

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1ro. : Modifícase el Artículo 72 del Código Penal (sustituido por art. 14 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999), el que quedará redactado de la siguiente forma:

"ARTICULO 72.- Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1º) Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.

2º) Lesiones leves, sean dolosas o culposas.

Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público.

3º) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni

guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

La formación de la causa prosperará además, en el caso que habiendo dado inicio de oficio o por denuncia de un tercero, fuera evidente a criterio del Juez o del Fiscal una especial situación del damnificado, física o psicológica, de género, dependencia económica o circunstancias especiales que le impidiera o le hubiere impedido al momento del hecho formular la denuncia"

Artículo 2do.- De forma

Martín Guillermo Aveiro

Diputado de la Nación

FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

Sabemos que nuestro Código Penal divide las acciones penales en dos grandes clases y en razón de ellas, como sostiene Jorge Moras Mom (1) " hace aplicación de los principios de oportunidad o conveniencia y de divisibilidad personal y real, eliminándolos en un caso e imponiéndolos en otro, todo lo cual completa la clasificación tratada ".

Así es como se instituye: a) Acción pública: respecto de todos los delitos que no sean los enumerados en su art. 73, a los que expresamente aparta de la misma. Para esta clase de acción impone la obligación de iniciarlas y proseguirlas, mediante la forma que señala como de oficio. Esta obligatoriedad está a cargo de órganos o personas públicas del Estado instituidas al efecto.

Esta obligatoriedad u oficiosidad es **total** respecto de los delitos de que se trate, como también con relación a todos sus partícipes en la comisión. Esto es, que rechaza el principio de divisibilidad tanto real como personal. Pero esta obligatoriedad u oficiosidad también rechaza toda deliberación sobre si se promueve la acción o no. Se debe promover y continuar ni bien se tiene conocimiento del delito. Esto es, que el Código rechaza el principio de conveniencia u oportunidad, que es el que permite la abstención o selección.

Dentro de este tipo de acción penal, el Código Penal regula una suerte de excepción parcial, por cuanto conservando la vigencia de la obligatoriedad u oficiosidad, con prohibición de la divisibilidad en sus dos formas, introduce la plena vigencia del principio de oportunidad o conveniencia. Pero el uso de las atribuciones que éste confiere, se las sustrae al Estado y las coloca en cabeza de la víctima de ciertos delitos que, muy limitadamente, enumera.

Se trata de delitos que tradicionalmente han sido los de violación, estupro, rapto y abuso deshonesto, en la forma y con las excepciones que expresamente prevé, aun cuando, en oportunidades históricas y por razones de mero recargo de trabajo, ha incorporado en su previsión delitos de menor gravedad (arts. 71, inc. 1ro y 72, Código Penal.).

Concerniente a ellos, de inicio y ante la noticia criminis no tiene la obligación de actuar de oficio. Más: no puede hacerlo. Debe abstenerse. Es la víctima la que tiene el derecho de deliberar, sopesar los pro y los contra del proceso, si conviene o es oportuno abrirlo. Es decir, es ella la que tiene el derecho de instarlo o no. De ella depende todo. Por ello es que la acción penal, en este caso y como subclase, se llama "dependiente de instancia privada".

Pero, si la insta, aun con una simple denuncia informal ante la autoridad jurisdiccional, se da por salvada la barrera de inicio impuesta al Estado, estas acciones recobran su oficiosidad e impulsión obligatoria y, en más, nada puede detenerlas.

b) Acción privada: que se acuerda respecto de todos los delitos excepcionados por el art. 73, Código Penal de la regla general de oficiosidad. Ellos son: 1) calumnias e injurias; 2) violación de secretos, salvo en los casos de los arts. 154 y 157; 3) concurrencia desleal,

Diputado Martín Guillermo Aveiro

prevista en el art. 159; 4) incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima fuere el cónyuge. Para este tipo de acción la ley de fondo instituye que sólo podrán promoverla y continuarla, con las especificidades que prevé, las personas víctimas u ofendidas por el delito (arts. 74,75 y 76, CPen.). Si no lo hacen se pierden (art. 422, inc. 3o, CPP)."

Tomadas estas enseñanzas del autor citado, y haciendo un análisis breve de jurisprudencia a continuación, voy a plantear la necesidad mediante este proyecto de reformular el artículo 72 en la forma que propongo por el presente.

Efectivamente, por ejemplo la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en la causa 36987 (MAISTERRA, Augusto N. - 30/06/09) sostenía que "(...) Conforme se ha sostenido en el aludido requerimiento de elevación a juicio, las lesiones de (...) resultaron, en definitiva, de carácter leve (art. 94, primer párrafo, del Código Penal), con lo que dable es convenir en que no puede atribuírsele al imputado ese resultado, en la medida en que el artículo 72, inciso 2º, de la ley sustantiva estipula que su persecución penal depende de la instancia del damnificado. En ese sentido, en nada influye que en el caso se investiguen las lesiones graves de (...), toda vez que si bien es un hecho único con consecuencias lesivas diferentes, (...) puntualizó que se reservaba el derecho de instar la acción penal contra el imputado (...). Consecuentemente, la requisitoria del fiscal no puede abarcar las lesiones leves padecidas por el nombrado, como lo ha sostenido esta

Sala oportunamente (1). Por ello, acorde a lo alegado por el recurrente, corresponde declarar la nulidad parcial del requerimiento de elevación a juicio pasado a fs. 378/383, en cuanto a ese resultado lesivo atañe (arts. 6 y 168 del

Código Procesal Penal). (...) esta Sala del Tribunal RESUELVE: REVOCAR el auto documentado a fs. 413/416, punto I, y declarar la nulidad parcial del requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 378/383, en cuanto incluyera en la imputación realizada contra (...) las lesiones leves que padeció (...).Cicciaro, Bonorino Perú, Divito. (Sec.: Sánchez).

En otro precedente, bastante grave, por cierto, referido a un abuso sexual de un menor de 13 años, donde existía una manifestación del padre de no instar la acción, se evaluó que el impulso del fiscal vulneraba los arts.71 y 72 inc. 1, del C.P.P.N. Allí se sostenía "Apela la defensa el procesamiento por abuso sexual simple respecto de un menor de 13 años, y la exclusión del nombrado de la finca. Fallo: "(...)el delito endilgado a (...) resulta dependiente de instancia privada, y el padre del menor manifestó claramente que no era su voluntad instar la acción contra aquél (...), la simple comunicación telefónica con el agente fiscal quien, carente de toda fundamentación y sin justificar los extremos de sustitución de la patria potestad previstos en el artículo 72 último párrafo, manifestó su deseo de impulsar la acción, no resulta suficiente para proseguir con la pesquisa, tal como se desprende de los artículos 71 y 72 inciso 1 del CPPN. (...)todo lo actuado en autos resulta nulo de nulidad absoluta, al haberse iniciado el sumario en violación a las disposiciones que, para los delitos de instancia privada, están expresamente previstos en el Código Penal y, en aplicación de los arts.

Diputado Martín Guillermo Aveiro

71, inc. 1° y 72, inc. 2° del C.P., y art. 166 del CPPN, el tribunal resuelve: Declarar la nulidad de todo lo actuado, y proceder al archivo(...)". C.N.Crim. y Correc. Sala V. Pociello Argerich, Garrigós de Rébora, López González. (Sec.:Collados Storni). (Causa 37126 G., J. R. 23/06/09).

En otro precedente, tampoco menos importantes, se pronunció que "De adverso, y respecto al delito de lesiones leves que tendría como víctima a (...), se concuerda en que no se ha instado la acción penal en los términos del artículo 72, inciso 2°, del Código Penal y que no se reconocen las razones de seguridad o interés público que habilitarían la promoción oficiosa del proceso las que -por lo demás- recién fueron invocadas al dictar el pronunciamiento apelado. En ese sentido, se está ante un episodio individual entre dos particulares que habría acontecido en el interior de un comercio y cesado tiempo antes de la prevención policial que dio origen a estas actuaciones. De ello se infiere que no se verifica un interés público que autorice a suplir la voluntad de la presunta víctima. Y aunque la razón que invocó el damnificado fue que tenía temor a represalias, lo cierto es que ha quedado claro su deseo de no instar (...) ya que -incluso- recibió el formulario respectivo para concurrir a ser examinado en la División Medicina Legal (...) y no obra agregado el informe médico pertinente. Con base en lo expuesto, en los términos de los artículos 6 y 168 del Código Procesal Penal, se impone declarar la nulidad parcial de la declaración indagatoria relacionada con este hecho y del auto de mérito consecuente (...), debiéndose archivar los testimonios pertinentes acorde a las disposiciones del artículo 195 del ceremonial. (Divito, Cicciaro (en disidencia parcial), Pociello

Argerich. (Sec.: Sánchez). Causa 38929 PALMISANO., Martín. 30/06/10
C.N.Crim. y Correc. Sala VII.

Para redondear, Sr. Presidente, todas estas descripciones teóricas y fácticas de la necesidad de ejercer legítimamente la acción penal, pero bajo estricta dependencia del estímulo inicial de la víctima, me han obligado a pensar en aquellas circunstancias donde ésta, la propia víctima, se encuentra en un contexto psicológico o físico tal, que sea por temor a consecuencias físicas, o eventuales tormentos condicionantes, o por la propia vulnerabilidad económica, no cuentan con la claridad mental necesaria de lo que les ocurre.

Existen muchísimos casos de denuncias de terceros sobre hechos de violencia doméstica o familiar, donde no puede intervenir, o aún peor, se interviene y la causa queda archivada por faltar esa instancia privada.

Estimo que incorporar al artículo la posibilidad que un tercero o la propia autoridad de oficio, puedan iniciar la causa en ciertos casos, y que sea el Juez o el Fiscal quien en definitiva evalúe si la persona se encuentra en condición física o psicológica de instar la misma, genera un efecto preventivo de hechos más graves o posiblemente luctuosos.

Creo además que esta reforma será un elemento sumamente importante en la prevención de lesiones y daños físicos más graves para la mujer, al permitir la intervención judicial temprana por, por ejemplo, la denuncia de un tercero.

Todos conocemos las particulares condiciones familiares en que se encuentra la mujer golpeada, y sabemos que más de una vez no llega

Diputado Martín Guillermo Aveiro

a formular denuncia alguna, hasta que es demasiado tarde. Los diarios nos ilustran cotidianamente al respecto.

La posibilidad de que cualquier persona tome conocimiento de la más mínima violencia y pueda poner aviso a la autoridad, estimo contribuye a evitar futuras y desagradables consecuencia en la salud de las afectadas.

Por supuesto que en definitiva, serán el Juez o el Fiscal quienes evaluarán si al momento del hecho existía "*especial situación del damnificado, física o psicológica, de género, dependencia económica o circunstancias especiales que le impidiere o le hubiere impedido al momento del hecho formular la denuncia* ", como se deja a salvo en el texto propuesto, lo que mantiene vivo el espíritu de la norma.

Me encuentro convencido que el presente es un claro aporte a la prevención de la violencia doméstica, y por ello solicito el apoyo de mis pares al presente proyecto.

Martín Guillermo Aveiro

Diputado de la Nación