. *Ética...*, L. I, C. 1; Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 92, a. 1 y 95, a. 1; y Repetto, A. (2009). “El Derecho Penal realista y una aproximación al bien común”. En *Diario de Política Criminal*, n° 235-1246. *El Derecho*. Buenos Aires.

equiparar incorrectamente como “dos males” al “mal” procedente del “delito” y al “mal” originado por la “pena”, cuando en sentido estricto, mientras el “delito” es un “mal empírico y moral”, la “pena” constituye un “bien ético-jurídico”, por cuanto se trata de un acto justo<sup>84</sup>.

En cambio, aunque el pensamiento clásico entiende desde cierto aspecto empírico a la pena como la imposición de un “mal” a quien ha perpetrado un gravísimo “mal” y en respuesta de ese “mal” de gran entidad denominado “delito” –de ahí su tipificación como una de las conductas más antijurídicas del Derecho–, no desconoce la bondad de la sanción penal, reconociendo que al dar a quien delinquirió “lo suyo” permite restablecer el orden de justicia quebrantado por ese “primer mal delito”.

Por tanto, amén de resultar la pena un “mal” desde una perspectiva meramente sensorial (pues consiste en la privación de un bien particular), el realismo clásico no soslaya su calidad de “bien” desde el punto de vista axiológico, ya que al imponerse la pena se hace justicia; y a través de la sanción penal se compensa ese primer “mal” llamado “delito”, equilibrando de esta manera el desorden provocado por el hecho penal<sup>85</sup>, en pos del bien común. De modo que, mientras el delito es un mal tanto para quien lo realiza como para sus víctimas, la pena es un mal en cierto sentido para quien la recibe<sup>86</sup>, pero también es un “bien ético jurídico” para quien la impone y la comunidad política cuando es justa.

Así como pagar una deuda patrimonial es justo y bueno, retribuir el delito (que es un mal) también constituye un bien. Es que la legitimidad de la pena radica precisamente en ese hacer lo justo, ya que “dar a cada uno lo suyo” es un fin en sí mismo. Por consiguiente, la aplicación de una pena se vuelve así en un bien ético-jurídico sustentado en una necesidad moral o deontológica que en defensa del bien común político exige una respuesta y reacción del Estado ante un acto de iniciativa denominado delito<sup>87</sup>.

84 Tale, C. (2010). “Los legítimos fines de la pena jurídica”. En AA. VV. *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad* (dirigido por Hernández, H. H.). Buenos Aires. Cathedra Jurídica, 289-290 y Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I, C. 46, 5; I, C. 48, 5; I, C. 48, 6 c; y I-II, C. 74, 1 ad. 4.

85 Tale, C. Ob. cit., 136, 140 y 141.

86 En cierto sentido, en tanto la justa pena ejecutada de manera adecuada puede propender a enmendar a quien ha delinquirido, resocializarlo y favorecer su reinserción social, constituyéndose así en un bien para el sancionado penalmente. Véanse, a modo de ejemplo, los resultados positivos alcanzados con el “Programa Espartanos”, donde se da cuenta de una reincidencia delictiva del 5 % de quienes forman parte de ese proyecto, cifra contrastante con una reincidencia delictiva del 65 % de quienes no participan del mismo (cfr. <https://www.fundacionespartanos.org/>, fecha de consulta: 1-7-2020).

87 Cfr. art. 75, inc. 20 de la CN.

Se entiende así, en base a la experiencia: “[s]i se reacciona contra el delito cometido porque es un mal social grave, se está aplicando el principio moral primero [...] que es ‘hacer el bien y evitar el mal’”<sup>88</sup>, concretado en el campo jurídico en ese “dar a cada uno lo suyo”; léase lo suyo de las víctimas particulares, lo suyo de la víctima comunidad política y lo suyo de quien delinquirió.

Por ello es que Repetto clarifica un poco más esta cuestión, apelando a una cita de Santo Tomás de Aquino, quien esgrime que la imposición de la pena: “[...] tiene razón de bien, cuando el que castiga lo hace por justicia (Q.D. de malo, q. 1, a. 4., 9 obj.)”; pues “[...] el orden de la justicia conlleva la privación de un bien particular para alguien que peca, en cuanto que el orden de la justicia requiere que aquel que peca sea privado del bien que apetece. Así pues, la pena misma es buena de suyo, pero es mala para éste (Q.D. de malo, q. 1, a. 1., 1 obj.)”<sup>89</sup>. “El bien no necesita del mal pero sí a la inversa. Por lo tanto, aquello que es necesario para la conservación del bien no puede ser de suyo malo. Y para la conservación de la concordia entre los hombres es necesario que se den penas a los malos. Por lo tanto, castigar a los malos no es de suyo malo (Tomás de Aquino, S.C.G., Libro III, capítulo 146)”<sup>90</sup>.

Efectuada esta breve aclaración, es posible inferir desde este contexto explicativo, que todo delito es grave, salvo aquel no merecedor de ser tipificado como delito. En efecto, no existen delitos leves, aunque sí hay delitos que afectan en menor o mayor medida al bien común; y, por consiguiente, presentan una diferente gradación de gravedad, si los observamos desde una perspectiva *ad intra* del Código Penal.

Repárese que, como ya adelantamos, cuando aludimos a delitos nos referimos a los hechos más graves y antijurídicos, sin cuya prohibición y sanción la sociedad no podría preservarse, pues la ley penal no prohíbe todos los vicios, sino sólo aquellos actos humanos exteriores revestidos de tal nocividad para las relaciones sociales, que de no prohibirse la ciudad no podría conservarse<sup>91</sup>.

Es que, como explica Welzel (aunque partiendo desde un punto de vista diferente a la del realismo clásico), la “‘misión general del Derecho Penal’ es ‘proteger los valores elementales de la vida comunitaria’”; y “[...] ‘la meta

88 Cfr. Hernández, H. H. (2017). *Inseguridad y Garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica, 278.

89 Cfr. Repetto, A. *El Derecho Penal realista...* Ob. cit., acápite 9.9.

90 Ídem.

91 Cfr. Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 96, a. 2; y II-II, q. 77, a. 1, resp. a obj. 1.

suprema de la pena' es preservar a la sociedad de los comportamientos que le son nocivos y proteger los valores elementales de la convivencia"<sup>92</sup>.

Por eso, precisa Welzel: “[e]l Derecho Penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como, por ejemplo, la integridad del Estado, la vida, la salud [...] protección de los bienes jurídicos [...]’ que ‘[...] cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de los bienes jurídicos [...]’, asegurando, así, ‘la vigencia de los valores éticos-sociales de carácter positivo, como el respeto a la vida ajena, a la salud, a la libertad, a la propiedad, etc.’”<sup>93</sup>.

Vale añadir aquí, a su vez, que al delito le corresponde una doble razón de demérito, por cuanto no sólo hiere a la persona singular (o parte ordenada al todo) en su bien, sino también de modo prevalente lesiona a toda la comunidad política<sup>94</sup>. Efectivamente, frente a la comisión de un delito se incumplen un deber emanado de la justicia conmutativa, que impone el imperativo de respetar la relación del titular del bien jurídico con su bien (ya sea un objeto material o inmaterial); junto a otro, expresado en la obligación de todos de no perturbar los derechos personales de los demás y respetar la paz o vida tranquila, imperativo de justicia general o legal destinado directamente a preservar el bien común<sup>95</sup>. De ahí que los delitos o actos humanos consumados en desmedro del otro irradian un perjuicio a toda la comunidad política<sup>96</sup>.

Por lo tanto, a tenor de lo expuesto, puede afirmarse que, si los delitos son los hechos más graves y antijurídicos, sin cuya prohibición y sanción la sociedad no podría preservarse, luego, dejar librada la persecución penal de esas conductas disvaliosas en grado sumo, exclusivamente en manos de los particulares, enseña cierta incongruencia, por cuanto la víctima particular no se encuentra en condiciones de disponer del gravamen público provocado por el hecho penal a la víctima comunidad política.

92 Kaufmann, A. (2018). “La misión del Derecho Penal”. *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. En Colección Grandes Maestros del Derecho Penal, n° 40. Montevideo-Buenos Aires. B de f, 29-30.

93 Welzel, H. (1976). *Derecho Penal Alemán*, Parte General. 11ª ed. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile, 11-12.

94 Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 21, a. 3. En similar sentido, aunque no desde una perspectiva realista clásica, Jiménez de Asúa plantea con claridad que siempre el Estado es titular del interés ofendido por el delito (aunque puede resultar sujeto pasivo inmediato o mediato); y a la vez, principal interesado en el cumplimiento de la ley penal, por cuanto el fin del Derecho Penal puede ser en lo inmediato el bien de una víctima particular, pero también su finalidad inmediata o mediata (según cuál sea el delito cometido) será el bien común (cfr. Jiménez de Asúa, L. T. II. 3ª ed. Actualizada. Ob. cit. Buenos Aires. Losada, n° 979, 92-93).

95 Cfr. Repetto, A. *La importancia...* Ob. cit., 3.4.

96 Cfr. ídem, 4.2.

Concretamente, esto desnuda dos posibles lecturas que tensionan con la medida de razonabilidad de la decisión legislativa de introducir delitos de acción privada. Una opción es que esos actos humanos exteriores no revisitan tal nocividad o gravedad para las relaciones sociales; no comprometan gravemente el bien común de la comunidad política y traduzcan un interés marcadamente particular. Esta clave interpretativa conduciría a pugnar por la abrogación de esas figuras delictivas; y encontraría asidero en la circunstancia de que, de lo contrario, esas conductas habrían sido tipificadas como delitos de acción pública.

Y la otra alternativa es que esos actos sí sean especialmente graves y dañosos para la comunidad política; razón por la cual deberían haber sido tipificados como delitos de acción pública, pues si el hecho penal “[...] fuese tal que redundara en detrimento del Estado, el hombre está obligado a la acusación [...]”<sup>97</sup>, para restaurar el interés público quebrantado por el delito, en vistas del bien común. Es que como enseña Llambías, *contrario sensu* del Derecho Civil (donde se interviene para remediar los daños y perjuicios provocados a algún individuo en particular), el Derecho Penal es “una rama del Derecho Público que en líneas generales procura el bien de la comunidad, y sólo secundariamente el bien individual [...]”<sup>98</sup>, porque lo “[...] ilícito penal comprende un número restringido de acciones que atentan contra la sociedad haciendo peligrar su digna subsistencia [...]”<sup>99</sup>.

Esto nos interpela a interrogarnos si las calumnias e injurias, la violación de secretos, la concurrencia desleal y el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar deben preverse como hechos penales o no. Es que caracterizar a esos delitos como de escaso contenido gravoso contradice la medida de razonabilidad del Derecho Penal; en tanto si una conducta no fuera de especial gravedad, ni irrogara un daño al bien común, no debería introducirse en el Código Penal como delito.

Así pues, si las conductas contempladas como delitos de acción privada fueran de poca entidad y no comprometiesen gravemente el interés público<sup>100</sup> (cuestión que debería dilucidarse), vale preguntarse ¿por qué son tipificadas como delitos, es decir, como las más gravosas lesiones a la ley, como las conductas más antijurídicas; si supuestamente carecen de entidad suficiente para ultrajar la seguridad o tranquila convivencia de la comunidad política?

97 Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, II-II (a), q. 68 a. 1).

98 Llambías, J. J. (1997). *Tratado de Derecho Civil Parte General*. T. II. 17ª ed. actualizada. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 277-278.

99 Ídem.

100 Jiménez de Asúa, L. T. III. Ob. cit., 278; y Soler, S. T. II. Ob. cit., 501; y Fierro, G. J. Ob. cit., 772.



En fin, cabe interrogarse, entonces, ¿cuál es el sentido de prever una determinada conducta en el Código Penal?; para luego, sujetar a la voluntad de la víctima particular la posibilidad de perseguir o no el hecho delictivo para restaurar el orden de justicia e instar la concreción de los otros fines legítimos de la pena (preventivos generales y especiales).

#### **4. Medida de razonabilidad de la conversión de los delitos de acción pública en delitos de acción privada**

Análogas consideraciones cabe realizar respecto a la conversión de la acción pública en privada, cuando es peticionada por la víctima al fiscal ante determinados delitos, en tanto no existiera un interés público gravemente comprometido<sup>101</sup>.

En este supuesto de conversión de la acción ligado al principio de oportunidad, también es dificultoso hallar una medida de razonabilidad (sea cual fuera la perspectiva de la cual partamos), pues “si el legislador tipifica como delitos de acción pública los actos más gravosos para el todo social y anuncia la imposición de la pena en orden a retraer a quienes se encuentren dispuestos a cometer esas clase de hechos ostensiblemente conspiratorios contra el bien común político, resulta sumamente contradictorio dotar al fiscal de un margen de discrecionalidad en pos de evaluar si se halla gravemente comprometido el interés público”<sup>102</sup>.

Por cierto, si la significación, especial trascendencia y afectación del interés público de las conductas en cuestión es lo que movió al legislador a introducirlas en el Código Penal con el carácter de delitos de acción pública para preservar las relaciones sociales y conservar la paz social; luego cabe concluir que la conversión de esas figuras delictivas en delitos de persecución privada denota una contradicción axiológica.

En efecto, “si el Estado se desentendiera de estos casos y librara la persecución penal al accionar de los particulares, en realidad demostraría que estos supuestos no deberían haber sido tipificados como delitos (de acción pública), pues claramente no tendrían entidad suficiente para ultrajar la tranquila convivencia, y por consiguiente, no despertarían el interés de la comunidad política en esta clase de hechos, ni deberían preverse como hechos penales (de acción pública)”<sup>103</sup>.

101 Cfr. art. 33, inc. c) del Código Procesal Penal Federal de la Nación.

102 Romero Berdullas, C. M. *Criterios de oportunidad...* Ob. cit., 123-124.

103 Ídem.

Diversa es la cuestión en los casos de participación del ofendido cuando el fiscal sobresee o archiva por aplicación de un criterio de oportunidad una causa iniciada por presunta comisión de un delito de acción pública; e igualmente, se le otorga a la víctima la posibilidad de mantener viva la persecución penal, a través de la conversión. En este supuesto la inepticia no se configura, pues como explica Pastor, no se produce una mutación en la relevancia e interés estatal expresado por el legislador al tipificar la conducta como delito, ya que nos hallaríamos ante una persecución privada de un delito de acción pública<sup>104</sup>.

## 5. Medida de razonabilidad de los delitos de instancia privada

En los delitos de instancia privada, *a priori* no se advierte mella alguna en la medida de razonabilidad, en tanto nos hallamos ante un delito de acción pública, cuya persecución se encuentra sujeta a un requisito de procedibilidad subordinado a la expresión de voluntad de la víctima particular y basado en un posible interés agonal. Por lo que no resultaría desacertada la idea de denominar a esta clase de delitos como de acción pública dependiente de instancia privada.

Concretamente, en el supuesto de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes, donde más allá de la discusión que pueda darse sobre si debería tipificarse penalmente esta conducta ligada a una problemática familiar o correspondería solucionarla en el fuero civil especializado en la materia, la justificación de la condición obstativa del ejercicio de la acción se basaría en una posible tensión entre el “interés superior del niño” y la persecución penal, en tanto ésta podría agravar la relación paterno filial en desmedro del hijo menor.

Por consiguiente, aquí no se advierte mengua alguna en la medida de razonabilidad, por cuanto nos hallaríamos frente a un delito de acción pública, pero cuya persecución se encuentra condicionada a un juicio prudencial, a fin de evitar un daño mayor al menor de edad y al “bien común familiar”, bien que también refiere al *bonum commune* de la comunidad política, al resultar la familia la “célula primera y vital de la sociedad”<sup>105</sup>.

En cambio, es posible observar cierta aporía si aguzamos la mirada en la redacción escogida al incluir las lesiones leves en esta categoría, pues el artículo 72 del Código Penal prevé en estos casos la actuación oficiosa,

104 Pastor, D. R. *Recodificación penal...* Ob. cit., 222-224.

105 Conc. Ecum. Vat. II, Decr. sobre el apostolado de los laicos, *Apostolicam actuositatem*, 11.

cuando mediaren razones de seguridad o interés público. De modo que así, el legislador pareciera afirmar como regla la no afectación de la seguridad e interés público, a través de la consumación de estas conductas. Por lo que vale preguntarse, nuevamente, si estas conductas no afectan la seguridad e interés público –tal cual pareciera inferirse de la redacción de la norma–, ¿cuál es la razón para introducir las en el Código de fondo como los hechos más antijurídicos; si no presentan entidad suficiente para ultrajar la armónica convivencia de la comunidad política?

En virtud de todo lo ya expuesto la medida de racionalidad también resulta apocada, si como explica Fierro, la necesidad de descomprimir la saturación creciente de la carga de trabajo de los tribunales fue el motivo para introducir en esta sección a las lesiones leves, conductas que afectarían “escasamente la convivencia social debido a su poca entidad [...]”<sup>106</sup>.

Nuevamente, caracterizar determinados delitos como leves o de escaso contenido gravoso no se ajusta a la medida de razonabilidad del Derecho Penal; pues si una conducta no fuera de especial nocividad, ni pusiera en peligro o dañara al bien común, no debería incorporársela al Código Penal como delito.

Por otra parte, si efectivamente la conducta revistiera el poder perjudicial y la gravedad requeridos para tipificar una conducta como delito, el argumento de la descompresión de un sobrecargado Poder Judicial no se enseña acorde a la necesidad de concretar la justicia penal para restaurar el interés público quebrantado por el delito, en aras del bien común.

De hecho, la solución a un atiborrado sistema judicial no consiste en encuadrar hechos graves en delitos dependientes de instancia privada para así excusarse de perseguir gran parte de esas conductas sumamente perjudiciales para la comunidad política por la propia ineficiencia estatal, sino en buscar medidas organizativas idóneas en traza de alcanzar una administración eficaz del servicio de justicia<sup>107</sup>. De lo contrario, se procuraría legitimar un incumplimiento estatal del derecho-deber de aplicar todos los medios adecuados para “dar a cada uno lo suyo”.

Finalmente, la medida de racionalidad también resulta horadada si evaluamos el requisito de procedibilidad previsto ante la comisión de los delitos de abuso sexual o rapto, cuando no falleciera la víctima o resultara sujeto pasivo de lesiones gravísimas, pues la justificación fundada en el *stre-pitus fori* despierta serios interrogantes en torno a si se ajusta al bien de la víctima y al bien de la comunidad política.

106 Fierro, G. J. Ob. cit., 771.

107 Sobre medidas tendentes a alcanzar una gestión más eficiente, puede verse Garavano, G.; Romero Berdullas, C. M. (2014). “El rol del Ministerio Público Fiscal de la CABA”. En AA. VV. *Derecho de la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires. El Derecho.

Por cierto, el *factum* de categorizar estas conductas como de instancia privada puede propender a aumentar la cifra negra de estos delitos por el temor de las víctimas a denunciar, una dependencia económica/emocional respecto del victimario, o una posible naturalización de la violencia en determinados contextos, como así también a potenciar el riesgo de que el sujeto pasivo de estos hechos penales sea nuevamente abusado por el mismo autor e incluso padezca otros delitos violentos<sup>108</sup>.

De hecho, la no concreción de la justicia penal y la ausencia de la noticia criminal frente a estos hechos traduce, además, la posibilidad de que el abusador convierta en víctimas de actos contra la integridad sexual a otros integrantes de la comunidad política. Y esta no es una cuestión insignificante, en la medida en que “entre los elementos principales del bien común político se encuentran la ciencia, la justicia, el orden, la seguridad”<sup>109</sup>; y de “su realización resulta la paz”<sup>110</sup>.

Se añade a esto que el no deceso o padecimiento de lesiones gravísimas no libera a los delitos contra la integridad sexual de su especial gravedad. Claramente, esta clase de actos humanos revisten tal daño para las relaciones sociales, que de no prohibirse la comunidad política no podría conservarse. Merced a esto es que estos actos intrínsecamente malos (en razón de su objeto) son gravemente ilícitos en todo tiempo; y en consecuencia, no sólo anonadan toda posibilidad de “espacio moralmente aceptable para la creatividad de alguna determinación contraria”<sup>111</sup>, sino además imperan a la autoridad pública tanto a prevenirlos como reprimirlos.

De modo que, subordinar a la decisión de la víctima el interés y deber del Estado de perseguir hechos sumamente nocivos como los aludidos, no parece ajustarse a medida de razonabilidad alguna. Primero, porque la víctima no podría disponer del gravamen público originado por el delito (en tanto no le pertenece)<sup>112</sup>, ni de la seguridad de la víctima comunidad política; pues iría en desmedro de un bien común, que no es ajeno al bien propio

108 Ilustra estas factibles circunstancias lo expuesto en Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación (2016). *Guía de actuación en los casos de violencia doméstica contra las mujeres*. Buenos Aires, 14-16 (disponible en <https://www.mpf.gov.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2016/11/Guia-de-actuacion-en-casos-de-violencia-domestica-contra-las-mujeres.pdf>, fecha de consulta: 8-7-2020).

109 Sacheri, C. A. (2007). *El orden natural*. Buenos Aires. Vórtice, 190.

110 Ídem.

111 San Juan Pablo II (1993). *Veritatis Splendor*. 3ª ed. Buenos Aires. Claretiana, n° 67-68.

112 Incluso, este interés público es potenciado ante el deber del Estado argentino de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (cfr. Leyes Nacionales Nros. 23.179 y 24.632).

de la víctima particular<sup>113</sup>; y, por su esencia, “tiene una primacía sobre el bien individual y, en consecuencia, este último se ordena a aquél, como lo inferior y menos perfecto se ordena a lo superior y más excelente”<sup>114</sup>.

Y segundo, debido al potencial riesgo de que el sujeto pasivo pueda sufrir otros hechos delictivos violentos, pues esta circunstancia impera a perseguir penalmente y a adoptar todas las medidas preventivas pertinentes para evitar una nueva “victimización primaria” de la víctima; como así también a sustanciar un proceso acorde a los estándares hoy vigentes<sup>115</sup>, en línea con la idea guía de impedir su “victimización secundaria”.

## 6. Conclusiones

A tenor de lo expuesto, a modo de conclusión es posible inferir lo siguiente:

- a. La existencia de delitos de acción privada tensiona con la medida de razonabilidad del Derecho Penal, ya sea que partamos desde una matriz garantista o realista clásica; y por consiguiente, debería evaluarse la posibilidad de eliminar esa categoría del Código Penal.
- b. Análoga consideración cabe reproducir respecto a la viabilidad de convertir la acción pública en privada, en aquellos supuestos donde se concede a la víctima la posibilidad de solicitar esa transformación al fiscal.

113 “El bien común no es un bien ajeno para la persona humana [...] No hay ni puede haber oposición ni tampoco ‘tensión’ [...] entre bien común y bien propio [...] el bien común es el mejor bien del singular; en este caso, en que el singular es la persona humana, cada uno de sus bienes comunes es en su orden propio el mejor bien de la persona. En efecto, si el verdadero bien de un ente es aquello que éste desea naturalmente como su perfección, entonces tal perfección es para ese ente su bien. Pero la persona concreta tiene una ordenación natural a varios bienes capaces de perfeccionarla, entre los cuales se cuenta no sólo el bien que le concierne precisamente en tanto que es un individuo, sino también ciertos bienes cuya perfección constitutiva les permite perfeccionar a este singular y a otros a la vez; es decir, bienes que son comunicables a una pluralidad de singulares, o sea, bienes comunes. Bienes que son comunes por su abundancia intrínseca y su incommensurabilidad al bien singular en cuanto tal; bienes en que se hallan contenidos y de los que dependen los bienes propios en el orden respectivo. De ahí que esos bienes comunes no tengan la formalidad de bienes ajenos respecto del singular que se halla naturalmente ordenado a ellos como a sus bienes propios, como sus mejores bienes propios, y tanto mejores cuanto más comunicables a otros, comunicabilidad que es manifestación y medida de su perfección y de su consiguiente capacidad perfectiva” [Soaje Ramos, G. (1958). *Sobre la politicidad del Derecho*. Boletín de Estudios Políticos. Universidad Nacional de Cuyo. Mendoza, n° 9, 91].

114 Sacheri, C. A. Ob. cit., 191.

115 Cfr. Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación. *Guía de actuación...* Ob. cit.

- c. Resultaría más adecuado denominar a los “delitos dependientes de instancia privada” como “delitos de acción pública dependientes de instancia privada”.
- d. Las pautas suministradas para introducir las lesiones leves como delitos dependientes de instancia privada tampoco condicen con una medida de racionalidad satisfactoria, por lo que debería evaluarse si corresponde abrogar esas figuras delictivas o incorporarlas a los “delitos de acción pública”.
- e. La razonabilidad del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 72, inc. 1º, del Código Penal también resulta menguada, en tanto la justificación fundada en el *strepitus fori* no parece ajustarse plenamente al bien de la víctima particular y al bien de la víctima comunidad política; y en la actualidad, existen herramientas aptas para sustanciar los procesos de modo acorde a la idea guía de evitar la revictimización del sujeto pasivo de los hechos de violencia.
- f. Si bien correspondería analizar si el supuesto previsto en el artículo 72, inc. 3º del Código Penal debería tipificarse penalmente, dado que se trata de una problemática familiar susceptible de solucionarse en el fuero civil especializado en la materia, la justificación de la condición obstativa del ejercicio de la acción parece ajustarse a la medida de razonabilidad. Ello es así, en tanto nos hallamos ante un delito de acción pública, pero cuya persecución se encuentra condicionada a un juicio prudencial, con el propósito de impedir un daño mayor al menor de edad y al “bien común familiar”, bien también referido al *bonum commune* de la comunidad política.

## Bibliografía

- Alfonso el Sabio. *Las Siete Partidas del sabio rey don Alfonso el nono*. Nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad. Salamanca, 1555 edición de Gregorio López en reproducción anastática del Boletín Oficial de Estado, 1974.
- Anitua, G. I.; Borinsky, M. H. (1999). “Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas penales europeos”. En AA.VV. (Dir.: Hendler, Edmundo). *Sistemas procesales comparados*. Buenos Aires. Ad Hoc.
- Aristóteles (2015). *Ética a Nicómaco*. Buenos Aires. Colihue.
- Armenta Deu, T. (2008). *Estudios sobre el Proceso Penal*. En Colección de Autores de Derecho Penal (dirigida por Donna, E. A.). Santa Fe. Rubinzal Culzoni.
- Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. Buenos Aires. Ad Hoc.
- Cabral, L. M. (1997). *Compendio de Derecho Penal Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

- Carnelutti, F. (2006). *Cómo nace el Derecho*. Buenos Aires. Librería El Foro Rodamillans.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta.
- Fierro, G. J. (2002). En AA. VV. *Código Penal y normas complementarias. Análisis Doctrinario y jurisprudencia, 2. Parte General (arts. 71/76)*. Dirs.: Zaffaroni, E. R.; Baigún, D. Buenos Aires. Hammurabi.
- Fontán Balestra, C. (1993). *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. 14ª ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Frister, H. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Hammurabi.
- Garavano, G.; Romero Berdullas, C. M. (2014). “El rol del Ministerio Público Fiscal de la CABA”. En AA. VV. *Derecho de la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires. El Derecho.
- Hernández, H. H. (2017). *Inseguridad y garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.
- Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal. Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada*. T. I. 3ª ed. actualizada. Buenos Aires. Losada.
- Jiménez de Asúa, L. (1965). *Tratado de Derecho Penal. El delito*. T. III. 3ª ed. Actualizada. Buenos Aires. Losada.
- Jofré, T. (1922). *El Código Penal de 1922*. Buenos Aires. Valerio Abeledo - Librería jurídica.
- Jofré, T. (1941). *Manual de Procedimiento*. T. I. 5ª ed. Buenos Aires. La Ley.
- Kaufmann, A. (2018). “La misión del Derecho Penal”. *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. En Colección Grandes Maestros del Derecho Penal, n° 40. Montevideo-Buenos Aires. B de f.
- Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Levens, R. (h) (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Depalma. Buenos Aires.
- Llambías, J. J. (1997). *Tratado de Derecho Civil Parte General*. T. II. 17ª ed. actualizada. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*. 2ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Maier, J. B. J. (2015). *Derecho Procesal Penal, III. Parte General, Actos Procesales*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Marchisio, A. (2008). *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación (2016). *Guía de actuación en los casos de violencia doméstica contra las mujeres*. Buenos Aires.
- Navarro, G. R.; Daray, R. R. (2004). *Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires. Hammurabi.
- Pastor, D. R. (2005). *Recodificación penal y principio de reserva de Código*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Piñero, N.; Rivarola, R.; Matienzo, J. N. (1898), *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, 2ª ed. Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional.



- Repetto, A. (2009), “El Derecho Penal realista y una aproximación al bien común”. En *Diario de Política Criminal*, n° 235-1246. *El Derecho*. Buenos Aires.
- Repetto, A. (2007). “La importancia del Derecho y del Derecho Penal”. En *Diario de Política Criminal*, n° 11.780. *El Derecho*. Buenos Aires.
- Romero Berdullas, C. M. (2020). *Criterios de oportunidad en el proceso penal*. Buenos Aires. Ad Hoc.
- Romero Berdullas, C. M. (2020). *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*. Buenos Aires. Ad Hoc.
- Romero Berdullas, C. M. (23-4-2019). “De la inconstitucional regulación de la acción penal - inconsecuencias de reformas contradictorias”. En *elDial.com*, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal, dirigido por Gustavo E. Aboso.
- Romero Berdullas, C. M. (diciembre 2019). “De los delitos y los conflictos”. *Prudentia Iuris*, n° 88. Buenos Aires.
- Romero Berdullas, C. M. (junio 2017). “Manifestaciones del principio de oportunidad” *Prudentia Iuris*, n° 83. Buenos Aires.
- Sacheri, C. A. (2007). *El orden natural*. Buenos Aires. Vórtice.
- Sampay, A. E. (1975). *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*. Buenos Aires. Eudeba.
- San Juan Pablo II (1993). *Veritatis Splendor*. 3ª ed. Buenos Aires. Claretiana.
- Santo Tomás de Aquino (1998). *Suma de Teología*, II-II (a). 3ª ed. Madrid. BAC.
- Silva Sánchez, J. M. (2012). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. 2ª ed. ampliada y actualizada. Montevideo - Buenos Aires. B de f.
- Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Barcelona. Atelier.
- Soler, S. (1951). *Derecho Penal Argentino*. T. I. 2ª ed. Buenos Aires. TEA.
- Soler, S. (1953). *Derecho Penal Argentino*. T. II. Buenos Aires. TEA.
- Solimine, M. A. (2015). *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Ley N° 27.063*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Struensee, E.; Maier, J. B. J. (2000). *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Tale, C. (2010). “Los legítimos fines de la pena jurídica”. En AA. VV. *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad* (dirigido por Hernández, H. H.). Buenos Aires. Cathedra Jurídica.
- Tejedor, C. (1871). *Curso de Derecho Criminal*, Primera Parte. 2ª ed. Buenos Aires. Librería de CL. M. Joly.
- Vázquez Rossi, J. E. (1995). *Derecho Procesal Penal (la realización penal). Conceptos Generales*. T. I. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.
- Vélez Mariconde, A. (1969). *Derecho Procesal Penal*. T. I. Buenos Aires. Lerner.
- Vélez Mariconde, A. (1969). *Derecho Procesal Penal*. T. II. Buenos Aires. Lerner.
- Welzel, H. (1976). *Derecho Penal alemán*, Parte General. 11ª ed. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires. Ediar.