

RÉGIMEN DE LA ACCIÓN EN EL HECHO PUNIBLE DE LESIÓN CULPOSA*

Sumario: 1. Introducción. 2. La acción. 3. La instancia. 4. Tipos de acciones reconocidos por el Código Procesal Penal. 5. Clases de delitos según el régimen de la acción penal. 6. La acción penal en el Código Penal. 7. Cuerpo normativo que regla el régimen de las acciones penales. 8. El régimen del hecho punible de lesión culposa antes de la vigencia del CPP. 9. ¿Qué implicó la entrada en vigencia del CPP con respecto al régimen de la acción penal pública? 10. La nueva redacción del artículo 113 del Código Penal. 11. Conclusiones.

1. Introducción

Desde la entrada en vigencia de la Ley 3340/08, la cual modifica algunas disposiciones del Código Penal (CP), varios magistrados consideran que la modificación inserta en el artículo 113 del CP ha modificado el régimen de la acción con relación al hecho punible de Lesión Culposa.

En tal sentido, los jueces interpretan que el citado hecho punible pasó de ser “delito de acción penal privada” a “delito de acción penal pública a instancia de parte”. La base de esta tesis radica en que, según el parecer de los magistrados, la modificación del artículo 113 del CP produjo la derogación tácita del art. 17 inc. 3 del Código Procesal Penal (CPP).

En cambio, para el Ministerio Público la modificación del art. 113 del CP no modifica el artículo 17 inc. 3 del CPP, por ende, existen dos criterios contrarios.

Con estos antecedentes, la presente investigación se propone estudiar la problemática suscitada y para ello se partirá con la siguiente pregunta genérica: ¿la nueva redacción del artículo 113 del CP modificó el régimen de la acción con respecto al hecho punible de lesión culposa?

Es oportuno puntualizar que para responder a la citada pregunta, primeramente se responderán a preguntas específicas, tales como: ¿Qué es la acción?; ¿Qué es la instancia?; ¿Qué tipos de acciones reconoce el CPP?; ¿Cuáles son las clases de acciones penales existentes?; ¿Qué clases de acciones reconoce el CP?; ¿Cuál es el cuerpo normativo que regla el régimen de las acciones penales?; para el CP (antes de la vigencia del CPP), ¿Qué clase de acción es la lesión culposa?; ¿Qué implicó la entrada en vigencia del CPP con respecto al régimen de la acción penal pública?; ¿Se derogó el inc. 2) del artículo 113 del CP?; ¿Qué implica la nueva redacción del artículo 113 del CP?

Cabe destacar que esta investigación tiene como base la siguiente hipótesis de partida: *La nueva redacción del artículo 113 del Código Penal no modifica el régimen*

* **Publicado** en: la Revista Jurídica de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales. Nro. 2. Centro de Entrenamiento del Ministerio Público, año 2012.

de la acción del hecho punible de lesión culposa, por ende, sigue siendo un delito de acción penal privada.

Asimismo, es necesario aclarar que, si bien este trabajo se refiere únicamente al delito de lesión culposa, el razonamiento a ser expuesto también es aplicable a otros hechos punibles como el de Lesión (art. 111 CP), Lesión a la intimidad de la persona (art. 143) y Daño (art. 157).

2. La acción

La acción es considerada como uno de los pilares fundamentales de todo proceso. Si la misma es mal planteada, lo más probable es que la misma caiga fácilmente.

Ahora bien, la acción no siempre fue entendida de la misma manera. Así, las doctrinas elaboradas en torno a su naturaleza se agrupan en dos grandes concepciones – la tradicional y la moderna– que responden a puntos de vista fundamentalmente distintos.

Dentro de la concepción tradicional, que predomina hasta mediados del siglo XIX, se advierten dos posiciones: la que considera a la acción como el mismo derecho subjetivo material alegado ante los tribunales de justicia, y la que la concibe como un elemento o una función del derecho material. Ninguna de ellas reconoce la autonomía de la acción¹.

En cambio, para la concepción moderna, que surge a mediados del siglo XIX, la acción y el derecho subjetivo material constituyen dos entidades jurídicas independientes², tal es así que se puede demandar sin tener derecho, o bien se puede tener derecho pero no acción, como por ejemplo, cuando se está ante obligaciones naturales.

En la actualidad, no existen dudas de que la acción es la posibilidad de recurrir ante el órgano jurisdiccional pertinente para ejercer una determinada pretensión tendiente a resguardar el derecho que se invoca como violado. Se tiene, entonces, que la acción es entendida como un poder jurídico para excitar a los órganos judiciales.

La acción tiene como fundamento constitucional: “el derecho de peticionar ante las autoridades”. Así, el derecho a peticionar es el “género” y la acción es la “especie”.

Couture define la acción como el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión³.

¹ PALACIO, Lino Enrique; *Manual de Derecho Procesal Civil*, 16^a ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, ps. 92 y ss.

² PALACIO, Lino Enrique; ps. 92 y ss.

³ Cfr. COUTURE, Eduardo; *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3^a ed., Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 57.

Importa señalar que la acción como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre, con derecho material o sin él, por esta razón, la acción es un derecho autónomo, independiente al derecho que se reclama.

Ahora bien, es pertinente indicar que el derecho a peticionar a la jurisdicción debe tener un contenido pretensional. No se puede ejercer una acción sin pretensión; esto es, “lo que se desea obtener”. En el ámbito penal, la pretensión sería el de imponer una sanción al autor de un hecho punible.

En síntesis, traído a nuestro ámbito de estudio, la acción penal es *el poder jurídico de naturaleza pública, a veces de ejercicio privado, que tiende a excitar el órgano jurisdiccional para que el mismo en definitiva emita una decisión concluyente sobre el fundamento de las pretensiones jurídicas penales, que se han hecho valer o deducido*⁴.

3. La instancia

En lo que respecta a la instancia, es importante advertir que la misma tiene diferentes acepciones.

Por un lado, instancia, en su acepción común significa “requerimiento, solicitud o petición”⁵. Esta petición va dirigida al Estado. En tal caso, se llama instancia a toda petición inicial de un proceso, trámite o procedimiento⁶.

La instancia comprende una serie de actos, hechos o peticiones que demandan la actividad jurisdiccional⁷. Es en este sentido que se dice que “los actos procesales se realizan de oficio o a instancia de parte”.

En una acepción restringida, la instancia significa *acción, movimiento, impulso procesal*. En tal sentido, se habla de llevar adelante la instancia o, por oposición, de caducidad de instancia. Así, la instancia tiene que ver con todo lo que asegure la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo. Es decir, con la instancia se asegura la “continuidad del proceso”.

Por otro lado, en la acepción técnica más restringida del vocablo, instancia comprende el conjunto de actos de procedimiento que realizan las partes para obtener la decisión judicial de una *litis*, desde la interposición de la demanda hasta la sentencia definitiva. Se habla, entonces, de primera, segunda o tercera instancia, así como también de instancias ordinarias, extraordinarias, principales y accesorias⁸.

⁴ Torres Bas, citado por José Luis Clemente en *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, t. I, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 1998, ps. 49-50.

⁵ EISNER, Isidoro; *Caducidad de instancia*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 49.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

La acepción que interesa al presente trabajo es el de la “instancia en sentido común”, es decir, solicitud, requerimiento; la cual, llevada al ámbito penal significa: la declaración de voluntad por la que se anoticia un hecho punible y se solicita (expresa o implícitamente) su investigación a la autoridad pertinente.

El interés de habilitar un proceso de naturaleza punitiva contra los intervinientes del delito es determinante, ya que una denuncia que se realiza con otros fines, como, por ejemplo, realizar los trámites en la compañía del seguro, no habilita la instancia⁹; y, tal como se podrá observar más adelante, la instancia, en ocasiones es necesaria para remover un obstáculo a la persecución penal.

4. Tipos de acciones reconocidos por el Código Procesal Penal

El CPP prevé dos tipos de acciones: la acción penal y la acción civil para la reparación del daño. Obviamente, la acción civil para la reparación del daño está regulada en el Código Civil, pero dicha acción también puede ser ejercida en el ámbito penal, conforme a la regulación establecida en el CPP. Cabe destacar que la acción civil para la reparación del daño no se podrá promover simultáneamente en ambas jurisdicciones¹⁰.

5. Clases de delitos según el régimen de la acción penal

Según la distribución de facultades o poderes entre el Estado y la víctima, las acciones penales se pueden clasificar en públicas y privadas.

Los hechos punibles de acción penal pública son aquellos en los cuales el Ministerio Público tiene la facultad de ejercerlos. En estos casos el Ministerio Público actúa como representante de la sociedad. Esto es, la acción es promovida por un órgano del Estado.

Sus caracteres son los siguientes:

- a) *Oficiosidad*: como regla, el órgano encargado de hacer valer la acción penal debe accionar por iniciativa propia, *motu proprio*, no requiere ninguna excitación exterior, pues se trata del cumplimiento de un deber funcional¹¹.
- b) *Legalidad*: la tarea es obligatoria, y significa que el Ministerio Público tan pronto como ha adquirido la noticia de un delito debe iniciar la acción penal¹².

⁹ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 1ra. ed., Ediar, Buenos Aires, 2005, ps. 686.

¹⁰ Ver arts. 27/30 y 439 y ss. del Código Procesal Penal.

¹¹ ABALOS, Raúl Washington; *Derecho Procesal Penal. Cuestiones fundamentales*, t. I, 1º ed., Santiago de Chile, Editoriales Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1993, ps. 347.

¹² El art. 18 del Código Procesal Penal dispone: “Legalidad. El Ministerio Público estará obligado a promover la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que hayan suficientes indicios fácticos de la existencia de los mismos. Cuando sean admisibles, se aplicarán los criterios de oportunidad establecidos en este Código”.

- c) *Indivisibilidad*: en los casos en que hayan participado varias personas en la comisión de un delito, la acción penal debe dirigirse contra todos aquellos. No puede accionarse en contra de unos y dejar de lado a los otros¹³.

Con relación a los hechos punibles de acción penal privada se puede decir que en estos hechos punibles el Ministerio Público carece de facultades en todos los casos para ejercer la acción penal, siendo el particular el único titular de ese ejercicio.

Son aquellas acciones cuyo ejercicio no está en manos del Ministerio Público, sino del propio ofendido¹⁴. Ello es debido a la preponderancia del interés del agraviado por el hecho punible, puesto que afectan con menor gravedad el interés público.

Los delitos de acción penal privada constituyen la excepción. La acción está circunscripta a los delitos en que prima el interés particular sobre el público¹⁵. Se está ante delitos en donde la persecución y la acusación privada reemplazan a la pública.

Se sostiene que es una excepción puesto que el sistema penal paraguayo impone como regla el monopolio acusatorio del Ministerio Público.

En esta clase de acción no es suficiente que la víctima manifieste su interés en la persecución penal, pues la ley requiere que el proceso lo lleve adelante la parte ofendida, como si se tratara de un juicio de derecho privado.

En los casos de acción privada se priva al Estado la potestad no sólo de promover sino también de ejercitar la acción, pues se deriva ella a los particulares que tienen un poder de disposición sobre el contenido sustancial de la pretensión represiva¹⁶.

El interés individual subordina la realización jurídico-penal. Ésta queda condicionada a la pretensión penal del ofendido, quien puede disponer de ella no ejerciendo la acción o abandonando su ejercicio, y aun perdonando al condenado¹⁷. Así, el castigo o impunidad del hecho no está en manos del Ministerio Público, sino en la del propio ofendido.

Entonces, el único que puede conducir el procedimiento hacia la sentencia es el ofendido. Su falta de voluntad para perseguir el hecho, su renuncia expresa o ciertas omisiones, como, por ejemplo, no concurrir a la audiencia de conciliación sin justa causa, conduce a la finalización de la persecución penal.

¹³ Ibid.

¹⁴ Cfr. CLEMENTE, José Luis; op. cit. p. 60.

¹⁵ “Los delitos de acción privada constituyen una excepción, pues estos hechos son, la mayoría de las veces, los menos importantes o los que afectan con menor gravedad al interés público”. (ROXIN, Claus; op. cit., p. 85).

¹⁶ Cfr. ABALOS, Raúl Washington; op. cit., p. 354.

¹⁷ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.; *Derecho Procesal Penal*, t. I, Santa Fe, Rubilzal Culzoni, 2004, p. 174.

En conclusión, en los hechos punibles de acción penal privada el Ministerio Público carece, en todos los casos, de facultades para poder ejercer la acción. El particular es el único titular de ese ejercicio.

Cabe recordar que el repertorio de hechos punibles perseguibles exclusivamente por acción privada se encuentra establecido en el art. 17 del CPP y que los hechos punibles de acción privada tienen un procedimiento especial, establecido en los artículos 422 y ss. del CPP.

6. La acción penal en el Código Penal

El Código Penal reconoce únicamente la acción penal pública, la cual se subclasifica (por el modo de persecución) en: propiamente dicha y a instancia de parte.

a) Propiamente dicha (perseguibles de oficio):

La acción penal pública promovible de oficio, es la que ejerce el Ministerio Público, en cumplimiento del principio de oficiosidad. Es el modo común o normal de la actividad tendiente a la actuación de la ley penal. La acción de oficio pertenece al estado, en cuanto no depende de la excitación particular para promoverla.

En otras palabras, la regla es la oficiosidad de la acción, lo que significa que ante la comisión del hecho, con los caracteres externos de hecho punible, el órgano pertinente del Estado, deberá iniciar la acción penal contra la o las personas que participaron en el ilícito y proseguirla hasta una decisión definitiva.

La tarea es obligatoria, y significa que el Ministerio Público, tan pronto como ha adquirido la noticia de un hecho punible, debe iniciar la acción penal. En estas circunstancias, la persecución del hecho punible debe realizarse sin que se requiera el cumplimiento de alguna condición previa.

b) A instancia de parte:

La particularidad de los delitos dependientes de instancia privada es que no pueden ser investigados sin una denuncia concreta del interesado que le dé base de sustanciación¹⁸. La instancia de la víctima condiciona el ejercicio de la potestad represiva del Estado.

Se concede al ofendido el derecho de juzgar la conveniencia y oportunidad del proceso. Su silencio consagra la renuncia condicional que el estado hace en estos casos a su potestad represiva.

Esta excepción al principio de la oficiosidad de las acciones otorga supremacía a la voluntad individual sobre la colectiva de decidir la apertura del proceso.

¹⁸ GRANARA, Alberto David; *Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Nova Tesis, p. 153

Tal como se pudo observar, la instancia tiene que tener la característica de anotar sobre un presunto hecho punible y solicitar (expresa o implícitamente) a la autoridad pertinente su investigación. Si la denuncia no tiene esa finalidad no tendrá como efecto la remoción del obstáculo a la persecución.

La necesidad de la instancia significa desplazar la *oficialidad* de la persecución penal, que, por regla general, no depende de una manifestación de voluntad particular. Implica una transformación leve del sistema pues la persecución sigue siendo oficial.

Se le reconoce a la víctima la facultad de poner en marcha el proceso y de condicionar mediante su voluntad inicial la acción posterior del Estado. De esta manera, si la víctima no autoriza la persecución penal, el Ministerio Público no puede hacerlo por sí mismo.

Este tipo de acción se reserva para delitos en los que, si bien por su gravedad existe un interés estatal en la persecución de oficio, igualmente hay una preeminencia de afectación de bienes individuales¹⁹. Tiene como fundamento el interés personal de la víctima de evitar la doble victimización que se produce con el proceso²⁰.

Desde otro punto de vista, Claus Roxin sostiene que: “A través de la exigencia de la instancia de persecución penal se toma en consideración el interés del ofendido. O bien el ofendido no tiene interés en la persecución debido a la insignificancia, entonces menos interés tendrá el Estado”²¹.

Según indica José Luis Clemente: “Se concede así al ofendido el derecho de juzgar sobre la conveniencia y oportunidad del proceso, o sea, el derecho de instar a la promoción de la acción, su silencio consagra la renuncia condicional que el Estado hace en estos casos a su potestad represiva. Esta excepción al principio de oficiosidad de las acciones, otorga supremacía a la voluntad individual sobre la colectiva de decidir la apertura del proceso”²².

Como puede verse, sin la instancia de parte el Ministerio Público no puede perseguir el hecho punible, pero una vez producida la misma, la promoción y ejercicio de la acción queda libre del obstáculo, salvo en los casos en que la víctima retire la instancia (art. 99 del CP).

Se tiene, entonces, que la instancia de la víctima funciona como una condición objetiva de perseguibilidad que condiciona no la existencia del delito, sino su persecución procesal, es decir, la apertura de un procedimiento penal²³.

¹⁹ BINDER, Alberto; *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed. act. y amp., Buenos Aires, Ad. Hoc, 2000, p. 218.

²⁰ En este sentido se expide Eugenio Zaffaroni (Ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 686).

²¹ ROXIN, Claus; *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 1ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, 2003, ps. 83/84.

²² CLEMENTE, José Luis; op. cit., ps. 53-54.

²³ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*, 3º ed., Valencia, Tirant lo blanch, p. 449.

Es un verdadero obstáculo a la perseguibilidad, el cual sólo es removido si la víctima del hecho punible formula una denuncia (o querrela) con la expresa mención de su interés en habilitar el proceso de naturaleza punitiva contra los intervinientes en el hecho punible.

Ya se ha dicho que si la acción penal depende de instancia privada, solo podrá hacerlo quien tenga facultad para instar. El ofendido penalmente por el hecho punible, sus herederos forzosos, representantes legales o mandatarios, podrán intervenir en el proceso como querellante particular.

La inexistencia de la instancia torna ilegales todos los actos procesales cumplidos, por omisión de una forma sustancial del procedimiento y, por consiguiente, acarrea su nulidad.

Ahora bien, cabe destacar que un delito de acción penal que depende de la instancia privada puede transformarse a un delito de acción pública de oficio cuando el hecho punible haya sido cometido contra un incapaz que no tenga representación, o cuando haya sido cometido por uno de los padres, el representante legal o el guardador (art. 16 del CPP).

En tales casos, el principio de oficiosidad prima sobre el requisito de la instancia por razones de interés público.

El segundo párrafo del art. 14 del CPP señala: "...El ejercicio de la acción penal pública dependerá de instancia de parte, sólo en aquellos casos previstos expresamente en el código penal o en las leyes especiales".

Asimismo, el art. 16 del citado cuerpo normativo prescribe. "**Instancia de parte.** Cuando el ejercicio de la acción penal pública requiera de instancia de parte, el Ministerio Público sólo lo ejercerá una vez que ella se produzca, sin perjuicio de realizar los actos imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que no afecten la protección del interés de la víctima...".

En concordancia con el mencionado precepto, el art. 97 del Cód. Penal dispone: "Instancia de la víctima. 1º Un hecho punible cuya persecución penal dependa de la víctima, será perseguible sólo cuando ella inste el procedimiento".

Con relación a la extensión, se puede decir que la instancia privada abre la posibilidad de promover la acción penal sólo con respecto a los hechos que da cuenta la instancia, y que se presume delictuoso. Si se hubieran cometido dos delitos de instancia privada sobre una misma persona, y ésta abre la instancia respecto de solo uno de ellos, el Ministerio Público puede promover la acción con relación a éste, y no por el que guardó silencio, ello en razón de que la plataforma fáctica es lo que determina y limita al agente fiscal. Como se advierte, la instancia es objetivamente divisible.

Está por demás decir que el efecto principal de la instancia, ya sea mediante denuncia o querrela, es remover el obstáculo a persecución.

7. Cuerpo normativo que regla el régimen de las acciones penales

En primer lugar, es dable recordar que de conformidad a lo dispuesto en el art. 266 de la Constitución Nacional el Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado.

Asimismo, el art. 268 de la Carta Magna indica que es un deber y una atribución del Ministerio Público ejercer la acción penal pública.

La acción penal privada está reconocida en el artículo 23 de la Constitución Nacional.

Importa señalar que la Constitución Nacional no discrimina cuáles son los delitos de acción penal pública y cuáles son de acción penal privada.

Si nos referimos del Código Penal, se tiene que no reconoce la acción penal privada, puesto que sólo concibe la existencia de la acción penal pública. Si bien no hay un artículo que disponga expresamente que todos los hechos punibles son delitos de acción penal pública, del contexto general y a través de una interpretación sistemática se entiende que todos los hechos punibles son de acción penal pública, entonces, para el CP todos los hechos punibles son delitos de acción penal pública.

Ahora bien, el CP sí reconoce dos formas de iniciar la persecución del hecho punible: a) de oficio y b) a instancia de parte.

La regla es que la persecución penal sea de oficio. La excepción es que la persecución dependa de la instancia de la víctima.

Conforme a lo antedicho, es dable aclarar que el CP sólo se refiere expresamente a los casos en los cuales se da la excepción, es decir, sólo indica en qué hechos punibles se necesita de la instancia de la víctima para el inicio de la persecución penal.

Por ende, si en el precepto del CP que describe la conducta del hecho punible no se hace referencia al modo de persecución, se entiende que la normativa de fondo lo considera como un hecho punible de acción penal pública perseguible de oficio por el Ministerio Público.

Por otro lado, se debe indicar que recién con la entrada en vigencia del CPP se reconoció la existencia de la acción penal privada. Tal es así que el art. 14 del CPP establece. “La acción penal será pública o privada...”.

Con respecto a la acción penal privada, el art. 17 del citado cuerpo legal dispone: “Serán perseguibles exclusivamente por acción privada los siguientes hechos punibles: 1) maltrato físico; 2) lesión; 3) lesión culposa; 4) amenaza; 5) tratamiento médico sin consentimiento; 6) violación de domicilio; 7) lesión a la intimidad; 8) violación del secreto de comunicación, 9) calumnia; 10) difamación; 11) injuria; 12) denigración de la

memoria de un muerto, 13) daño; 14) uso no autorizado de vehículo automotor; y 15) violación del derecho de autor o inventor”²⁴.

Por medio de una interpretación *a contrario sensu* del Art. 17 del CPP, se colige que “todos los demás hechos punibles son de acción penal pública”. Con esto se ratifica la regla reconocida por el Código Penal, esto es, el *monopolio acusatorio del Ministerio Público*.

8. El régimen del hecho punible de lesión culposa antes de la vigencia del CPP

Considerando que, tal como se ha dicho, el Código Penal no reconoce los delitos de acción privada, es lógico que la lesión culposa sea un delito de acción penal pública.

Pero ello es así no porque el inc. 2) del art. 113 lo establezca sino porque el propio sistema del Código Penal así lo dispone.

Incluso, si se hace un ejercicio mental y se suprime imaginariamente el inc. 2) del artículo 113 y nos preguntamos ¿Qué tipo de delito es la lesión culposa?, no dudaríamos en decir que es un delito de acción penal pública.

Esto significa que el inc. 2) del artículo 113 del Código Penal sólo regla la forma de persecución, esto es “a instancia de la víctima”, pero no se refiere a la naturaleza de la acción, esto es “pública” o “privada”.

9. ¿Qué implicó la entrada en vigencia del CPP con respecto al régimen de la acción penal pública?

La entrada en vigencia del CPP modificó el régimen de la acción penal, en el sentido de transformar algunos hechos punibles de acción penal pública a acción penal privada.

Entre los delitos que pasaron a ser de acción penal privada se tiene a la lesión culposa.

Entonces, a partir del artículo 17 del CPP se tienen dos clases de acciones penales: públicas y privadas.

Ahora bien, la pregunta clave para resolver el problema planteado desde el inicio del presente trabajo es la siguiente: ¿se puede sostener que el artículo 17 inc. 3) del Código Procesal Penal derogó el inc. 2 del artículo 113 del Código Penal?

Es sabido que la derogación de una ley puede ser expresa o tácita²⁵. Con relación al punto en cuestión es claro que no existe una derogación expresa. Entonces, la pregunta a responder es si existe derogación tácita.

²⁴ El inc. 15 fue derogado por ley 1444/99.

Para llegar a una conclusión hay que recurrir al sistema de la incompatibilidad entre las normas (en este caso entre el art. 17 del CPP -inc. 3- y el inc. 2) del art. 113 del Cód. Penal)²⁶. Ahora bien, antes de analizar si las normas son incompatibles se debe verificar si las mismas tratan sobre la misma materia.

Al respecto, se puede decir que las citadas normas no regulan la misma materia, por lo que es innecesario analizar la incompatibilidad. Ello es así porque el art. 17 trata sobre la naturaleza de la acción (pública o privada) en ciertos hechos punibles, entre los cuales se encuentra la Lesión culposa; sin embargo, el inc. 2) del art. 113 del Código Penal (Lesión Culposa) no se refiere a la naturaleza de la acción penal, sino a la forma de iniciación de la persecución; esto es, de oficio o a instancia de víctima. Por lo tanto, al no tratar la misma materia no puede darse una derogación tácita.

Tal como se sostuvo anteriormente, lo que sí ocurrió es que el hecho punible de lesión culposa pasó a ser un delito de acción penal privada, pero ello no significa que fuera derogado el inc. 2 del artículo 113 que señala: “La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima”, en vista de que, efectivamente, el ejercicio de la acción privada depende de la instancia de parte, lo cual se da con la propia presentación de la querrela autónoma (acusación privada)²⁷.

Aclarar esta circunstancia es de suma importancia dado que los magistrados que sostienen que la modificación del Código Penal -y más específicamente la modificación del inc. 2º del art. 113- derogó el inc. 3) del art. 17 del Código Procesal Penal han caído en el error de considerar que con la entrada en vigencia del CPP se derogó el inc. 2º del art. 113 del Cód. Penal, el cual, antes de la actual modificación, establecía: “La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima”.

Realizando el mismo razonamiento, pero a la inversa, los magistrados consideran que la modificación establecida en la Ley 3440/2008 con respecto al inc. 2) del art. 113 del Código Penal significa la derogación tácita del art. 17 inc. 3) del CPP, siendo que su “reincorporación” significaría una “nueva transformación” de la naturaleza de la acción de la lesión culposa, volviendo a ser un hecho punible de “acción penal pública a instancia de parte”.

Empero, justamente, quienes acogen tal postura no se percataron que:

a) El inciso 2º del artículo 113 del CP nunca fue derogado; y,

²⁵ La derogación expresa se da cuando el legislador manifiesta su voluntad derogatoria, la tácita cuando el legislador no hace dicha mención pero dicta una norma incompatible con otra que se encuentra dentro del sistema legal.

²⁶ Urge recordar que el art. 7 del Cód. Civil prescribe. “Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. **Las disposiciones especiales no derogan a las generales, ni éstas a aquéllas, salvo que se refieran a la misma materia para dejarla sin efecto, explícita o implícitamente...**”.

²⁷ O bien, puede ocurrir que la víctima de un hecho punible de acción penal privada inste la persecución por medio de la formulación de una denuncia ante el Ministerio Público o ante la Policía Nacional, pero obviamente ello no bastará puesto que deberá formular la correspondiente querrela autónoma.

b) La forma de iniciar una persecución penal (de oficio o a instancia de parte) no es lo mismo que naturaleza de la acción (desde el punto de vista de la distribución de facultades o de poderes entre el Estado y la víctima; esto es acción pública o privada).

Por el razonamiento expuesto se puede decir afirmativamente que el artículo 17 del CPP no derogó el inc. 2) del artículo 113 del Cód. Penal.

10. La nueva redacción del artículo 113 del Código Penal

Continuando con la lógica expuesta, se puede sostener sin dudas que la nueva redacción del artículo 113 del Código Penal no derogó el artículo 17 del CPP, por ende, la Lesión Culposa sigue siendo un delito de acción penal privada.

Ahora bien, necesariamente se debe responder a la siguiente pregunta: ¿Cuál es la implicancia de la modificación del inc. 2) del art. 113 del CP?

Con la modificación del artículo 113 del CP, este quedó redactado de la siguiente manera: “**Lesión culposa.** 1º El que por acción culposa causa a otro un daño en su salud, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa. 2º. La persecución penal del hecho dependerá de instancia de la víctima, salvo que la protección de ésta o de terceros requiera una persecución de oficio”²⁸.

Considerando que, tal como se ha explicado, el hecho punible de Lesión Culposa – tras la modificación del CP – continúa siendo un delito de acción penal privada, en realidad, hoy en día, la parte del inc. 2) del precepto en cuestión, que dice: “salvo que la protección de ésta o de terceros requiera una persecución de oficio”, es inaplicable, puesto que la persecución de oficio únicamente se puede dar en el marco de los hechos punibles de acción penal pública; es decir, la acción privada y la persecución de oficio es incompatible.

Entonces, ¿cuál fue la intención del legislador al modificar la redacción del mencionado inciso?

Evidentemente, la respuesta exacta únicamente la pueden dar los proyectistas o, en su caso, los legisladores.

No obstante, se pueden tentar dos hipótesis:

1) Lo más probable es que hayan modificado el artículo en cuestión teniendo en vista una próxima modificación del artículo 17 del Código Procesal Penal, con lo cual el hecho punible de lesión culposa pasaría a ser un delito de acción penal pública y, por ende, la última parte del inc. 2 del artículo 113 del Cód. Penal sí sería aplicable;

2) La segunda opción es que los legisladores en *forma implícita* hayan considerado que la lesión culposa, en casos excepcionales (esto es, cuando la protección

²⁸ La frase subrayada ha sido inserta por la ley 3440/08.

de la víctima o de terceros requiera una persecución de oficio), pase a convertirse en un hecho punible de acción penal pública. Ello es así puesto que el Ministerio Público no tiene la facultad de actuar en el marco del proceso especial de acción penal privada²⁹.

Ahora bien, cabe indicar que de la lectura de la exposición de motivos de la Ley 3440/08 esta segunda posibilidad se desvanece, ya que de ella se desprende que la intención del legislador no fue la de modificar el régimen de la acción. Tal es así que en el anteproyecto se sostuvo: “...De ahí la mención de derivar los cuestionamientos procesales... a las subcomisiones respectivas... Por mencionar dos ejemplos: La crítica al uso o abuso de las medidas cautelares (prisión preventiva o medidas sustitutivas o alternativas)... o que ciertos hechos punibles deben ser de acción penal pública y no privada, debe analizarse en el contexto del Código Procesal Penal...”.

11. Conclusiones

Concatenando todo lo antedicho se puede concluir lo siguiente:

- La acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión;
- La instancia es la declaración de voluntad por la que se anoticia un hecho punible y se solicita (expresa o implícitamente) su investigación a la autoridad pertinente;
- El CPP prevé dos tipos de acciones: la acción penal y la acción civil para la reparación del daño;
- Según la distribución de facultades o poderes entre el Estado y la víctima, las acciones penales se pueden clasificar en públicas y privadas;
- Los delitos de acción penal pública son aquellos en los cuales el Ministerio Público tiene la facultad de ejercerlos;
- En los delitos de acción penal privada el Ministerio Público carece de facultades para ejercer la acción penal, siendo el particular el único titular de ese ejercicio;
- El Código Penal reconoce únicamente la acción penal pública, la cual se subclasifica (por el modo de persecución) en: propiamente dicha y a instancia de parte;
- Antes de la vigencia del CPP el hecho punible de Lesión Culposa era un delito de acción penal pública a instancia de parte;
- Con la entrada en vigencia del CPP se modificó el régimen de la acción penal, con lo que se reconoció la existencia de los delitos de acción penal privada;
- El CPP transformó el régimen de la acción del hecho punible de Lesión Culposa, pasando a ser un delito de acción penal privada;
- La forma de iniciar una persecución penal (de oficio o a instancia de parte) no es lo mismo que naturaleza de la acción (desde el punto de vista de la distribución de facultades o de poderes entre el Estado y la víctima; esto es acción pública o privada);

²⁹ El art. 17 del CPP señala en forma expresa: “**Serán perseguibles *exclusivamente* por acción privada: ...3) lesión culposa....En estos casos se procederá únicamente por querrela de la víctima o de su representante legal**, conforme al procedimiento especial regulado en éste código”. Esto significa que en los delitos de acción penal privada el único facultado para ejercer la acción es la víctima (o su representante legal).

- El art. 17 del CPP nunca derogó el inciso 2º del art. 113 del CP, puesto que el art. 17 del CPP trata sobre la naturaleza de la acción (pública o privada) en ciertos hechos punibles, entre los cuales se encuentra la Lesión Culposa; sin embargo, el inc. 2) del art. 113 del Código Penal (lesión culposa) se refiere a la forma de iniciación de la persecución; esto es, de oficio o a instancia de víctima; y,
- La nueva redacción del artículo 113 del CP no modificó el régimen de la acción del hecho punible de lesión culposa, por ende, sigue siendo un delito de acción penal privada.

Con las conclusiones se ha comprobado la hipótesis de partida del presente trabajo. Ahora bien, aún queda una respuesta que resolver: ¿Cuál es la salida procesal cuando el Ministerio Público se halla en presencia de un delito de Lesión Culposa?

La respuesta es la siguiente: de conformidad a lo dispuesto en el art. 305 del CPP, la única salida procesal es la desestimación. Ello es así puesto que el hecho de que el Ministerio Público no posea acción en los hechos punibles de Lesión Culposa, significa un obstáculo legal para el desarrollo del procedimiento.

Bibliografía

- ABALOS, Raúl Washington; *Derecho Procesal Penal. Cuestiones fundamentales*, t. I, 1º ed., Santiago de Chile, Editoriales Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1993.
- BINDER, Alberto; *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed. act. y amp., Buenos Aires, Ad. Hoc, 2000.
- CLEMENTE, José Luis; *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, t. I, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 1998.
- COUTURE, Eduardo; *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1997.
- EISNER, Isidoro; *Caducidad de instancia*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- GRANARA, Alberto David; *Derecho Procesal Penal*, Santa fe, Nova Tesis.
- MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*, 3º ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- PALACIO, Lino Enrique; *Manual de Derecho Procesal Civil*, 16ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
- ROXIN, Claus; *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 1ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 1ra. ed., Ediar, Buenos Aires, 2005.