

# EL ACTOR CIVIL EN EL PROCESO PENAL

Alfredo VÉLEZ MARICONDE†

## SUMARIO

I. *Introducción*: 1. *El régimen jurídico*. 2. *El derecho subjetivo a la reparación*. 3. *La acción resarcitoria*: A. *Concepto*. B. *Condiciones*. C. *Carácter*. D. *Titular*. E. *Sujeto pasivo*. II. *El actor civil*: 1. *Concepto*. 2. *Capacidad*. 3. *Constitución*. 4. *Instancia de constitución*: A. *Concepto*. B. *Forma*. C. *Contenido*. D. *Oportunidad*. E. *Sanción*. 5. *Notificación*. 6. *Oposición*: A. *Concepto*. B. *Oportunidad*. C. *Caducidad*. 7. *Exclusión de oficio*. 8. *Desistimiento*: A. *Concepto*. B. *Capacidad*. C. *Efecto sustancial*. D. *Especies*. E. *Efectos procesales*. 9. *Poderes*: A. *En general*. B. *En particular*. 10. *Sujeciones y deberes*.

### I. *Introducción*

#### 1. *El régimen jurídico*

a) El régimen de gobierno federal que rige en Argentina impone una diversidad de leyes procesales,<sup>1</sup> que desde el punto de vista doctrinario o especulativo puede objetarse.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Los constitucionalistas argentinos y los legisladores (que yo sepa) no han dudado nunca que las provincias se reservaron el poder de dictar los códigos procesales; pero algunos procesalistas, en los últimos años, han llegado a sostener la posibilidad de que el Congreso de la Nación dicte un código único para todo el país. Véanse mis *Estudios de D. P. Penal*, I, p. 172, nota 65, y la bibliografía que allí cito. El problema fue ampliamente debatido en el Primer Congreso de C. Procesales de Córdoba (1939), triunfando la buena tesis tradicional que defendió muy bien David Lascano. (Ver *Antecedentes y Actas*, pp. 177-286).

<sup>2</sup> Niceto, Alcalá-Zamora y Castillo, el eminente jurista y gran amigo a quien tanto me place dedicar estas líneas, como un pequeño homenaje a su obra extraordinaria estima que, no obstante el silencio del art. 67, inc. 11, el Congreso Nacional podría dictar un código procesal único para todo el país. "La reforma del enjuiciamiento penal argentino, con motivo del Proyecto Vélez-Mariconde-Soler de Código para la Capital", pub. en *Rev. de D. Procesal*, Buenos Aires, 1945, año III, núm. 1, primer trimestre. Está de acuerdo con Almirar Mercader, *Poderes de la Nación y de las provincias para instituir normas de procedimientos* (Buenos Aires) y con Eduardo A. García, *La unificación del procedimiento judicial en todo el país*, Buenos Aires, 1940. El problema se discutió en el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal, 1960, donde Alcalá-Zamora presentó la ponencia: "Unificación de los Códigos Procesales Mexicanos, tanto civiles como penales", *Actas*, p. 265, a la cual se sumaron valiosos informes de Fuenmayor, Gelsi Bidart y Mercader.

En efecto, la Constitución Nacional establece principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, cuyo recuerdo se justifica aquí para determinar la proyección de este estudio: *Las provincias conservan todo el poder no delegado por la Carta Magna al gobierno federal* (éste es el dogma básico de nuestro sistema), dándose sus propias instituciones jurídicas y asegurando especialmente su administración de justicia, mientras el Congreso Nacional tiene facultad para dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería, es decir, las leyes sustantivas Constitución Nacional artículos 5,67, incisos 11,104 y 105).

Como las provincias no han delegado el poder de dictar los códigos procesales, cada Legislatura local dicta los propios. La simple falta de mención de él en el citado artículo 67 inciso 11, significa que las provincias se lo han reservado. Tal es la voluntad que expresaron los representantes del pueblo de la Nación Argentina y de las provincias que la componen, "en cumplimiento de pactos preexistentes" (preámbulo). El régimen jurídico responde a la situación originaria de nuestra organización política.

b) En virtud de ese régimen constitucional, las provincias de Córdoba (desde 1940), S. del Estero (1942), La Rioja (1951), Jujuy (1951), Mendoza (1953), Catamarca (1960), Salta (1961) y San Juan (1961),<sup>3</sup> —ale-

No creo que nuestro régimen sea "consustancial con el federalismo", porque éste pueda tener distintas modalidades. Creo, simplemente, que —en el plano dogmático— el problema se resuelve *de acuerdo con la Ley Fundamental, interpretando su voluntad*, y no según lo que consideremos *más conveniente* (plano político o especulativo).

Bajo el aspecto dogmático, no tengo ninguna duda. La interpretación literal, lógica, sistemática e histórica me llevan a la conclusión de que la Constitución Nacional impone la diversidad de las leyes procesales.

Bajo el aspecto especulativo se abren interrogantes a que se debe responder *después* de auscultar y conocer las condiciones reales del país de que se trate. No se plantea una cuestión puramente teórica.

El sistema procesal debe ajustarse, necesariamente, no sólo a los mandatos de la teoría, sino también a las posibilidades prácticas que ofrece el Estado donde la ley ha de regir; especialmente, a las condiciones territoriales, demográficas, culturales y económicas de una provincia, que a veces es más extensa que un Estado europeo, tiene una población escasa e irregularmente diseminada, y carece de medios económicos para establecer los organismos judiciales que la teoría exige. El legislador no puede ser tan sólo un teórico; debe consultar todas esas posibilidades prácticas. Pienso en la imposibilidad material de disciplinar el juicio oral, por ejemplo, en provincias extensas que carecen de los medios de comunicación más elementales. Soy aquí más práctico que teórico, pues el *desideratum* sería —desde luego— la unidad del procedimiento. Este es un problema que tal vez en Europa no se percibe.

Pero en teoría, mi ilustre colega tiene sobradas razones para propugnar la unidad legislativa.

<sup>3</sup> Cito entre paréntesis las fechas en que los códigos fueron puestos en vigor, salvo la última. El Código de P. Penal de San Juan —que redacté por encargo del gobierno— se sancionó a libro cerrado el 31 de diciembre de 1961; pero aún no ha sido puesto en vigencia. He omitido incluir a San Luis, porque la reforma de su

jándose radicalmente del código nacional que rige desde 1889— han dictado códigos procesales penales que consagran un sistema realmente mixto, cuyos antecedentes se encuentran, sobre todo, en los códigos de Francia (1808 y Ley Constans de 1897), Austria (1873), Alemania (1877), España (1882), Noruega (1887), Hungría (1896) e Italia (1913 y 1930).<sup>4</sup>

c) En esta moderna legislación argentina se disciplina el ejercicio de la acción civil en sede penal, y por ende, la intervención, los poderes y deberes del sujeto que la ejerce. Las disposiciones legales que nos interesan son en general iguales en todos los códigos mencionados. Citaré especialmente a los de Córdoba y Mendoza (el segundo cuando sea necesario indicar diferencias), puesto que los otros se agrupan en torno de ellos.<sup>5</sup>

## 2. El derecho subjetivo a la reparación<sup>6</sup>

a) Cuando la conducta humana se exterioriza en un hecho que en sentido estricto constituye “delito del derecho criminal” —por estar definido así en la ley penal sustantiva— y él *causa* la lesión de un bien privado, o sea, un *daño* que afecta el patrimonio económico o moral (*lato sensu*) de una persona, entonces sus *participes* asumen la *obligación* solidaria de reparar el perjuicio (Código Civil, artículos 1081, 1100, 1067 y 1077; Código Penal, artículo 31).

Estas normas jurídicas disponen, de modo general y abstracto, *lo que debe ser* siempre que se produzcan los elementos fácticos que prevén: el delito productor de un daño (condición) queda enlazado a la sanción civil (consecuencia) que se amenaza. El derecho objetivo disciplina así el ejercicio de una eventual coacción del Estado, que sólo se realiza en caso de resistencia del obligado y por demanda de la persona a quien la norma protege.

El derecho civil considera el delito —cuando causa un daño privado— como un acontecimiento ilícito que afecta el interés particular de quien lo sufre, determinando un deber jurídico de quien lo produce, mientras el derecho penal lo considera como un hecho que afecta bienes fundamentales de la colectividad, y amenaza la infracción legal con otro tipo de

ley 1940 solamente se refiere a la conclusión del sumario, al sobreseimiento y al juicio oral (que hace obligatorio para los delitos graves), y no a la institución de que ahora tratamos.

<sup>4</sup> Véanse mis *Estudios...*, I, p. 127 y ss.

<sup>5</sup> Siguen al Código de Córdoba (arts. 74-89), *en general*, los de Santiago del Estero (arts. 44-58), Jujuy (arts. 77-91) y La Rioja (arts. 76-91); y al de Mendoza (arts. 74-89) —donde introduce algunas modificaciones que me aconsejó la experiencia— los de Catamarca (arts. 54-65), Salta (arts. 73-89) y San Juan (arts. 76-90).

Cuando cito al C. de Córdoba, solamente, se entiende que todos concuerdan con él en lo fundamental.

<sup>6</sup> De esta noción preliminar nos ocupamos en “Cuadernos de los Institutos de la Facultad de D. y CS. Sociales de Córdoba”; *Boletín del Instituto de Derecho Procesal Penal*, I, 1958.

sanción. La reacción estatal —condicionada en un caso a la voluntad del damnificado, y en el otro, no— se proyecta hacia dos lados distintos, vinculados por la fundamental unidad de ilicitud y de culpabilidad.

Pero, en ambos casos, el derecho objetivo constituye un “sistema de juicios (Kelsen) lógicos e hipotéticos, estableciendo en abstracto *lo que debe ser si se producen determinadas condiciones fácticas*, o sea, elementos de hecho que define de modo hipotético: la norma civil que será aplicada —pasándose de lo estático a lo dinámico, de lo abstracto a lo concreto, de lo hipotético a lo efectivo— *si existe un delito, un daño causado y un culpable que esté obligado al resarcimiento*.

b) La precedente visión objetiva se enriquece con otra subjetiva, con la cual se aquilata el mecanismo procesal necesario para actuar (o realizar) las normas jurídicas que en este caso protegen el interés individual, y por ende, la reacción estatal que se produce cuando la persona a quien se le atribuye la obligación resarcitoria niega su condición de obligado o se resiste a cumplir ese deber; mas no debemos olvidar que sólo nos referimos ahora a otro aspecto del derecho positivo (no pensamos en un derecho natural) ni podemos confundir el *poder de exigir del responsable el cumplimiento del deber jurídico que le corresponda* (derecho subjetivo sustancial) con el *poder de reclamar del Estado* (acción procesal) el reconocimiento del derecho subjetivo que se pretende tener, cuando se hace valer una pretensión que se considera fundada en el derecho objetivo.

El derecho subjetivo a la reparación del daño causado por un delito es el *poder que la norma jurídica atribuye* (en abstracto) *al sujeto cuyo interés tutela, de exigir que otro cumpla el deber que la misma impone*; es el poder de exigir una determinada actitud o comportamiento que el orden jurídico “ha puesto a la libre disposición” del damnificado. La voluntad de éste es indispensable y decisiva para determinar la actuación de la norma jurídica. De esa voluntad depende el cumplimiento del deber impuesto al partícipe del delito; vale decir, la satisfacción del interés protegido.<sup>7</sup>

En virtud de las normas de derecho civil aludidas, entre la persona protegida y la obligada surge una *relación jurídica hipotética*, en cuanto la primera *tendrá* el derecho subjetivo de exigir a la segunda la reparación del daño que el delito le *haya* causado, es decir, el poder de exigir el cumplimiento del deber que incumbe al culpable. Ambos sujetos están ligados mediante normas generales y abstractas que imponen un deber y un poder correlativos; pero la imputación concreta, el enlace efectivo de ellos con el derecho objetivo *surgirá sólo cuando existan* los extremos de hecho que esas normas jurídicas prevén como elementos condicionantes.

<sup>7</sup> Cfr. Windscheid, *Diritto delle pandette*, trad. Fadda y Bensa, I, p. 107, quien hace prevalecer el elemento formal; Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, IV, pp. 315 y ss., cuyo penamiento incide sobre el elemento sustancial; Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbitivi*, trad. Vitagliano, pp. 46 y ss.; Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, I, pp. 99-105; Recaséns Siches, “Il concetto di diritto subiettivo innanzi alla filosofia giuridica”, pub. en *Riv. Internazionale de Filosofia del Diritto*, VI, 1926, p. 499.

El derecho subjetivo en cuestión, por lo tanto, no nace, como poder concreto sólo de las normas jurídicas que prescriben hipotéticamente el deber resarcitorio de quien sea culpable del delito productor del daño, sino además de la existencia efectiva de los elementos de hecho que condicionan la realización de esas normas. Tales elementos deben ser establecidos por la sentencia. El orden jurídico no se integra tan solo de normas abstractas, sino también de la disposición concreta<sup>8</sup> (sentencia) que declara la existencia de una determinada conducta humana.<sup>9</sup> En este sentido —y no en otro— se puede decir que el juez crea el derecho, haciendo concreta y efectiva una previsión que antes del acto jurisdiccional es puramente abstracta e hipotética.

### 3. La acción resarcitoria<sup>10</sup>

#### A. Concepto

De las normas jurídicas que imponen la obligación de resarcir el daño causado por el delito —decimos— surge un derecho subjetivo genérico y abstracto (que se dirige *erga omnes*, en forma indeterminada contra la persona que cause el daño): el poder de exigir el resarcimiento a *quien sea* sujeto del deber impuesto.

Cuando una persona se considera titular de tal derecho subjetivo y su

<sup>8</sup> Mi discrepancia con el eminente jurista que cito en la siguiente nota es terminológica. En mi opinión, no se puede decir que la sentencia es una *norma jurídica individual*, aunque mediante ella se integra el orden jurídico, porque toda norma es, por la significación de la palabra, una regla *general* de la conducta que las personas deben observar.

<sup>9</sup> “El derecho subjetivo —enseña Kelsen, *Teoría General del Estado*, trad. Legaz Lacambra, 1934, pp. 81, 304 y 305— es simplemente la norma jurídica individual plenamente concretada, en cuanto estatuye como debida una determinada conducta individual y concreta”; más adelante agrega: “para que la norma general alcance un sentido concreto, necesita de la individualización”; y considera correctamente que “la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él y verifica en concreto dicho enlace. Sin la sentencia, el derecho abstracto carecería siempre de forma o estructura concreta. Por eso, la sentencia que declara ser dado el hecho legal en el caso concreto, y falla que debe aplicarse la consecuencia jurídica concreta, no es otra cosa que una norma (yo diría una disposición) jurídica individual, la individualización o concretación de las normas generales o abstractas”.

De acuerdo con este criterio, Fenech, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Labor, 1952, I, p. 516, afirma correctamente que el *derecho de obtener* el resarcimiento no nace del delito sino de la sentencia, así como de ésta nace el *ius punendi* del Estado.

<sup>10</sup> Las siguientes conclusiones se encuentran en “Cuadernos de los Institutos de la Facultad de Derecho y CS. Sociales de Córdoba”, *Boletín del Instituto de D. P. Penal*, II, 1960. Está claro que ahora no se quiere más que definir una posición.

pretensión no es acogida por el indicado como responsable,<sup>11</sup> puede pedir al órgano jurisdiccional que actúe la norma jurídica que a su criterio la protege. Tal *poder de provocar el ejercicio de la actividad jurisdiccional*, es la acción procesal (según la mejor doctrina), mediante la que se hace valer una pretensión jurídica material.<sup>12</sup> La demanda (acto inicial) implica el ejercicio de la acción procesal y contiene la *afirmación* de que existe un interés jurídicamente tutelado, vale decir, de que el demandante es titular de un derecho subjetivo.

La pretensión constituye el contenido material de la acción procesal: la primera se funda en el derecho sustantivo, tiene por objeto (en el caso) una prestación patrimonial y se dirige contra el presunto obligado; la segunda se basa en el derecho constitucional y en el procesal (que constituyen el Estado, organizan la magistratura judicial y disciplinan el proceso), se dirige hacia el órgano jurisdiccional del Estado, tiene por objeto una prestación jurisdiccional, nace y muere en el proceso. La acción no es un poder que surja de la norma del derecho civil.

En otros términos, el derecho subjetivo (abstracto e hipotético) es afirmado ante el juez por la persona que se considera protegida por el derecho objetivo, y sólo tiene existencia concreta con la sentencia favorable al pretendiente. Sólo entonces, después de esa decisión jurisdiccional, la voluntad del Estado se sustituye a la voluntad de la persona a quien se declara obligada.

<sup>11</sup> La *pretensión jurídica* es la *afirmación de un derecho material*, puesto que se basa en él; pero en el orden civil, se puede deducir aun fuera del proceso, como cuando el que pretende ser acreedor se dirige directamente a quien considera su deudor y le demanda el cumplimiento de la obligación que estima existente. En lo penal, en cambio, la pretensión sólo puede hacerse valer en el proceso, constituyendo el contenido material de la acción procesal que se dirige al órgano jurisdiccional.

<sup>12</sup> Guasp J., *Comentarios a la ley de enj. civil*, Madrid, 1948, I, pp. 331 y ss., y "La pretensión procesal", pub. en *Rev. de D. Procesal*, Buenos Aires, 1951, IX, 1ª parte, pp. 333 y ss., estima que el concepto de acción no pertenece al ámbito del derecho procesal y que su lugar en esta disciplina debe ser ocupado por el concepto de pretensión. A mi criterio, ambos conceptos deben mantenerse sin confundirlos. El eminente profesor español considera que la pretensión es un acto y no un derecho; creo que el acto procesal es la demanda (en lo penal la querrela o la acusación) que contiene la pretensión, la que no es en verdad un derecho sino la afirmación de un derecho. Pienso que el concepto de acción, lo mismo que el de jurisdicción, está en el ámbito del derecho procesal, en cuanto éste disciplina el proceso como instrumento jurídico necesario para que el Estado actúe la ley sustantiva, sin desconocer que tanto la acción como la jurisdicción se basan en el derecho constitucional; pero si éste consagra el "Poder Judicial" como departamento independiente del gobierno (*lato sensu*) y establece los principios básicos sobre organización judicial, necesidad del proceso e inviolabilidad de la defensa en juicio, el derecho procesal (en su concepto amplio) organiza la magistratura judicial y regula el proceso, dando así vida práctica posible a los principios constitucionales.

En cuanto al concepto de pretensión puede verse Cicala, F. B., *Rapporto giuridico, diritto subietivo e pretesa*, 1909, pp. 117 y ss., si bien concibe también una pretensión abstracta que al ser desconocida se transforma en concreta.

Por lo tanto, si el derecho subjetivo al resarcimiento no nace como *poder jurídico concreto* sino con la sentencia favorable a la demanda, y la acción procesal sólo es el poder de hacer valer una pretensión material, no es admisible ninguna concepción que presuponga la existencia de un derecho concreto que mediante la acción se pretenda hacer tutelar.

Por eso es correcta la opinión de que la acción procesal es anterior al derecho subjetivo *concreto*, al contrario de lo que se piensa cuando se la concibe como un elemento, aspecto o exteriorización de ese derecho, una vez producida su violación.

En definitiva, de acuerdo con la doctrina que hace abstracción de la existencia del derecho subjetivo material, que no presupone tal existencia, entiendo que la acción es el *poder jurídico procesal de excitar al órgano jurisdiccional, requiriéndole una decisión sobre el fundamento de la pretensión de derecho sustantivo que se hace valer*.

Pero admitir la distinción conceptual entre la pretensión jurídica (que se funda en el derecho sustantivo) y la acción procesal (que se basa en el derecho constitucional y en el procesal), no significa afirmar un divorcio absoluto entre ambas categorías del derecho. Esto implicaría olvidar que la pretensión se hace valer en juicio mediante la acción, de tal modo que ésta es el vehículo oficial de aquélla, mientras a la acción se la llegaría a concebir como poder formal vacío de contenido sustancial, sin sentido.

Por lo contrario, la pretensión jurídica (la afirmación de un derecho subjetivo pero no este derecho) constituye el verdadero contenido sustancial de la acción procesal.

Precisamente por eso, la identificación de la acción resarcitoria de que tratamos se logra cuando se atiende a su contenido sustancial. Por eso hablamos de una acción de restitución del objeto que hubiere sido materia del delito, o de indemnización del daño material o de reparación del agravio moral.

### B. Condiciones

La acción civil tendiente a lograr la restitución del objeto que fuera materia del delito o la indemnización del daño material o moral causado por el mismo, puede ser ejercida ante la jurisdicción penal siempre que la pretensión privada se base en el *mismo hecho* en que se fundamenta la pretensión represiva; es decir, para que se produzca esta acumulación de acciones heterogéneas, es preciso que la obligación resarcitoria atribuida emerja, en principio, de la *lesión al mismo bien* que tutela la norma penal que se pretende violada por el hecho que constituye el objeto procesal.

De esto resulta que la admisión del damnificado como actor civil no depende solamente de su voluntad sino también de un *examen jurisdiccional preventivo* que asegure el *probable* fundamento de la pretensión resarcitoria, salvo que también ejerza una acción penal privada (según la ley sustantiva).

En otros términos, para consentir el ejercicio de la acción civil en el proceso penal —con la salvedad antes aludida— el tribunal debe estimar que el accionante (o su representado) aparece presuntivamente como titular del derecho subjetivo a la reparación del daño, de acuerdo con las normas pertinentes de la ley civil, y además, que con arreglo a la ley procesal puede constituirse en actor civil.

La necesidad de este examen preventivo surge del carácter accesorio de la acción reparatoria: el proceso penal tiende, principalmente, a la tutela de un interés público y no es posible comprometer el éxito de la actividad jurisdiccional de la actuación del derecho penal (público), so pretexto de atender a una demanda particular. Ésta podría ser evidentemente infundada o dar lugar a colusiones que perturbarían el desarrollo normal del proceso.

### C. *Carácter*

La acción resarcitoria tiene, por regla general, un *carácter accesorio* a la penal: *sólo puede ser ejercida cuando la principal está pendiente*.<sup>13</sup> También se dice que la competencia del juez penal para conocer de la acción civil, cesa en cuanto se extingue la acción principal.

Esto significa que la acción reparatoria no puede ser ejercida *antes* de que la penal haya sido legalmente promovida (o iniciada) ni después que la misma se haya agotado.

Pero en nuestro sistema se admite, excepcionalmente, la posibilidad de que la acción civil adquiera carácter principal: En Córdoba (artículo 16), S. del Estero (artículo 12), Jujuy (artículo 15), La Rioja (artículo 22) y Catamarca (artículo 10), si la acción civil hubiera sido válidamente iniciada, podrá proseguir (como principal) aunque la penal no pueda serlo (por extinción), siempre que esta imposibilidad surja después de haberse decretado la citación a juicio plenario; en Mendoza (artículo 16), Salta (artículo 16) y San Juan (artículo 16) la excepción se ha reducido notablemente:<sup>14</sup> después de establecer, como principio general, el carácter acce-

<sup>13</sup> Usé esta fórmula en el Código de Mendoza por estimarla más correcta. El de Córdoba prescribe que la acción civil puede ser ejercida *conjuntamente* con la penal (expresión del C. italiano de 1913), mientras el proyecto imponía que debe serlo al *mismo tiempo* (expresión del C. francés). El concepto es el mismo; pero no se quiere dar la idea de simultaneidad; no se pretende exigir que la acción civil sea ejercida en el mismo acto que la penal, lo que en realidad ocurre cuando se trata de una "acción privada" que se ejerce mediante una querrela.

<sup>14</sup> El sistema cordobés se inspiró en el art. 366 del código francés; pero ofrece inconvenientes teóricos y prácticos que me aconsejaron modificarlo. Extinguida la acción penal después del decreto de citación a juicio, prosigue un juicio civil sin verdadera demanda (ya veremos que la constitución de actor civil no es demanda en estricto sentido); el debate tiene por base, entonces, un requerimiento fiscal que se refiere a una acción extinguida; y el imputado deja de ser tal para convertirse en un simple demandado. Es mejor el sistema mendocino. La acción civil adquiere carácter de principal después que se realiza el debate.



sorio, se dispone que la absolución del imputado no impedirá que el tribunal de juicio se pronuncie en la sentencia sobre la acción civil, y que la ulterior extinción de la penal, cuando se interponga recurso de casación, no impedirá tampoco que la Corte de Casación decida sobre la misma.

#### D. Titular

La acción civil puede ser ejercida por el presunto damnificado, o por sus herederos forzosos en los límites de su cuota hereditaria, o por sus representantes legales, o por sus mandatarios (Córdoba, artículo 14; Mendoza, artículo 14, más precisamente), o excepcionalmente, por el Ministerio Público (Córdoba, artículo 15). La enumeración primera es taxativa.

a) *Presunto damnificado* es el que, aun sin ser sujeto pasivo del delito (ofendido), a causa del hecho que se investiga ha sufrido presumiblemente un *daño* resarcible, esto es, la privación, el detrimento o menoscabo cierto (o efectivo) de un bien que constituye el objeto de un interés jurídicamente tutelado y es susceptible de reparación económica (daño material o agravio moral).

Por consiguiente, no podrá ejercer la acción: el *coimputado* como partícipe del mismo hecho delictuoso que constituye el objeto del proceso penal, desde que el daño que él habría sufrido no sería causado por ese hecho sino por su procesamiento injusto (falsas imputaciones, por ejemplo, del coimputado); el *civilmente responsable* del daño causado por el delito que se le atribuye al imputado por el cual responde, puesto que ese daño no surgiría tampoco del mismo hecho sino de la ley civil que lo coloca en el lugar de su dependiente o subordinado, para imponerle una responsabilidad indirecta; el *asegurador* del imputado (verbigracia, por incendio o defraudación), pues su título no surgiría del delito investigado sino del contrato de seguro.

b) El *heredero* del damnificado podrá ejercer la acción *iure proprio* (a título de damnificado: ejemplo: caso de homicidio) o *iure hereditario* (si el daño fue sufrido por el causante).

En la segunda hipótesis, puede ocurrir que el damnificado haya muerto sin constituirse en actor civil o después de constituido: en el primer caso, el heredero debe hacer presumible la condición jurídica de su causante y la propia; en el segundo, puede proseguir la acción iniciada, desde que "continúa la persona de su causante", en cuanto éste le trasmite todos los derechos y acciones de que gozaba en el momento del fallecimiento (Código Civil, artículos 3279, 3410 y conc.). Se produce entonces una sucesión de partes: el heredero ocupa en el proceso el lugar de su causante.

c) Podrán actuar los *representantes legales* de los incapaces (Código Civil, artículos 54, 55 y 57), de las personas jurídicas (Código Civil artículo 35), de las sociedades civiles (Código Civil, artículo 1676) o comerciales (Código de Comercio artículo 409 y 411), del concursado civil o del comerciante declarado en quiebra (síndico).

d) Las personas nombradas anteriormente pueden actuar por intermedio de un *mandatario especial* (Código Civil, artículos 1869, 1870, inciso 6º; Código de Procedimientos Penales, Córdoba artículo 106). Su inclusión responde al propósito de excluir, desde que la enumeración es taxativa, al *legatorio*, al *cesionario* y al *acreedor subrogatorio*, salvo que el primero sea damnificado.

e) Finalmente, la acción resarcitoria puede (Córdoba, artículo 15) o debe (Mendoza, artículo 15) ser ejercida por el Ministerio Público en los siguientes casos: cuando la provincia sea la perjudicada por el delito; si el titular de la acción le delega su ejercicio; cuando el damnificado sea incapaz y no tenga representante legal.

Se protege así, especialmente, a los damnificados que carecen de medios económicos para afrontar un proceso o a los incapaces sin representación legal.

### E. *Sujeto pasivo*

a) La pretensión civil puede dirigirse en contra de los presuntos obligados a la reparación del daño que el delito causó, esto es, del imputado y del que aparezca civilmente responsable, conjuntamente o sólo hacia uno de ellos,<sup>15</sup> puesto que se trata de una obligación solidaria.

b) Si el sujeto pasivo de la pretensión falleciera mientras se está ejerciendo válidamente la acción civil y siempre que ésta pueda proseguir, podrá continuar contra los herederos (Código Civil, artículos 1098, 3443, 3415, 3417 y 3371). En estos casos se producirá también una sucesión de partes.

## II. *El actor civil*

### 1. *Concepto*

Después de excluir al presunto *ofendido* o sujeto pasivo del delito (concepto de derecho penal) del ejercicio principal o subsidiario de la acción penal —el que se atribuye exclusivamente al Ministerio Público, excepto la acción que el Código Penal denomina privada (Córdoba, artículo 5; Código Penal, artículo 37)—<sup>16</sup> la nueva legislación argentina admite, como se ha visto, que el *presunto damnificado* (concepto de derecho civil), sus herederos o sus representantes legales puedan asumir en el proceso penal la calidad de actor civil.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> De acuerdo con Núñez, *Op. cit., infra*, nota 33, p. 94; en contra Garraud, *Traité D'Ins. Criminelle*, I, p. 393. El caso ha sido resuelto correctamente por el Tribunal Superior de Córdoba, *Boletín Judicial de Córdoba*, II, p. 412.

<sup>16</sup> Este problema se debatió en el *Primer Congreso Interamericano de Derecho Procesal* realizado en México, 1960. No se aceptó mi tesis, expuesta en *Estudios de D. Procesal Penal*, I, p. 245.

<sup>17</sup> Adoptando la terminología de los Códigos francés e italiano, el de Córdoba denomina a esta persona "parte civil". Después he advertido que es más correcta

Con la peligrosa ambición de reunir los elementos esenciales que lo caracterizan, y aprovechando conceptos ya expresados, defino al actor civil como el *sujeto secundario y eventual de la relación procesal que, mediante una acción civil accesoria a la penal, deduce la pretensión de resarcimiento que se basa en el mismo hecho que constituye el objeto de esa relación, requiriendo una sentencia favorable.*

Se elude a un *sujeto secundario* porque se trata de quien intenta una acción accesoria que sólo es admisible —en principio— cuando está pendiente la acción principal, o sea, cuando se está haciendo valer la pretensión represiva; y se dice que es *eventual*, porque su intervención no es indispensable para la válida constitución y el desarrollo regular de la relación procesal en que se injerta; es decir, porque la vida de la relación no depende de la presencia del actor civil.

Como consecuencia de tan elemental noción, resulta claro que cualquier vicio en la constitución del actor civil carece de toda relevancia jurídica con respecto al ejercicio de la acción penal, aun en el supuesto de que ese defecto formal determinara la exclusión de aquél. La pretensión represiva no puede quedar supeditada, de ningún modo, a la pretensión resarcitoria.

La razón que explica la injerencia del actor civil en el proceso penal (sólo el ejercicio de la acción resarcitoria)<sup>18</sup> demuestra que así como no estamos ante un acusador particular o querellante, tampoco discurrimos acerca de la persona autorizada, en ciertos casos, a provocar el inicio de la acción penal (cuando ésta depende de instancia privada: Código Penal, artículo 72). Esta facultad es acordada por la ley material, la que así condiciona la pretensión punitiva.

Por lo tanto, el actor civil no es un “*consorte necesario del Estado*”, con interés legítimo en el ejercicio de la acción penal, ni un “*coadyuvante del Ministerio Público*”, ni “*órgano auxiliar de acusación*”;<sup>19</sup> ni un *tercero* (principal o adhesivo) que intervenga en el proceso penal por el “efecto

la del texto, que adopté en el de Mendoza, puesto que también es parte civil el demandado como civilmente responsable. Sobre este punto me convenció muy fácilmente Alcalá-Zamora, *Op. cit., supra*, nota 2, p. 54.

<sup>18</sup> Admitida la unidad jurisdiccional (excitada la jurisdicción penal o la civil, siempre es el Estado quien actúa mediante un órgano suyo), da lo mismo que el presunto damnificado ocurra ante una u otra, con tal de que se limite a demandar la restitución o la indemnización. Lo que no puede ejercer es ninguna otra acción que también se basara en la existencia del delito, como sería, por ejemplo, la de rescisión o anulación de un contrato, o la de investigación de la paternidad o maternidad, o la de indignidad para suceder, o la de separación conyugal: Véase Levi, *Op. cit., infra*, nota 20, pp. 51 y 91; Manzini, *Op. cit., infra*, nota 35, 1, pp. 390 y 398; Garraud, *Op. cit., supra*, nota 15, p. 242; Fenech, *Op. cit., supra*, nota 9, p. 517; Antolisei F., *L'offesa e il danno nel reato*, 1930, p. 197.

<sup>19</sup> Ver Mortara, *Commentario delle lege di p. civile*, 1, p. 638, y la “Relación de la Comisión Especial del Senado Italiano”, presentada el 23 de mayo de 1911, pub. en Stoppato y otros, *Commento al C. di P. Penale Italiano*, m, p. 20; Visco A., *Il soggetto passivo del reato nel d. sost. e processuale*, Roma, 1933, pp. 144-153. Esta tesis convierte al actor civil en un órgano de la acción penal.

prejudicial" del mismo sobre la acción civil;<sup>20</sup> ni su intervención se justifica por el principio de unidad jurisdiccional, identificado con la regla que prohíbe sentencias contradictorias.<sup>21</sup> No es más que un sujeto secundario de la relación procesal penal,<sup>22</sup> cuya presencia *se justifica* por la conexión objetiva que existe entre la pretensión represiva y la civil, debido a que ambas se basan en el mismo hecho.

Si al actor civil se le deben acordar los poderes jurídicos necesarios para acreditar los hechos en que funda su pretensión privada, es indudable que su intervención *puede* favorecer a veces el éxito de la pretensión represiva; pero esto carece de significación teórica porque la primera no comprende o involucra a la segunda. Este es el verdadero valor que tiene la llamada independencia de las acciones penal y civil, la cual no implica separación de orden jurisdiccional.

Sin embargo, cuando la ley permite que el damnificado ejerza la acción penal (según nuestro sistema, solamente en el caso de las "acciones privadas" que consagra el Código Penal), el querellante (acusador particular) podrá ejercer la acción civil conjuntamente con la penal. Una misma persona será, entonces, titular de las dos acciones.

Cuando la definición indica la base de la pretensión que el actor civil puede hacer valer, pone de relieve la condición esencial a que antes se hizo referencia: la necesidad de que aquélla se funde en el *mismo hecho* que constituye el objeto procesal.

La intervención legítima del actor civil dilata la órbita jurisdiccional del tribunal de juicio, en cuanto coloca a éste en el deber de pronunciarse acerca de la hipótesis que aquél plantea cuando atribuye una obligación civil al imputado o al demandado como civilmente responsable; pero la decisión civil es independiente de la penal, porque el delito será considerado entonces bajo el aspecto de derecho civil.

<sup>20</sup> Levi N., *La parte civile nel p. penale italiano*, 2ª ed., Padova, 1936, pp. 1 y ss., cuya teoría no explica que la acción resarcitoria pueda ser ejercida en sede civil sin peligro de contradicciones, el que se evita por el predominio de la jurisdicción penal, o por el valor que tiene la sentencia penal sobre la civil.

<sup>21</sup> Leone G., *Trattato di D. P. Penale*, Napoli, 1961, I, p. 488, no explica *por qué razón* —admitido el principio de unidad jurisdiccional— se permite que la acción resarcitoria sea ejercida en sede penal. La verdad es que ello se consiente porque la pretensión resarcitoria se basa en el mismo hecho en que se funda la pretensión represiva. Véase Visco A., *Op. cit.*, *supra*, nota 19, p. 145.

<sup>22</sup> Leone, *Op. cit.*, *supra*, nota 21, p. 490, estima que el ejercicio de la acción resarcitoria determina una relación procesal civil distinta de la relación procesal penal. A mi criterio, así como el proceso es uno solo —aunque las causas a decidir sean dos— la relación procesal es una sola, con sujetos esenciales (el juez, el acusador y el imputado) y secundarios (el actor civil y el demandado como civilmente responsable). *La diversidad existe en lo sustancial*, entre la pretensión represiva y la resarcitoria. La causa penal está sometida al derecho penal mientras la causa civil lo está a la norma jurídica civil. En cuanto a la razón que *justifica* este fenómeno procesal, estamos de acuerdo con Chioyenda, *Princippi di D. P. Civile*, pp. 326 y ss., Antolisei, *Op. cit.*, *supra*, nota 18, p. 195, y Manzini, *Op. cit.*, *supra*, nota 35, pp. 398 y ss. y II, p. 430.

De otro modo, ni el fundamento de la pretensión resarcitoria derivará *necesariamente* del fundamento de la pretensión represiva, sino de los extremos fácticos previstos por el derecho subjetivo que el actor civil pretende tener (aunque eso ocurra en la generalidad de los casos), ni la sentencia penal absolutoria determinará *necesariamente* la absolución civil (Córdoba artículo 430 *in fine*) (aunque esto sea excepcional).<sup>23</sup>

Finalmente, se trata de un sujeto que requiere una sentencia favorable a la pretensión jurídica que deduce; no a un derecho subjetivo cuya existencia concreta sólo derivará del acto jurisdiccional.

## 2. Capacidad

I. Para ser actor civil, para asumir esta condición en el proceso penal, la persona individual<sup>24</sup> debe tener la *capacidad de hecho necesaria para estar en juicio*, o sea, la *aptitud para obrar por sí misma* en el proceso a fin de deducir una pretensión de derecho privado (Córdoba y Mendoza, 74; San Juan, 76). La ley equipara el proceso penal al civil, en cuanto a la *legitimatio ad procesum*.<sup>25</sup> La equiparación es lógica, pues en todo caso se quiere exigir que el accionante tenga la aptitud necesaria para ejercer acciones civiles. Hay, en consecuencia, una expresa remisión a las normas que al respecto establece el Código Civil.

En principio, todas las personas mayores de edad son capaces de estar en juicio, con excepción de aquellas que la ley declara expresamente incapaces (Código Civil, artículo 52); y esta capacidad no queda afectada, desde luego, porque el accionante sea testigo en el mismo proceso, o porque, en los delitos de acción dependiente de instancia privada, no sea el denunciante.

II. Son *absolutamente incapaces*: las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes declarados en juicio, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito y los ausentes declarados tales en juicio (Código Civil artículo 54).

III. Son *relativamente incapaces*: los menores adultos (Código Civil,

<sup>23</sup> No obstante la sentencia penal absolutoria cuando ésta se basa solamente en falta de punibilidad, concurriendo los otros elementos del delito, el Tribunal de juicio podrá hacer lugar a la acción civil; por ejemplo, en el caso de injurias recíprocas (C. P., 116) o de hurto entre parientes (C. P., art. 185).

<sup>24</sup> Véase Lanza V., *Sistema di D. Penale Italiano*, 2ª ed., Roma, 1922, I, p. 120. La capacidad procesal es un aspecto o sector de la llamada "capacidad de hecho" de las personas individuales. Como presupone la voluntad del sujeto que la posee, no se la puede mencionar con respecto a las personas jurídicas: Orgaz Alfredo, *Personas individuales*, Buenos Aires, 1946, p. 178, de acuerdo con Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, núm. 73, p. 386.

<sup>25</sup> De la llamada "capacidad de derecho" (aptitud de una persona para ser titular del derecho subjetivo que afirma tener cuando ejerce la acción resarcitoria) nos hemos ocupado en el trabajo citado en la nota 10.

artículo 55),<sup>26</sup> y los condenados a más de tres años de prisión o reclusión mientras están privados de libertad (Código Penal, artículo 12).<sup>27</sup>

IV. Según la citada disposición procesal penal, las personas incapaces de hecho no podrán actuar si no son representadas, autorizadas o asistidas del modo prescripto para el ejercicio de las acciones civiles. Debemos atenernos, por lo tanto, a lo prescripto por la ley sustantiva:

a) Las *personas por nacer* (Código Civil, artículo 63) deberán ser representadas por un curador de bienes: el padre, o a falta de éste, la madre, y si ésta fuese incapaz, por su curador (Código Civil, artículo 480), por analogía;<sup>28</sup>

b) Los *menores impúberes* (que no tienen 14 años, Código Civil, artículo 126) deberán ser representados por el padre, la madre o el tutor (Código Civil, artículos 274, 280 y 411);

c) Los *dementes declarados tales en juicio* (después de los 14 años: Código Civil, artículos 140 y 145) y los *sordomudos que no puedan darse a entender por escrito* (Código Civil, artículo 153), deberán ser representados por su curador (Código Civil, artículos 230, 411, 475 y 154);

d) Los *ausentes declarados tales en juicio* deberán ser representados por sus padres, y a falta de éstos, por el curador (Código Civil, artículo 57, inciso 3°);

e) Los *menores adultos* (de 14 a 22 años: Código Civil, artículo 127) podrán ser representados por el padre o el tutor (Código Civil, artículos 274, 380 y 411); pero también podrán tener, con autorización del padre o del juez, un representante especial;<sup>29</sup>

f) Los *menores emancipados* (Código Civil, artículo 131) sólo podrán actuar, con autorización del juez, por medio de un curador especial (Código Civil, artículo 135);

g) Los *condenados a más de tres años de prisión o reclusión*, mientras dura la privación de libertad, deberán ser representados por su curador (Código Penal, artículo 12), puesto que el ejercicio de la acción resarcitoria implica (en sentido lato) administración de sus bienes.

V. Parece oportuno agregar que los *incapaces deben ser representados promiscuamente por el Ministerio de Menores*, so pena de nulidad del juicio civil, además de la representación que corresponda (Código Civil, artículo 59).

VI. Cabe recordar, finalmente, que cuando el titular de la acción resarcitoria sea incapaz para hacer valer sus derechos y no tenga quién lo

<sup>26</sup> Esta disposición comprende también a la mujer casada; pero la ley 11.357 (22/IX/926) ha suprimido su incapacidad. Véase Orgaz, *Op. cit., supra*, nota 24, p. 120.

<sup>27</sup> Cfr. Orgaz Alfredo, *Incapacidad civil de los penados*, 2ª ed., 1939, amplio y valioso estudio monográfico, cuya tesis se encuentra en *Personas individuales*, pp. 287 y ss.

<sup>28</sup> Orgaz, *Op. cit., supra*, nota 24, pp. 274 y 275.

<sup>29</sup> *Id.*, p. 295.

represente, aquélla puede (Córdoba, artículo 15, inciso 3º) o debe (Mendoza, artículo 15, inciso 3º) ser ejercida por el Ministerio Público.

### 3. Constitución

Para ejercer la acción civil en el proceso penal, su titular deberá constituirse en actor civil (Córdoba, artículo 74); vale decir, el que aparezca como damnificado, o sus herederos en los límites de su cuota hereditaria, o los representantes legales, personalmente o por mandatario (Mendoza, artículo 14), deberán asumir la condición de parte actora; ingresar como sujeto secundario de la relación procesal.

Constituirse significa adquirir esa calidad jurídica, de suerte que, si bien presupone una instancia del interesado, la constitución es obra del tribunal que acoge la instancia y acuerda tal carácter. Su resolución traduce un juicio preventivo: se basa en la *presunta existencia del derecho resarcitorio* que el pretendiente afirma, y da vida al *derecho de intervenir en el proceso penal* con el único objeto de procurar la actuación del derecho civil. La constitución no existe antes de ese pronunciamiento, ni está “en suspenso” después de un primer rechazo.

Esta distinción elemental tiene importancia cuando se trata de la constitución definitiva que niega la posibilidad de oponerse a ella, y también cuando se discurre acerca del derecho a impugnarla: la resolución que la acuerda no amplica, por cierto, un juicio definitivo sobre el fundamento de la pretensión resarcitoria, ni el recurso que ataca el pronunciamiento significa impugnación de la sentencia que declara la falta de fundamento de esa pretensión.

La constitución debe acordarse cuando el accionante aparece —tanto de conformidad con las normas pertinentes del derecho civil, como de acuerdo con las disposiciones del derecho procesal que disciplinan el ejercicio de la acción civil en sede penal— con derecho de intervenir en el proceso penal para lograr la indemnización de un daño privado.

El tribunal debe tener en cuenta, por lo tanto, diversos elementos:

1º, Si la instancia de constitución se ha presentado en tiempo útil y en las condiciones formales impuestas bajo pena de inadmisibilidad; en caso negativo, corresponde declarar que la instancia es inadmisibile, que no puede ingresar jurídicamente en el proceso.

2º, Si el accionante tiene capacidad para obrar, o siendo incapaz, si está legalmente representado, autorizado o asistido; o cuando accione una persona jurídica, si actúa su representante legal; o si el representante o mandatario que actúa ha acreditado debidamente el vínculo que invoca (*legitimatío ad procesum*).

3º, Si el accionante aparece como titular del derecho resarcitorio que afirma, ya sea porque sería damnificado (“directo” o “indirecto”, según la objetable terminología del Código Civil, artículo 1079) por el mismo hecho en que se funda la pretensión penal, o su heredero; si el interés que

pretende tener está jurídicamente tutelado; si su pretensión civil no se ha extinguido (verbigracia, por pago o transacción) (*legitimatío ad causam*).

4º. Si en virtud de la ley procesal penal, el accionante está autorizado a ejercer la acción resarcitoria en sede penal (por ejemplo, no pueden hacerlo el cesionario y el subrogatario); y si la acción penal está pendiente, de modo que aquélla pueda ser ejercida.

Una vez acordada —sin perjuicio de la posterior exclusión del actor civil— la constitución produce efectos en todo estado y grado del proceso, sin necesidad de una previsión expresa (como la del código italiano, artículo 92). En otros términos, la constitución conserva su eficacia en todo el curso del proceso, sin necesidad de ninguna otra declaración que la reafirme, incluso en las etapas eventuales del proceso, determinadas por los recursos de casación o inconstitucionalidad, lo mismo que en el nuevo juicio que se sustancie después de la anulación de la sentencia que declare el tribunal de casación.

#### 4. Instancia de constitución

##### A. Concepto

Para considerar ahora la dinámica de la acción resarcitoria, o sea, su ejercicio efectivo, se debe examinar, en primer término, la instancia de constitución, que es una *expresa manifestación de voluntad de quien pretende asumir la calidad de actor civil* en un proceso penal concreto.

No tiene ese valor, por consiguiente, ninguna manifestación que no se haga con ese claro designio sino con otro cualquiera; verbigracia, una relación del hecho que se investiga con la afirmación de ser damnificado, o un pedido de devolución de una cosa secuestrada, o una proposición de diligencias.<sup>30</sup>

De esto resulta evidente que la instancia de constitución no es una demanda en el sentido estricto del derecho procesal civil, sino tan solo una solicitud de intervenir en el proceso, formulado ante el tribunal competente. Así se explica que no sea *indispensable* que contenga el nombre y domicilio del imputado contra el cual se dirige la pretensión resarcitoria, ni que se indique el monto de la indemnización que se demanda.

<sup>30</sup> Adviértase, sin embargo, que el juez de instrucción debe ordenar la recepción de las pruebas propuestas por quien no formule realmente una instancia de constitución, aunque el escrito que contenga esa proposición haya sido agregado indebidamente, siempre que aquéllas sean pertinentes (que se refieran al hecho investigado) y relevantes (presuntivamente útiles para esclarecer la verdad con respecto a alguno de los elementos fácticos en que se basa la imputación). Pero esto resulta consecuencia de otro principio: una vez conocidos tales elementos, el instructor adquiere al deber jurídico de investigar la verdad (de oficio: sin necesidad de excitación alguna) acerca de todos esos extremos, incluso sobre la existencia y extensión del daño, aunque el damnificado no se haya constituido en actor civil (Córd., art. 204). Ese deber surge de la ley, cualquiera que sea el origen del conocimiento. Su poder de investigación no puede enervarse por ningún motivo.



Si la ley exigiera esos datos —como se ha hecho en Mendoza—<sup>31</sup> la instancia perdería su carácter para perjuicio inútil del interés que se quiere proteger. Inútil porque la falta de ellos —consecuencia del carácter accesorio de la acción civil— no implica una violación al derecho de defensa del imputado.

### B. Forma

La instancia puede ser formulada *personalmente* por el titular de la acción civil (el damnificado, o sus herederos, o sus representantes legales) o por *mandatario especial* (Córdoba, artículos 75 y 106); esto último quiere decir, como es sabido, que en el poder acordado al representante voluntario, debe hacerse una referencia específica a la causa de que se trata, de

<sup>31</sup> La ley 2608, en vigor desde el 1º de enero de 1960, modifica entre otros el art. 382 del C. P. Penal de Mendoza, exigiendo que quien ejerce la acción resarcitoria (sea el actor civil o el M. Fiscal) “deberá formular su demanda, bajo pena de tener por desistida la acción”, dentro de los tres primeros días del plazo que esa disposición establece. Los fundamentos del proyecto de reforma —propuesta por la Corte Suprema— constan en el discurso del senador Roberto M. Zara (Diario de Sesiones del H. Senado, del 9 de octubre de 1959).

Se consideró que la norma vigente en Córdoba y en las demás provincias que han adoptado el mismo sistema, es inconstitucional porque viola el derecho de defensa en cuanto no exige que el actor civil concreté su demanda. Es un criterio civilista (hay una remisión al C. P. Civil que establece el contenido de la demanda) que ocupa el polo opuesto a la tesis de que la sentencia puede pronunciarse de oficio sobre la reparación del daño, en virtud del art. 29 del C. Penal.

En mi opinión, el error deriva tanto de olvidar el contenido indispensable de la instancia, como de tratar al actor civil, con criterio de civilista, como sujeto principal de la relación procesal. La verdad es que la acción que ejerce es accesorio, que interviene en un proceso pendiente, donde está precisado el *hecho* que lo determina y donde el juez de instrucción tiene el deber de investigar la *extensión del daño* que aquél habría causado. Cuando el proceso llega a la etapa definitiva, el imputado conoce muy bien cuál es el hecho del cual deriva la responsabilidad que se le atribuye, cuál es el título que exhibe el actor (si pretende ser damnificado, o heredero, o representante legal), qué pide (restitución o indemnización del daño material [daño emergente o lucro cesante] o agravio moral) y en qué consiste ese perjuicio. La posibilidad de defensa del imputado es amplia. Nada puede estar oculto, para conculcar su derecho de resistencia.

Si lo único que la ley agrega es por lo tanto, la necesidad de que el actor señale el monto de la indemnización que demanda, el error de la reforma será patente cuando el daño pretendido en la demanda sea inferior al que resulte *efectivamente causado* en el momento de dictar sentencia, que es el momento que el Tribunal debe tener en cuenta para establecer, si corresponde, el monto del daño a indemnizar. En este supuesto (no imposible de concebir, porque puede mediar un tiempo apreciable entre la apertura del juicio y la realización del debate). ¿Se permitirá la ampliación de la demanda en el debate, para ser consecuente con el principio antes recordado que emerge de la ley sustantiva? En caso afirmativo, si el Tribunal debe reparar en el *daño causado*, ¿para qué sirve la reforma? Me parece que ésta obedece a una deficiente interpretación de las exigencias legales acerca del contenido de la instancia de constitución.

tal modo que aparezca explícitamente y clara la voluntad del accionante. Es insuficiente un poder general para pleitos o de administración.<sup>32</sup>

El mandatario debe acompañar, desde luego, el poder que acredite su personería.<sup>33</sup>

En Córdoba, la instancia puede hacerse, ante el tribunal que corresponda, *por escrito o mediante una declaración*, mientras el Código de Mendoza (artículo 75) autoriza solamente la primera forma. Quien la formule debe acreditar su identidad, a no ser que actúe un abogado o un procurador, dado que éstos deben estar inscriptos en la matrícula que les permite el ejercicio de su profesión.

En el caso de declaración (ante el juez o el presidente del tribunal), deberá levantarse un acta con las formalidades de la ley (Córdoba, artículo 138). El escrito deberá hacerse en el papel sellado que por la ley corresponda, a no ser que el titular de la acción goce del beneficio de pobreza (Código Procedimiento Civil, artículos 1106 y siguientes, aplicable).

### C. Contenido

Debe contener la instancia, bajo pena de inadmisibilidad, los siguientes datos:

a) *El nombre, apellido y domicilio legal del accionante*, tanto a los fines de su identificación como para que señale, desde el primer momento, el lugar en que deberán efectuarse las notificaciones que correspondan (Córdoba, artículo 145).

En caso de representación legal de una persona carente de la capacidad necesaria para estar en juicio, el representante —que será el actor civil— deberá consignar también el nombre, apellido y domicilio de su representado.

En el supuesto de representación voluntaria —donde el que aspira a ser parte es el representado—<sup>34</sup> el mandatario deberá indicar también sus datos.

Si la ley exige una autorización del padre o del juez, el accionante deberá acompañar el documento en que aquélla conste en forma auténtica.

b) *La indicación del proceso en que se quiere intervenir*, consignándose los datos que sirvan para identificarlo con suficiente claridad.

De aquí resulta implícitamente, por simple silencio de la ley, que el accionante no necesita indicar el nombre y apellido del imputado contra el

<sup>32</sup> El C. de San Juan (art. 107) no exige que las partes civiles actúen solamente con poder especial. He creído que para bien de ellas se puede prescindir de esta exigencia. Al final de cuentas no se trata más que de una acción civil.

<sup>33</sup> Núñez R. C., *La acción civil*, p. 109, excluye de esta exigencia al padre que representa al hijo o al marido que representa a su mujer, o a quien ejerce una representación en virtud de un empleo público, aplicando el art. 27 del C. P. Civil. Pero aquí nos referimos al representante voluntario y no al legal. En cuanto al segundo, la aplicación analógica es correcta.

<sup>34</sup> *Cfr.* Chioyenda, *Op. cit.*, *supra*, nota 22, p. 595, con la advertencia de que admito la enseñanza en cuanto a la representación convencional. Si el padre actúa en representación de su hijo menor, actor será el primero y no el segundo.

cual dirige su pretensión (lo contrario ocurre en una demanda civil); o sea, que la constitución se podrá producir en un proceso contra desconocidos o contra alguien que aún no haya asumido la condición jurídica de imputado (por no haber sido detenido como presunto partícipe de un delito ni haber sido indicado como tal en ningún acto inicial del procedimiento).<sup>35</sup>

Está claro que si la pretensión penal se dirige contra varios imputados como partícipes de un mismo hecho, la civil puede dirigirse contra algunos de ellos, puesto que se basa en la existencia de un derecho privado y disponible; pero si, en tal caso, en la instancia no se menciona el nombre del demandado, debe considerarse que la pretensión se dirige contra todos (expresamente, Mendoza, artículo 76).

En cambio, como expresa Núñez<sup>36</sup> si en un proceso se investigan varios delitos independientes (caso de acumulación de causas) y el accio-

<sup>35</sup> A pesar de que, a mi criterio, la fórmula legal (similar a la que usa el Código de Italia de 1930, art. 94, y que no se encuentra en el de 1913) resuelve muy claramente este minúsculo problema, la opinión de los juristas de ese país no siempre coincide con la del texto. Altavilla, "La costituzione di parte civile contra ignoti", public. en *Scuola Positiva*, 1910, p. 224, comentando una resolución judicial contraria; Stoppato, *Commento al C. di P. Penale Italiano*, 1913, iv, p. 403, y Manzini, *Trattato di C. P. Penale Italiano*, 2ª ed., 1924, II, p. 370, citando algunas decisiones en igual sentido, y *Tratado de D. P. Penal*, trad. Sentís Melendo-Ayerra Redín, Buenos Aires, 1951, II, p. 461, admiten que la constitución puede llevarse a cabo aunque se proceda (durante la instrucción, desde luego, puesto que el juicio presupone un acusado) contra desconocidos. En contra, Levi N., *Op. cit.*, supra, nota 20, p. 361, y Leone G. en *Il Codice di P. Penale* pub. bajo la dirección de Ugo Conti, 1937, vol. I, p. 418, nota 1; Núñez R. C., *Op. cit.*, supra, nota 33, p. 112, resuelve bien la cuestión.

Se piensa que nuestra tesis se opone a la exigencia legal de que la instancia sea notificada al imputado. (Córd., art. 78); pero claro está si no cerramos los ojos ante el precepto que establece antes al contenido de aquella — que la notificación deberá efectuarse en cuanto se individualice al imputado. Además, de la misma disposición resulta que "la imposibilidad de hecho (de notificar) no tendrá más consecuencia que la constitución de la parte civil no produzca efectos", como dice Stoppato.

Por otra parte, es indudable que cuando la constitución se lleva a cabo en un proceso donde aún no se ha individualizado al presunto culpable, el accionante dirige su pretensión en contra de las personas que resultaren culpables como partícipes del delito que habría producido el daño cuya indemnización demanda.

Planteado el asunto en el terreno político y no dogmático, parece que el error de quienes consideran que el actor civil debe indicar el nombre del imputado —de donde resulta que la constitución no debe aceptarse en un proceso donde aún no se ha conseguido individualizar al segundo— consiste en equiparar la instancia de constitución a una demanda civil, que no se concibe, claro está, en contra de *incertam personam*. Pero lo cierto es que la relación procesal penal —en la cual se injerta el actor civil— puede constituirse en esa forma imperfecta que se da cuando el sujeto pasivo no está individualizado. No se advierte ninguna razón seria para negar el ingreso de un sujeto accesorio, como sería la posibilidad de perjudicar la defensa del demandado; sobre todo porque la instrucción preparatoria tiende, precisamente, a reunir las pruebas que acrediten esa individualización.

<sup>36</sup> Núñez R. C., *Op. cit.*, supra, nota 33, p. 112.

nante no menciona a quién demanda, debe entenderse que se refiere a los supuestos partícipes del delito que constituye la fuente de la obligación civil que atribuye, esto es, a los culpables del hecho que habría causado el daño cuya reparación intenta.

c) *Una exposición sumaria de los motivos en que se funda la pretensión* a fin de que se determine con claridad la *causa petendi*: el hecho delictuoso<sup>37</sup> causante del pretendido daño; a qué título se ejerce la acción: si se actúa como damnificado o como heredero, a nombre propio o como representante legal o voluntario de ellos; y qué demanda: la restitución del objeto que fue materia del delito, o la indemnización del daño material (daño emergente y lucro cesante), o la reparación del agravio moral, o ambas cosas a la vez.

Esta determinación de la *causa petendi* tiene singular importancia cuando se cita al civilmente responsable; entonces, será preciso consignar también el título jurídico del cual deriva la responsabilidad del tercero a quien se demanda.

La ley no exige, como se observa, que el peticionante dé las razones que justifican su pretensión,<sup>38</sup> desde que no se está en un momento propicio al alegato, ni que acompañe los documentos que acrediten el fundamento de su pretensión o su personería (verbigracia, no es indispensable que el heredero acompañe copia de la declaración judicial).

En caso de que alguien se oponga debidamente a la constitución, la falta de tales documentos será apreciada por el tribunal para admitir o rechazar la instancia.

d) *La petición de ser admitido como actor civil*, de que se acuerde la participación legal correspondiente, según ya se ha dicho al precisar el concepto de la instancia.

e) *La firma del solicitante*, como medio de expresar su voluntad; pero si no supiere o no pudiere firmar, deberá hacerlo otra persona a su ruego, conforme a las previsiones aplicables (Código de Procedimiento Civil, artículos 44 y 45).

#### D. Oportunidad

a) Para establecer en qué oportunidad es posible formular la instancia de constitución, cabe recordar ante todo que la acción civil —por su carácter accesorio— sólo puede *iniciarse*, en principio, mientras está *pendiente* la penal (Córdoba, artículo 16) o sea, una vez que la acción principal se haya promovido legalmente (por los medios y en la forma que la ley autoriza) y antes de que se haya agotado. En otros términos, la

<sup>37</sup> No se trata de una descripción circunstanciada del hecho; pero es indispensable que se lo individualice de tal modo que no pueda haber dudas sobre esta base fáctica de la pretensión.

<sup>38</sup> Cfr. Levi, *Op. cit.*, *supra*, nota 20, p. 433; Manzini, *Op. cit.*, *supra*, nota 35, II, p. 466; Núñez, *Op. cit.*, *supra*, nota 33, p. 110.

constitución presupone un proceso penal que se está tramitando regularmente, y la instancia debe presentarse ante el tribunal que actúe.

Sin embargo, esta regla no es absoluta, pues cuando se procede por citación directa, previa una instrucción o información sumaria a cargo del Ministerio Público, la instancia de constitución puede formularse antes del requerimiento fiscal de citación directa,<sup>39</sup> esto es, antes de que la acción penal haya sido promovida:<sup>40</sup> en Córdoba (artículo 76), la instancia se presenta ante la Cámara competente para el juicio; en Mendoza (artículo 77), ante el Agente Fiscal que realiza la información.<sup>41</sup>

b) Según el Código de Córdoba (artículo 76) y los que en este punto lo siguen, la constitución del actor civil puede llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso con anterioridad al decreto de citación a juicio" que prevé el artículo 382.

Queda comprendido así, como término útil, tanto el periodo de instrucción formal como el tiempo que transcurre hasta esa resolución jurisdiccional, la que corresponde al presidente del tribunal de juicio y señala el momento de la apertura del juicio plenario (no la apertura del debate).

La ley establece, pues, un término perentorio y subordinado. Lo primero, porque el acto procesal en cuestión debe cumplirse dentro de un lapso determinado, bajo pena de caducidad (pérdida del derecho a cumplirlo); lo segundo, porque el plazo está subordinado a un acto procesal cierto (la referida decisión).

En consecuencia, el derecho de constituirse en actor civil se extingue cuando el órgano jurisdiccional dicta el decreto que implica la iniciación del juicio. Para que tal efecto se produzca, no es necesario que la resolución judicial sea notificada al fiscal y a las partes. El término vence cuando se cumple el acto al cual está subordinado.

c) Según el Código de Mendoza (artículo 77) y aquellos que lo siguen, la constitución debe hacerse, cuando se procede por instrucción formal, antes de su clausura (artículo 360), y cuando se procede por citación directa, hasta el requerimiento de citación directa.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> La citación directa solamente existe en Córdoba (art. 311) y en Mendoza (art. 368).

<sup>40</sup> Es evidente, a mi criterio, que si la acción es el poder de excitar al órgano jurisdiccional, haciendo valer una pretensión jurídica que se basa en la norma de derecho penal, no hay inicio hasta que el órgano de la acción no formula el requerimiento de citación directa.

<sup>41</sup> El sistema cordobés tiene sus inconvenientes prácticos, pues cuando se está cumpliendo la instrucción sumaria se ignora qué Cámara estará de turno para actuar en el juicio, de modo que la instancia de constitución se presenta casi siempre ante otro tribunal.

<sup>42</sup> La reducción del término es mínima y tiende a evitar que aquél dependa de un acto (decreto de citación) que a veces se produce inmediatamente después que el proceso llega a conocimiento de la Cámara de juicio, mientras que en otros casos se dilata indebidamente; es decir, creo que si el damnificado goza de un término amplio para decidirse, no conviene supeditar su vencimiento a un acto procesal que en la práctica no es automático.

### E. Sanción

Si falta alguno de los elementos esenciales enunciados precedentemente (relativos al tiempo, a la forma y al contenido del acto), la instancia de constitución es inadmisibile, o sea, no puede ingresar jurídicamente en el proceso<sup>43</sup> porque carece de idoneidad para contener, tal como la ley exige, la voluntad que con el acto se quiere expresar.

La inadmisibilidad debe ser dispuesta por decreto del juez o, en su caso, del presidente del tribunal (Córdoba, 119). La declaración jurisdiccional podrá hacerse antes de que se practiquen las notificaciones de la instancia; posteriormente, dicho magistrado podrá excluir de oficio al actor civil, como veremos en seguida.

Puesto que la inadmisibilidad en cuestión corresponde por defectos formales, nada obsta a que el accionante renueve su instancia posteriormente, salvando tales vicios, siempre que lo haga dentro del término útil previsto por la ley.

### 5. Notificación

El decreto que admite la instancia de constitución<sup>44</sup> debe notificarse, según el Código de Córdoba (artículo 78), al Ministerio Público, al imputado y al civilmente responsable, si lo hubiere o se pidiere su citación. El Código de Mendoza (artículo 79) excluye al primero.<sup>45</sup>

a) La *notificación al Ministerio Público* responde al propósito de que el órgano de la acción penal sea puesto en condición de oponerse al ingreso del accionante civil, si considera que éste no tiene derecho a ello, a fin de evitar los obstáculos que de esa intervención podrían derivar para el desarrollo normal del proceso.

b) La *notificación al imputado* lo pone en conocimiento de la pretensión resarcitoria desde el primer momento, y asegura su defensa en la nueva órbita que se propone, dándole oportunidad de oponerse a la inter-

<sup>43</sup> Como sanción procesal, la inadmisibilidad es la imposibilidad legal de que un acto ingrese en el proceso por falta de los elementos formales que la ley impone. No se trata de una inadmisibilidad material. El escrito se agrega al expediente (el secretario no puede negarse a recibirlo, decidiendo lo que debe resolver el tribunal).

<sup>44</sup> La ley dispone que se notifique la instancia; pero lo que en realidad se notifica es la resolución jurisdiccional que la admite, incluso porque ella puede ser rechazada por el juez cuando la intervención del accionante sea manifiestamente ilegal (art. 84).

<sup>45</sup> Pensé que, tratándose de una pretensión privada, no es indispensable la notificación al Ministerio Público. Aun sin tener en cuenta que, en nuestra práctica (tal vez por exceso de trabajo o deficiente organización), aquél no se preocupa de problemas que en primer lugar atañen a los intereses particulares, la facultad conferida al tribunal por el art. 83 (exclusión de oficio) es suficiente para asegurar que no participará en el proceso que no aparezca con derecho al resarcimiento. La defensa del interés público queda así, en Mendoza, exclusivamente a cargo del órgano jurisdiccional. Sin embargo, en el terreno teórico no se pueden negar las razones que justifican la notificación al M. Público.

vención pretendida. La importancia de tal noticia justifica la categórica conclusión de que "la falta de notificación a un imputado implica que en su contra no se ejerce la acción civil".<sup>46</sup>

En la hipótesis de que la pretensión penal se base en un sólo hecho atribuido a varias personas (supuestos copartícipes), mientras la pretensión civil se dirija solamente contra algunos imputados, la notificación debe hacerse a todos, y no tan solo a los demandados.<sup>47</sup>

Es cierto que, en este caso, los excluidos por el actor civil no podrán ser condenados a indemnizar el daño; pero no debe olvidarse que la obligación resarcitoria es indivisible y solidaria, y que la sentencia penal condenatoria es susceptible de adquirir eficacia (producir el efecto de cosa juzgada) con relación a todos, de manera que todos pueden tener interés legítimo en la exclusión del actor civil.

Por fuerza de este interés, aquí se quiebra el principio civilista de que la demanda vive por el impulso que le imprime el actor y dentro de los límites que ella misma traza. En el proceso penal no es una excepción, desde que la acción civil es solamente accesoria, mientras única es la relación procesal de la que todos los imputados son sujetos.

Distinta es la hipótesis de que, habiendo varios imputados, el accionante no especifique contra cuál de ellos dirige la pretensión civil. En este caso debe notificarse a todos los imputados en el hecho que habría causado el daño cuya indemnización se pretende, porque tal silencio significa que la acción civil se dirige contra todos.<sup>48</sup>

c) *La notificación del demandado civil* (el que de acuerdo con la ley civil responde por el daño que el imputado causare con el delito, Córdoba, artículo 90) tiene el mismo valor y significación que la referente al imputado. Resulta una consecuencia de su citación como tal, o de que antes se hubiera constituido en ese carácter por existir otro actor civil.

d) *La oportunidad de las notificaciones* resulta de preceptos genéricos: el decreto que las ordena deberá dictarse el día en que la instancia sea puesta a despacho (artículo 123); y aquéllas deberán practicarse dentro de las 24 horas de dictada esa resolución (artículo 142).

El cumplimiento de estos plazos es obligatorio para los funcionarios públicos, sin perjuicio de la facultad que el accionante tiene de urgir el trámite; pero siendo ellos meramente ordenatorios, de su incumplimiento no deriva ninguna caducidad, como sería la pérdida del derecho de intervenir.

Si la instancia se formula en un proceso instructorio incoado contra un desconocido o cuando aún no exista imputado, a éste se le debe notificar en cuanto se lo individualice o adquiera esa calidad.

La notificación al demandado civil depende de que en el proceso exista (en el supuesto de que la acción haya sido ejercida antes por otro actor

<sup>46</sup> Núñez R. C., *Op. cit., supra*, nota 33, p. 119.

<sup>47</sup> *Cfr.* Levi, *Op. cit., supra*, nota 20, p. 447; en contra, Manzini, *Op. cit., supra*, nota 35, II, p. 467.

<sup>48</sup> Núñez R. C., *Op. cit., supra*, nota 33, p. 118.

civil o por el Ministerio Público), o de que sea citado a pedido del accionante.

e) La instancia de constitución produce *efectos* sólo a partir de la última notificación (artículo 78); ésta es complementaria, de aquélla, en el sentido de que tiene la virtud de “poner en ejercicio la acción civil”.<sup>49</sup>

En consecuencia, si no se cumplieran todas las notificaciones, la instancia se tendrá como no producida. Resulta ineficaz por falta de una condición ulterior que es esencial porque tiende a asegurar la defensa de los demandados.

f) En el supuesto de que las notificaciones prescriptas se hayan omitido o sean nulas por defectos de forma —a pesar de lo que arriba se expresa— el Ministerio Público y el tribunal pueden utilizar los *elementos de prueba* propuestos por quien intenta ejercer la acción civil, desde que tienen el deber de investigar la verdad real de los hechos, procediendo incluso (por ejemplo, en la instrucción preparatoria) por iniciativa propia.<sup>50</sup>

## 6. Oposición

### A. Concepto

Si el juez ante el cual se formula la instancia de constitución no la declara inadmisibles (por defectos formales) o no la rechaza (porque la intervención que se pretende es manifiestamente ilegal) (artículo 84), las partes a quienes se les debe notificar la resolución que la acoge (mencionadas en el número anterior) pueden oponerse a que el solicitante se constituya en el actor civil. Esta defensa es una especie de excepción dilatoria propia del proceso penal, tendiente a impedir que una persona intervenga o ingrese en él: que adquiera la calidad de parte.

Basta reparar en esta finalidad, para advertir que nadie puede oponerse a que el Ministerio Público ejerza la acción civil en los casos previstos por la ley (artículo 15).<sup>51</sup> El órgano de la acción penal *es* un sujeto esencial de la relación procesal. Nadie puede oponerse a que ingrese a una mansión donde *ya está*, y donde *tiene* poderes más amplios que los del actor civil.

<sup>49</sup> Cfr. Núñez, *Op. cit.*, *supra*, nota 33, p. 117; pero no se puede aceptar que si la notificación al imputado “no se practica con anterioridad al decreto de citación a juicio, en el debate (art. 422) no se podrá dirigir la acción en su contra”, porque esto significa crear una caducidad que no está determinada por la ley. Es la instancia la que debe presentarse antes de ese decreto. Pienso en la imposibilidad de notificar en tiempo la instancia, si ésta se formula momentos antes del decreto de referencia.

<sup>50</sup> Para llegar a esta conclusión no es preciso afirmar que “en el periodo de pendencia sucesivo a la notificación, el accionante es parte en la causa”. Así Levi, *Op. cit.*, *supra*, nota 20, p. 451.

<sup>51</sup> Cfr. Levi, *Op. cit.*, *supra*, nota 20, p. 480, y Manzini, *Op. cit.*, *supra*, nota 35, p. 471, si bien el primero no da razones y las del segundo no convencen (que la ley presume de manera absoluta que el órgano público no acciona temerariamente); en contra, Leone, *Op. cit.*, *supra*, nota 35, p. 423, y Núñez R. C., *Op. cit.*, *supra*, nota 33, pp. 101 y 120.



Cuando la acción resarcitoria sea ejercida por el Ministerio Público, en consecuencia, los demandados sólo podrán oponerse al triunfo de la pretensión, en la discusión final del debate (Mendoza, expresamente, artículo 89 *in fine*).<sup>52</sup>

La oposición debe ser fundada, como toda defensa específica; pero los motivos que pueden esgrimirse son de la amplitud que le acuerdan la naturaleza de la pretensión que se hace valer y su carácter accesorio. Por lo tanto, podrán aducirse motivos de derecho sustantivo o de derecho procesal.<sup>53</sup>

### B. Oportunidad

La oposición puede interponerse en dos oportunidades y condiciones distintas: durante la instrucción formal (artículo 79) o en el debate (artículo 82).

a) *En la instrucción formal.* Cuando se procede en esta forma (no por instrucción o información sumaria), la oposición puede deducirse dentro del término perentorio de tres días a contar de la notificación al oponente, siendo irrelevante la fecha de la notificación a las otras partes; pero cuando el demandado civil sea citado o intervenga voluntariamente con posterioridad, dicho término se comenzará a contar, como es natural, desde su citación o intervención.

Tratándose de un término perentorio (por definición, improrrogable), la caducidad del derecho de oposición se opera por el solo transcurso del tiempo dentro del cual ese derecho pudo ser ejercido, sin necesidad de ninguna actividad de las partes o del juez; y siendo individual, el plazo se computa desde el día en que al oponente se le notificó el decreto por el cual se acogió la instancia del actor civil.

El incidente de oposición tendrá el trámite de las excepciones (artículos 80, 372 y siguientes), debiendo sustanciarse y resolverse por separado, sin perjuicio de continuarse la instrucción (artículo 373); es decir, la oposición deberá deducirse por escrito, con indicación, en su caso, bajo pena de inadmisibilidad, de las pruebas que justifiquen los hechos en que se funde (artículo 375); del escrito se correrá vista al Ministerio Fiscal<sup>54</sup> y a las partes, quienes deberán expedirse en el término de tres días (artículo 376); y evacuadas las vistas, el juez dictará auto resolutorio; pero si la oposición se funda en hechos, habiéndose ofrecido prueba para acreditarlos, previamente se ordenará la recepción de ellas por un término que no podrá exce-

<sup>52</sup> No es posible confundir, desde luego, el derecho (procesal) de ejercer la acción civil ante el juez penal, con el derecho (sustantivo) al resarcimiento del daño causado por un delito. El primero, que sólo es el derecho de intervenir en el proceso penal, es reconocido por la resolución que admite la constitución del actor civil. El derecho sustantivo surge, concretamente, con la sentencia que impone la obligación correlativa.

<sup>53</sup> Cfr. Levi, *Op. cit.*, *supra*, nota 20, pp. 455-458, Cigna D., *Le azione civili da reato in sede penale*, Roma, 1914, p. 134. Véase nuestro N° 3, *Supra*.

<sup>54</sup> En Mendoza no interviene el M. Fiscal, por las razones indicadas en la nota 45.

der de quince días, y se citará a las partes a una audiencia para que oral y brevemente hagan su defensa, debiendo labrarse el acta sucintamente (artículo 377). La resolución judicial deberá dictarse en el plazo de cinco días, desde que se evacuaron las vistas o se realizó la audiencia antes referida.

Sin embargo, el juez podrá diferir la consideración del asunto para el juicio,<sup>55</sup> si el trámite previsto retardare la clausura de la instrucción (artículo 80).

En este caso excepcional, la incidencia deberá ser resuelta por el tribunal de juicio en la fase preliminar al debate. No se basa esta conclusión tan solo en la letra del artículo 80 (que autoriza a diferir el incidente para que sea considerado en el "juicio", del cual forman parte los actos preliminares al debate), sino en la última parte del artículo 81: si tanto la aceptación como el rechazo del actor civil pueden ser reproducidos en el juicio, en la oportunidad prevista por el artículo 404, "cuando fueren resueltos por el Juez de Instrucción", es evidente que el precepto admite, implícitamente, que la incidencia puede ser resuelta por el tribunal de sentencia (desde luego, en la fase preliminar), caso en que no es posible reproducir el incidente en el debate.

La ley concede la posibilidad de esta reproducción, porque la resolución del juez es inapelable. Diversa es la solución en el Código de Mendoza.<sup>56</sup>

*b) En el debate 1.* La oposición podrá deducirse originariamente en el debate, como una cuestión preliminar, en dos casos: cuando se haya procedido con instrucción o información sumaria, o cuando durante la instrucción formal no se haya pedido la participación del actor civil. En el primer supuesto, la instancia de constitución deberá formularse ante el tribunal de juicio (Córdoba, artículo 76, segunda parte) o ante el agente fiscal (Mendoza, artículo 77); en el segundo, se supone que la instancia se ha formulado después de la clausura de la instrucción y antes del decreto de citación a juicio (Córdoba artículo 76).

2. Podrá plantearse el incidente inmediatamente después de abierto por primera vez el debate (artículo 82 y 404), de modo que —como éste queda abierto con la lectura del requerimiento fiscal de elevación a juicio o, si existe, del auto de remisión (artículo 402)— la oposición podrá deducirse, bajo pena de caducidad, después de esa lectura y antes de que comience a cumplirse el acto subsiguiente.

Vencido ese término útil (perentorio y subordinado), la oposición no

<sup>55</sup> Con el propósito de que el asunto no perturbe el debate, el C. de Mendoza (art. 81) dispone que la incidencia puede ser diferida para la etapa preliminar del juicio.

<sup>56</sup> He dado en el Código de Mendoza (arts. 81 y 83) una solución distinta (apelabilidad del auto dictado por el Juez e irreproducibilidad del incidente) porque estimo que es mejor permitir la solución definitiva de un problema secundario en la instrucción, para que el debate se circunscriba al objeto principal del proceso, con beneficio para todos, incluso los testigos.

podrá ser deducida nunca más, incluso en caso de que el debate sea anulado por el tribunal de casación. La caducidad es insubsanable.

3. El incidente se sustancia y resuelve como todas las cuestiones preliminares al debate. El tribunal puede postergar su decisión hasta la sentencia (artículo 426) "cuando ello convenga al orden del proceso" (artículo 405). La ley acuerda una facultad amplia, que permite consultar cualquier motivo de conveniencia.

4. Cuando la oposición planteada en la instrucción formal hubiera sido resuelta por el juez —como se ha dicho— el incidente de aceptación o de rechazo podrá reproducirse en el debate por la parte que la hubiese deducido y con los mismos motivos alegados. Se trata de una *reproducción*; no de un incidente nuevo.<sup>57</sup>

5. Contra la resolución judicial que rechaza la constitución del actor civil, admitiendo así el fundamento de la oposición, no hay recurso alguno,<sup>58</sup> tanto porque el recurrente habría dejado de ser parte en la causa, como porque aquélla no implica un pronunciamiento sobre el derecho rescabatorio afirmado ni impide que la acción se ejerza ulteriormente ante la jurisdicción civil (artículo 85).

Tal carácter resulta también de considerar que las resoluciones son recurribles sólo cuando la ley expresamente lo establece (artículo 475), y que, si no se trata de un caso especialmente previsto, sólo pueden recurrirse en casación los "autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen" (artículo 494). Este precepto se refiere a la acción penal; pero si se lo quisiera aplicar también a la civil, tampoco se pone fin a ésta, desde que podrá ser ejercida después en el fuero civil.

No obsta a esta conclusión lo dispuesto por el artículo 482, especialmente destinado a evitar toda interrupción del procedimiento definitivo. Los recursos que allí se prevén están condicionados a la idea fundamental de que ellos corresponden a las partes (artículo 475), fuera de las limitaciones que derivan de su naturaleza. Por ejemplo, no cabe la reposición contra un auto dictado con sustanciación (artículo 483), ni el de casación procede por motivos distintos a los que consigna el artículo 483.

Tampoco puede triunfar otro criterio porque la resolución que rechaza al actor civil, que lo excluye del proceso, haya sido diferida para la sentencia. La postergación eventual del pronunciamiento sobre una cuestión incidental no cambia la naturaleza de ésta ni aquél se torna por ello recurrible. Sólo resuelve (en un sistema de instancia única) que el accionante

<sup>57</sup> No puede admitirse que si el Juez de Instrucción hubiese rechazado la intervención del actor civil, "los derechos de éste quedarán *en suspenso* hasta la oportunidad del art. 404" (Núñez, *Op. cit.*, p. 127). En tal hipótesis, sencillamente, el pretendiente no ha adquirido la condición de parte.

<sup>58</sup> *Cfr.* Manzini, *Op. cit.*, *supra*, nota 35, II, p. 479, cuya opinión se basa en el art. 190 del código italiano, similar a nuestro art. 475; Leone, *Op. cit.*, *supra*, nota 21, p. 511. No procede reposición porque no se trata de un auto dictado sin sustanciación (art. 483); en contra Núñez, *Op. cit.*, p. 125.

no tiene derecho de intervenir en un proceso penal concreto, sin negarse fundamento a su pretensión resarcitoria.

Si el tribunal admite la constitución del actor civil que se ha cuestionado y además condena en la sentencia a la indemnización del daño, entonces la situación es muy distinta: si el recurso de casación procede contra la sentencia, el condenado podrá impugnarla, para demostrar el error en la aplicación de la ley civil o la inobservancia de normas procesales prescriptas bajo pena de nulidad o inadmisibilidad; y la impugnación del auto es factible si tiene relevancia o ha influido en el pronunciamiento sobre fondo.

### C. Caducidad

La ley reafirma expresamente un concepto que deriva de las disposiciones antes examinadas: si no se deduce oposición en las oportunidades fijadas por los artículos 79 y 82, la constitución del actor civil será definitiva, sin perjuicio de la facultad que confiere al tribunal el artículo 84, para excluirlo de oficio (artículo 83); es decir, el derecho de oposición caduca si no se lo ejerce tempestivamente.

Está claro que esta previsión sólo significa la imposibilidad de plantear el incidente de exclusión fuera de esas oportunidades, y no la de discutir oportunamente la existencia del derecho resarcitorio.

La caducidad del derecho de oposición determina, por cierto, la inadmisibilidad del incidente.

### 7. Exclusión de oficio

a) Además de conceder a los demandados el poder de oponerse a la intervención del actor civil, la ley confiere al tribunal la potestad de excluirlo de oficio, por su propia iniciativa, toda vez que esa intervención sea manifiestamente ilegal, vale decir, cuando sea patente que la instancia carece de fundamento por razones de carácter sustancial o procesal, o cuando se la ha formulado irregularmente (artículo 84).

Resulta así el juez un guardián activo del proceso penal, en cuanto se lo autoriza a impedir que en él se ejerza indebidamente una acción civil (accessoria) que podría obstaculizar el ejercicio regular de la acción penal (principal): cuida el juez de su competencia, para que no se la dilate sin fundamento aparente con instancias de orden civil, y cuida también la observancia de las condiciones formales en que la constitución del actor civil debe efectuarse, a fin de asegurar la defensa adecuada de los demandados.

b) Precisamente por la finalidad de esta institución —que deja intacto el derecho de provocar el ejercicio de la jurisdicción civil— esta potestad jurisdiccional debe interpretarse en sentido amplio, tanto para establecer el fundamento que justifica la exclusión del actor civil, como para determinar la oportunidad en que esa potestad puede ser ejercida.

En primer término, es indudable que la exclusión puede fundarse en la

falta de motivos eficientes para justificar la constitución del actor civil (antes examinados), siempre que la pretendida intervención sea, como se ha dicho, *manifiestamente* contraria al derecho sustantivo o al procesal.

Por otra parte, excluir significa *impedir* que se constituya en parte quien no tiene derecho para intervenir en el proceso, o sea, rechazar *in limine* la instancia de constitución, sin trámite alguno, o *alejar* a quien ya ha sido admitido sin razón, incluso si no ingresó en las condiciones de tiempo y forma que la ley prescribe.

c) El poder de exclusión corresponde al tribunal (*lato sensu*), sea unipersonal (juez de instrucción o correccional) o colegiado (Cámara de Juicio). Desde luego, no tan solo al presidente de la Cámara.

d) Podrá excluirse de oficio al actor civil "en cualquier estado del proceso",<sup>59</sup> debiendo entenderse que la ley se refiere a la instrucción formal y al juicio plenario, de manera que la exclusión podría operarse hasta en la sentencia; pero la ley no se refiere a la etapa eventual que puede provocarse por los recursos de casación o de inconstitucionalidad; la competencia funcional del Superior Tribunal está limitada por los puntos de la decisión a que se refieren los agravios (artículo 476), estándole vedado el conocimiento de otras cuestiones.

Sin embargo, la facultad en examen no podrá ejercerse cuando la participación del actor civil haya sido concedida al resolverse un incidente de oposición. En este caso, realmente, esa participación es definitiva, lo que tampoco implica un prejuzgamiento acerca del derecho a obtener la restitución o el resarcimiento.

e) La resolución del juez de instrucción, según el Código de Córdoba, es irrecurrible; pero la instancia rechazada puede ser reproducida en el debate, en la oportunidad establecida por el artículo 404 (interpretación extensiva de los artículos 80 y 81, desde que, sea provocada por una oposición, sea de oficio, siempre se trata de una exclusión).

En cuanto a los recursos contra la resolución de la Cámara, son igualmente aplicables las consideraciones referentes a la oposición.

## 8. Desistimiento

### A. Concepto

La exclusión del actor civil puede producirse también a consecuencia de su propia conducta procesal, de su desistimiento, es decir, de una *declaración de voluntad mediante la que revoca su instancia de constitución, abandonando la posición de sujeto de la relación procesal y renunciando a la pretensión deducida*.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Según el C. de Mendoza (art. 84), la exclusión solamente puede llevarse a cabo durante la instrucción formal o en la fase preliminar del juicio.

<sup>60</sup> En la doctrina procesal civil se distingue claramente, no obstante la diversidad de fórmulas, el desistimiento de los actos del juicio, o de la instancia, o de la acción (en sentido formal), del desistimiento de la acción o de la pretensión (en

En nuestro sistema —donde produce un efecto de derecho sustantivo— el desistimiento constituye un negocio jurídico unilateral, pues su existencia depende por completo de la voluntad de quien desiste y no del demandado. Como importa la renuncia del pretendido derecho o de la pretensión jurídica —de suerte que ésta no puede hacerse valer ulteriormente, en el mismo proceso penal ni en otro civil— el demandado carece de interés para oponerse al puro y simple abandono.<sup>61</sup>

### B. Capacidad

La capacidad para desistir es la misma que se requiere para constituirse en actor civil; mas dado el valor del desistimiento, cabe advertir: que los padres no pueden desistir de la pretensión reparatoria que hubieren deducido a favor de sus hijos, a menos que fueren autorizados por el juez (Código Civil, artículo 297); que el tutor y el curador tampoco pueden hacerlo (*idem*, artículos 450, inciso 6º, y 475), salvo que el desistimiento fuera consecuencia de una transacción; y que el representante voluntario sólo puede desistir con poder que especialmente lo autorice.<sup>62</sup>

sentido material) o renuncia del derecho pretendido: *Cfr.* Chioyenda, *Instituciones*, pp. 67 y 320; Carnelutti, *Sistema*, núm. 56; Guasp J., *Comentarios a la ley de enf. civil* 2ª ed., Madrid, 1948, I, p. 158; Goldschmidt, *D. P. Civil*, trad. Prieto Castro, p. 377; Schönke A., *D. P. Civil*, (trad.) Barcelona, 1950, p. 250; Alsina, *Op. cit.*, *infra*, nota 61, p. 483; Sentís Melendo S., *El proceso civil*, Buenos Aires, 1957, p. 314. Esa diversidad es una consecuencia, naturalmente, del distinto concepto que se tiene de la acción o de la pretensión. Esta distinción puede hacerse también entre nosotros; pero carece de importancia práctica por el valor que tiene el desistimiento, que no puede ser meramente formal con reserva del derecho resarcitorio.

<sup>61</sup> No ocurre así cuando la acción resarcitoria se ejerce ante la jurisdicción civil: el desistimiento a la acción procesal, será válido siempre que se efectúe antes de que el demandado haya contestado la demanda o, si hubo contestación, cuando el demandado preste conformidad. Se piensa que después de la contestación “es indispensable la conformidad del demandado, en razón de que, pudiendo el actor renovar su demanda en otro juicio, podría encontrarse aquél en situación desventajosa para la defensa de sus derechos. El demandado tiene por ello la facultad de oponerse al desistimiento del actor cuando se refiere sólo a la acción, y éste pretenda reservarse el derecho de reproducir su demanda”. (Alsina, *Tratado*, 2ª ed., IV, p. 491). Como se advierte, se tiene principalmente en cuenta la situación del particular, el interés privado. A éste responde la concepción tradicional, que hace del Estado un servidor incondicional del individuo. En consecuencia, sólo así será posible que el titular de la acción resarcitoria abandone la jurisdicción civil cuyo ejercicio provocó, para asumir en el proceso penal la condición de actor civil.

Si el actor de un juicio civil, en cambio, renuncia a la pretensión resarcitoria sin retractarse antes de que el demandado la acepte (C.C., art. 868), entonces ya no podrá constituirse en actor civil en el proceso penal por haberse extinguido aquélla, es decir, la obligación de indemnizar.

<sup>62</sup> Véase Alsina, *op. cit.*, *supra*, nota 61, IV, p. 495.

### C. Efecto sustancial

El titular de la acción resarcitoria, como sabemos, puede promoverla ante la jurisdicción penal o la civil. El Estado le concede la facultad de optar por la vía que estime más conveniente. Pero si elige la primera, entonces rige el antiguo principio de que *electa una via non datur recursus ad alteram*. No puede el accionante desistir tan solo de la acción procesal y reservarse el derecho de dirigirse posteriormente a la jurisdicción civil. Su desistimiento implica la renuncia del derecho que pretendió, que afirmó tener, vale decir, de la pretensión privada, y por ende, su extinción.

Para consagrar este sistema, nuestras leyes usan distintas fórmulas: los Códigos de Córdoba (artículo 87), S. del Estero (artículo 56). La Rioja (artículo 89), Jujuy (artículo 90), Mendoza (artículo 87), Catamarca (artículo 65) y Salta (artículo 86), prescriben que "el desistimiento importa renuncia de la acción civil" acordándole a ésta un valor de derecho sustantivo, mientras que el de San Juan (artículo 90), lo mismo que mi proyecto para la Justicia Nacional (artículo 93), establecen que "el desistimiento importa renuncia del pretendido derecho resarcitorio", ajustándose así a la terminología que hoy considero más correcta.

En otros sistemas legislativos se consulta más el interés individual que el colectivo, admitiéndose que el damnificado abandone la vía penal y se reserve el poder de acudir a la civil, porque se considera que la primera es *más gravosa para el imputado* que la segunda. La doctrina francesa, no específica, pero la jurisprudencia se inclina por la tesis de que la máxima *electa una via* no se opone a que la víctima renuncie al procedimiento comenzando ante la jurisdicción represiva para ejercer la acción reparatoria ante la jurisdicción civil.<sup>63</sup>

<sup>63</sup> La regla *electa una via non datur recursus ad alteram* fue afirmada en Francia por los comentaristas del Digesto, entre los que imperaba el criterio de que, al optar el perjudicado por una de las dos acciones que se le conferían, debe entenderse que renuncia a las otras. Barris sostuvo que si la parte civil podía usar a su elección la vía civil o la criminal, no es admisible que cambie de opinión después de su demanda, de modo que "al tomar una de las dos vías se ha cerrado la otra sin retorno". Acepta este criterio Mangin M., *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, Paris, 1876, I, p. 48, advirtiendo que si el damnificado no participa del ejercicio de la acción pública sino tan solo a los fines civiles, no se percibe *la ventaja* que el prevenido puede recibir del desistimiento del actor civil cuando éste puede repetir su acción ante el tribunal civil. Así contesta a Helie, *Traité*, II, pp. 59 y ss., quien defiende la solución contraria de la nueva jurisprudencia. Estima Helie que este principio "está fundado en la humanidad y en la justicia", de modo que solamente rige cuando la acción resarcitoria ha sido iniciada ante la jurisdicción civil, y no puede ser admitido cuando el damnificado ha elegido la penal. Merlin, en cuya opinión reposa la tesis de Helie, afirma un criterio individualista: "Hay leyes —escribió— que al dar al demandante la elección entre dos acciones, le prohíben pasar en la acción más favorable al demandado a aquella que lo es menos; pero estas leyes no se aplican al caso en que el demandante pasa de la acción más rigurosa a la más favorable". "Como me es permitido renunciar a mi propia ventaja, decía Merlin (citado también por Mangin, *op. cit.*, I, p. 48) y mi adversario no podría quejarse de que no use contra él todo el rigor de mi derecho, yo puedo,

La cuestión no debe plantearse en un plano individualista para resolver si el ejercicio de la acción ante la jurisdicción penal es más o menos gravoso para el imputado, que el ejercicio ante la jurisdicción civil. El problema que se suscita es de derecho público, puesto que atañe a la actividad jurisdiccional del Estado.

Es indiferente que el presunto damnificado provoque el ejercicio de una función pública (la jurisdiccional) ante el juez penal o el civil (principio de unidad de la jurisdicción: en ambos casos se ocurre al Estado), mediante el ejercicio de un derecho subjetivo público (la acción civil). Luego, se debe pensar, únicamente, que el interés individual resulta protegido en cuanto el accionante tiene también la facultad de elegir el camino que estime más conveniente para la satisfacción de su pretendido derecho; y que una vez hecha esa elección, no cabe acordarle también la facultad de abandonar una instancia —cuando cree que corre el peligro de fracasar— para acudir después, eventualmente, a la otra. La posibilidad de que se reserve el derecho de hacer valer nuevamente su pretensión, implica poner al Estado, más que al servicio, al antojo interesado del individuo.

Señalado así el valor del desistimiento, cabe observar que una vez admitido aquél por el juez penal, éste no podrá decidir acerca de la indemnización que demandara el actor civil. De lo contrario, se pronunciaría de oficio, en contra del principio de inviolabilidad de la defensa.<sup>64</sup>

Además, es evidente que en caso, de pluralidad de actores civiles, el desistimiento de uno de ellos no podrá perjudicar a los otros.

#### D. *Especies*

El desistimiento puede ser *expreso* o *tácito* (Córdoba, artículo 86), según la forma como se manifiesta la voluntad del actor civil.

después de haber presentado querrela por un delito que me ha causado un daño y antes de que se haya estatuido, renunciar a la vía criminal y tomar la civil". A mi criterio, la tesis de Merlin y Helie es inadmisibile, no tan solo por el motivo que señala Mangin (el ofendido no es ya titular de la acción penal, y no puede decirse que sea más gravosa para el imputado el ejercicio de la acción resarcitoria en sede penal que en la civil), sino también, y sobre todo, porque tiene en cuenta el interés individual (entendido exageradamente). Se trata de un problema jurisdiccional, que debe resolverse en atención al interés público. Puede verse también Garraud, *op. cit.*, *supra*, nota 15, pp. 436-443.

Un antecedente valioso de nuestro sistema se encuentra en el Proyecto de C. de P. Penal italiano de Finocchiaro — Aprile (1905), cuyo art. 68 establece que si la parte civil revocare la constitución, "no tiene derecho de ejercitar la acción civil ni de repetir los gastos hechos". En la erudita y brillante exposición de motivos de este proyecto, su autor escribe: La parte civil, "interviniendo en el procedimiento penal, ha usado de una facultad; desistiendo hace uso de un derecho suyo. Mas el desistimiento debe equivaler al abandono del derecho, no pudiéndose admitir que la p.c. prive a su adversario del beneficio de la decisión del juez penal, salvo para renovar *la misma acción* (!) ante una magistratura de la cual espera una decisión más favorable". (Ver Stoppato, *op. cit.*, *supra*, nota 35, II, p. 69).

<sup>64</sup> *Cfr.*, mis *Estudios*, II, p. 124.



a) El *desistimiento expreso* es la declaración escrita u oral —según el momento en que se produce— que el actor civil podrá hacer en cualquier estado (*lato sensu*) del proceso: durante la instrucción, incluso cuando se tramita ante la Cámara un recurso de apelación; en la etapa preliminar del juicio; durante el debate, hasta su clausura; mientras se sustancian los recursos de casación o inconstitucionalidad, ante el Tribunal Superior, hasta la audiencia destinada a dictar sentencia.

La ley no determina la forma del acto procesal ni supedita su validez a la notificación de las partes: basta que se trate de una clara manifestación de voluntad hecha ante el órgano jurisdiccional actuante.

b) El *desistimiento tácito* (o presunto) se produce en virtud de una conducta procesal que permite presumir, claramente, el abandono de la acción civil:

1º, cuando el actor civil, regularmente citado, no comparece al debate o no presenta conclusiones.

La citación no existe cuando no se efectúa en el domicilio fijado por aquél a los fines de las notificaciones, ni cabe computar una citación nula (Córdoba, artículos 152 y 153) salvo que la nulidad haya quedado subsanada (Córdoba, artículo 176).

Como el debate está integrado por una serie de actos, que se cumplen en una o varias audiencias sucesivas, el desistimiento tácito no se produce sólo cuando el actor civil no comparece a la audiencia en que se abre por primera vez el debate, sino cuando no lo hace hasta el momento en que debe emitir sus conclusiones, siempre que tampoco las haya presentado por escrito (Córdoba, artículo 422). La norma debe ser interpretada restrictivamente.<sup>65</sup> Es distinta a la del Código de Mendoza (artículo 86, 2ª parte).

2º, cuando el actor civil —después de haber concurrido al debate— se aleja de él sin formular sus conclusiones en la oportunidad que la ley señala (artículo 422), de modo que, si el debate se realiza en varias audiencias, el actor civil puede no concurrir a alguna de ellas sin que se considere que desiste.

Estos son —como bien dice Núñez— los únicos actos que permiten presumir la intención de desistir de la acción. La ley debe interpretarse restrictivamente y tiene carácter taxativo, según expresa Manzini,<sup>66</sup> porque se trata de una norma que restringe el ejercicio de un derecho.

<sup>65</sup> A pesar de admitir, correctamente, que la disposición legal que consagra el desistimiento tácito debe ser interpretada restrictivamente, Núñez, *op. cit., supra*, nota 33, p. 137 y Clara Olmedo (*Tratado de D.P. Penal*, II, p. 480) piensan que aquél se produce si el actor civil no está presente “en el momento de la apertura del debate”. Pero la ley no menciona ese acto inicial sino *el debate*, y éste se integra con una serie de actos, que se cumplen desde la apertura hasta la clausura. No parece que ésta sea una interpretación restrictiva, como la que aconseja el valor sustancial del desistimiento. Esta opinión me indujo a modificar el C. de Mendoza.

<sup>66</sup> Manzini, *op. cit., supra*, nota 35, II, p. 491.

### E. *Efectos procesales*

El desistimiento del actor civil produce diversos efectos:

1º En cuanto es una revocación de la instancia de constitución, quien desiste pierde definitivamente la condición de sujeto procesal, de tal modo que no puede adquirirla nuevamente en el proceso. Se trata de una preclusión, en sentido estricto: la instancia ulterior sería incompatible con su propia conducta procesal anterior.

2º Determina igualmente la caducidad de la intervención del demandado como responsable civil (Córdoba, artículo 95), tanto si ella se hubiera producido por citación, como si hubiese sido voluntaria.

Se entiende, claro está, que el demandado civil resulta excluido del proceso sólo con respecto al actor civil que desistió; de suerte que si continúan actuando otros actores civiles que dirijan su pretensión resarcitoria contra el mismo demandado, "éste conserva su calidad" de sujeto procesal con relación a ellos.

3º El actor civil que desiste queda obligado a los *gastos* y *costas* que haya ocasionado con su intervención (Córdoba, artículo 86); es decir, aquellos que los demandados efectuaron a causa de esa intervención, y ninguno posterior a la notificación del desistimiento.

## 9. *Poderes*

### A. *En general*

Desde que el accionante se constituye en actor civil, planteando un objeto accesorio de la relación procesal penal,<sup>67</sup> con su condición de parte adquiere el *derecho de defensa en juicio* que consagra la Constitución Nacional (artículo 18), en los límites que establece la ley procesal reglamentaria de esa cláusula.<sup>68</sup> Con referencia a una determinada *causa civil*,<sup>69</sup> que se plantea accesoriamente a la *causa penal*, el nuevo sujeto de la relación tiene el *derecho de poner en evidencia el fundamento de la pretensión resarcitoria* que se le permite deducir.

<sup>67</sup> Cuando en el proceso penal se ejerce la acción reparatoria, la relación tiene, además de un objeto o tema principal, otro accesorio. La representación conceptual del hecho delictuoso que se presupone cometido, la hipótesis que el actor plantea entonces como violatoria del derecho civil, dilata el ámbito jurisdiccional, la competencia del juez penal. *Cfr.*, mis *Estudios*, II, p. 62.

<sup>68</sup> Sobre el principio de inviolabilidad de la defensa en juicio, con especial referencia al imputado, véase mis *Estudios*, II, p. 92. La posibilidad de reglamentar el precepto constitucional —a condición de que el derecho no sea alterado en su propia esencia— surge de otra norma de la misma Carta (art. 28).

<sup>69</sup> "Causa" en el sentido de "asunto de la vida" que se considera desde el punto de vista del derecho civil, y no de "proceso". Este es un tipo legal, un instrumento jurídico que la ley define en abstracto, como una sucesión de actos que se cumple para decidir la causa mediante la actuación concreta de la ley sustantiva. *Cfr.* Beling, *P.D. Penal*, p. 79.

Este derecho se traduce en una serie de poderes jurídico-procesales que atañen a la *intervención, asistencia técnica, actividad probatoria y alegación* del actor civil, los cuales tienden a hacer factible el ejercicio de la acción resarcitoria.<sup>70</sup>

Todos estos poderes —a veces derechos subjetivos procesales, y en otros casos, meras facultades— deben referirse, pues, a los intereses de derecho privado que el actor civil puede defender en el proceso penal. Su discriminación ofrece dificultades, naturalmente, debido a la conexión material que existe entre las acciones penal y civil (ambas inciden sobre un *mismo hecho*), y si no es posible convertir al actor civil en acusador particular —dando razón a quienes han criticado la institución del primero— tampoco es correcto impedirle —por exagerados temores— una defensa adecuada de sus legítimos intereses.

a) *Al derecho de intervenir* en el proceso, que tiene el actor civil desde su constitución (y que no debe confundirse con los otros poderes), corresponde el deber del tribunal de hacerlo notificar de todas las resoluciones que puedan afectar sus intereses, a fin de que pueda hacer valer su pretensión en las condiciones de tiempo y forma que la ley establece. Especialmente, debe ser *citado* (convocado) a juicio (Córdoba, artículo 382) y al *debate* (Córdoba artículo 386).

Aunque sus poderes estén limitados, no debe olvidarse que el actor civil es parte en todo el curso del proceso, sin necesidad de ninguna declaración ulterior a su constitución, de suerte que, aun cuando no tenga derecho de recurrir alguna resolución jurisdiccional, se le debe reconocer el derecho de intervenir en las eventuales etapas impugnativas que provoquen el Ministerio Público o las otras partes, siempre que la decisión afecte sus intereses.

b) La ley asegura también una posible *asistencia técnica* del actor civil, cuando le permite que actúe personalmente o por mandatario especial, si bien le impone el patrocinio letrado siempre que el mandatario sea procurador (Córdoba, artículo 106).

c) Para discriminar ahora los poderes referentes a la *actividad probatoria* y de *alegación* que al actor civil corresponden —tanto para determinar su verdadero alcance como para ahuyentar dudas o argumentos contrarios a la institución—<sup>71</sup> conviene proceder positiva y negativamente.

<sup>70</sup> La acción procesal (la insistencia parece excusable) es un poder jurídico que acuerdan el derecho constitucional y el procesal (no el derecho sustantivo, penal o civil). El primero instituye el órgano jurisdiccional, ante el cual debe reclamarse la actuación concreta del derecho material, e implícitamente, prohíbe la autodefensa; el segundo establece las reglas de competencia y disciplina el proceso como instrumento de administrar justicia. La acción procesal se dirige hacia ese órgano del Estado, y siempre es un poder de reclamar la actuación del derecho; pero se la distingue por su contenido sustancial, por la pretensión que mediante ella se hace valer, en penal, civil, contencioso-administrativa.

<sup>71</sup> Florian E., *Diritto Proc. Penale*, Torino, 1939, p. 259, piensa que la parte civil debe ser eliminada del proceso penal; pero sus argumentos tienden a demostrar, sobre todo, que en la práctica no se distingue con precisión la relación jurídica penal de

Desde un punto de vista positivo —no obstante las diversas fórmulas legales—<sup>72</sup> basta recordar el contenido sustancial de la acción en examen, o sea, el ámbito de la pretensión que el actor civil puede deducir en el proceso: en virtud de un principio general (Córdoba, artículo 14), sólo puede demandar la restitución del objeto que hubiera sido materia del delito, la indemnización del daño material o la reparación del agravio moral.<sup>73</sup>

Este contenido sustancial de la acción civil y las previsiones legales específicas demuestran que, en general, el actor civil tiene derecho de acreditar todos los hechos que fundamentan su pretensión. Especialmente, puede probar y alegar: la *existencia material del hecho ilícito* que constituye el objeto procesal, aunque deba considerarlo desde el punto de vista del derecho civil; la *participación del imputado* a quien demanda, puesto que de ella surge la responsabilidad civil que atribuye; que *ese hecho constituye un delito penal*, desde que en esa ilicitud descansa su derecho resarcitorio; la *culpabilidad* de su demandado, haya precedido dolosa o culposamente; el *daño* que pretende haber sufrido como consecuencia del hecho delictuoso, sea material o moral; y en caso de que intervenga el supuesto responsable civil, también el *vínculo de dependencia* entre éste y el imputado.

Desde un punto de vista negativo —útil para trazar la órbita de estas atribuciones— se advierte que el actor civil no tiene poder alguno que implique el ejercicio (*lato sensu*) de la acción penal, puesto que ésta corresponde exclusivamente al Ministerio Público (Córdoba, artículo 5), seguido por la mayoría de los códigos modernos.<sup>74</sup>

Por lo tanto, el actor civil no puede pedir la aplicación de una pena o de una medida de seguridad, ni puede probar ninguna circunstancia agravante o propugnar una calificación jurídico-penal que sólo tienda a agravar

la civil, de suerte que el actor civil se convierte en un aliado del Ministerio Público. “Esta cotidiana degeneración —escribe— denuncia los vicios orgánicos de la institución”. Se coloca así en el polo opuesto de quienes propugnan el establecimiento del acusador particular.

<sup>72</sup> El C. de Córdoba (art. 77), seguido por los de S. del Estero (art. 47) y La Rioja (art. 77), establece que “la parte civil tendrá en el proceso la intervención necesaria para acreditar el hecho y los daños y perjuicios, y reclamar las restituciones, reparaciones e indemnizaciones correspondientes”. Como se suscitaban algunas dudas sobre el alcance de esta disposición y parece redundante la última parte, ante lo previsto por el art. 14, modifiqué la fórmula: El C. de Mendoza (art. 78), seguido por los de Catamarca (art. 58) y Salta (art. 77), prescribe que “El actor civil podrá actuar en el proceso para acreditar la *existencia del hecho, el daño* que pretenda haber sufrido y la *responsabilidad civil* del imputado y del tercero que intervenga”. En el C. de San Juan (art. 87), lo mismo que en mi proyecto para la Justicia Nacional (art. 90), comprendo a los dos sujetos pasivos de la acción con la expresión “*del demandado*”.

<sup>73</sup> De este contenido me ocupé al estudiar la acción resarcitoria, en el trabajo citado en la nota 10.

<sup>74</sup> El C. de La Rioja (única excepción) admite el querellante particular (arts. 10 y 74), adoptando el sistema del C. Nacional de los otros que lo siguen; pero la segunda disposición es contradictoria cuando prohíbe que el querellante pueda solicitar pena.

la responsabilidad penal de su demandado, sin relevancia alguna para demostrar el daño resarcible,<sup>75</sup> ni reclamar la prisión preventiva del imputado ni oponerse a la excarcelación; pero bien puede probar y alegar que su pretensión se basa en un delito penal, sin que medien circunstancias excluyentes o atenuantes de la responsabilidad civil que atribuye.<sup>76</sup>

En definitiva, será legítima la actividad probatoria y de alegación del actor civil siempre que ellas se refieran a los extremos indicados y se limiten "a los puntos concernientes a la responsabilidad civil". He aquí la fórmula legal (Córdoba, artículo 422) sobre el alegato.<sup>77</sup>

Podría decirse, pues, que el actor civil tiene en el proceso penal los mismos poderes que tendría el damnificado en la jurisdicción civil, si acudiera a ésta en demanda de justicia.

### B. *En particular*

Para integrar este cuadro, mas sin profundizar un examen que nos conduciría a otros temas, cabe indicar ahora los poderes que el actor civil tiene en el curso del proceso penal.

a) *Durante la instrucción formal* puede: exigir que se notifique a quienes corresponda el decreto que admite su constitución (Córdoba, artículo 78), y las demás resoluciones que le interesan (artículo 142); pedir la citación de la persona a quien demande como civilmente responsable u oponerse a su intervención voluntaria (artículo 91 y 96); promover cuestión de competencia (artículo 44); recusar con causa al juez (artículo 54); exigir que éste dicte en término las resoluciones que le interesen, o en caso contrario, interponer queja por retardada justicia (artículos 123, 124 y 125); deducir toda nulidad absoluta y aquellas relativas en que tenga interés (artículo 174); proponer diligencias de prueba, y en caso de que el juez no las ordenare, pedir que se deje constancia de ello (artículo 211); examinar las actuaciones del sumario después de la indagatoria, salvo que el juez hubiere dispuesto el secreto total (por un término máximo de diez días) o parcial del sumario (artículo 213); proponer un perito a su costa

<sup>75</sup> Por ejemplo, no puede probar y sostener que el hurto atribuido al imputado se cometió con ganza o llave falsa, siendo por ello aplicable el art. 163 y no el 162 del C. Penal, a no ser que por tal circunstancia se hubiera falseado la cerradura de su puerta y se hubiese visto obligado a incurrir en gastos que constituyen un daño material; ni puede probar y alegar que funda su pretensión en un delito de robo y no simplemente en hurto, a menos que por la fuerza ejercida en cosas de su dominio o por la violencia en su persona haya sufrido un daño cuya indemnización demanda.

<sup>76</sup> En un proceso de homicidio, v. gr., puede acreditar que no ha mediado agresión ilegítima ni provocación de la víctima. En el primer caso, si concurriera una causa de justificación (legítima defensa), la responsabilidad civil del imputado quedaría excluida. En el segundo caso, por aplicación del principio sobre concurrencia de culpas, podría verse disminuido el monto de la indemnización.

<sup>77</sup> Una expresión semejante se encuentra en materia de recursos (Córd., art. 499; Mendoza, art. 481).

(artículo 273); interponer las excepciones que le competan (artículo 372), y apelar de las resoluciones contrarias (artículo 381).

Además, el defensor (no la parte) puede asistir a los actos irreproducibles (artículos 214 y 215).

Si aplicamos ahora el principio general antes recordado resulta que el actor civil no puede: apelar de la resolución jurisdiccional que rechaza la *denuncia* (Córdoba, artículo 187, con exclusión implícita), desde que mediante ella se intenta provocar el inicio de la acción penal; ni del *auto de procesamiento*, si discrepa con la calificación del hecho atribuido (no obstante la fórmula deficiente del artículo 343); ni del *auto de falta de mérito* (artículo 344, donde el derecho de apelar es atribuido expresamente sólo al Ministerio Público); ni del *auto de excarcelación* (Córdoba, artículo 357, y más precisamente, Mendoza, artículo 331); ni del *auto de sobreseimiento*, si hacemos prevalecer la interpretación sistemática sobre la literal.<sup>78</sup>

Como dice Altavilla,<sup>79</sup> “la parte civil no puede influir de ningún modo sobre el ejercicio de la acción penal, ni promoviéndola ni vivificándola con impugnaciones, las que puede producir sólo limitadamente a sus intereses civiles”.

b) *Durante la fase preliminar del juicio*, el actor tiene derecho a ser citado a juicio, y dentro del plazo de diez días a contar de la última notificación del decreto que lo ordena, examinar los autos, documentos y cosas secuestradas, ofrecer pruebas, manifestar que se conforma con la simple lectura de las declaraciones y dictámenes recibidos en el sumario e interponer recusaciones (artículo 382 y 383); a que se le notifique la instrucción suplementaria que la Cámara ordene (artículo 385); a ser citado a debate

<sup>78</sup> El art. 370 del C. de Córdoba prescribe, simplemente, que el auto de sobreseimiento es apelable, sin mencionar quién pueda impugnarlo (con fórmula distinta a la del art. 187 arriba citado), mientras el art. 475 establece que si la ley —al acordar el derecho de recurrir— no distingue entre las diversas partes, ese derecho corresponde a cualquiera de ellas. La interpretación literal conduce a afirmar que el actor civil puede apelar aquella resolución. Así pensé antes de advertir que debemos hacer prevalecer, necesariamente, la interpretación teleológica y la sistemática, si no queremos traicionar el principio básico de que la acción penal es ejercida exclusivamente por el Ministerio Público. Cuando se concede al actor civil el derecho de apelar una decisión que cierra el proceso, que implica una declaración jurisdiccional de que la pretensión represiva carece de fundamento o no es viable —es preciso convenirlo— se le acuerda un poder autónomo de impulsión que tiene la virtud de provocar otro pronunciamiento jurisdiccional del mismo contenido, es decir, un poder propio del actor penal. *Cfr.*, Núñez *op. cit.*, *supra*, nota 33 p. 145, nota 62 Claria Olmedo J. A., *op. cit.*, *supra*, nota 65, p. 492, se pronuncia por una solución intermedia, aparentemente correcta: el actor civil puede apelar el sobreseimiento siempre que hubiere apelado el Agente Fiscal, “sumando su agravio, en cuanto a los intereses civiles, a los penales del acusador público”. Pero si afirmar esa condición significa negar la autonomía del derecho de recurrir, lo cierto es que en esa forma se admite, realmente, la posibilidad de intervenir en el proceso pendiente por obra del actor penal, lo que es una consecuencia de la calidad de parte civil.

<sup>79</sup> Altavilla E., *Manuale di P. Penale* (Napoli, 1935), p. 65.

con un intervalo no menor de diez días (artículo 386), y a solicitar reposición de las resoluciones que afecten sus intereses (artículo 482).

c) *Durante el debate* —al que tiene derecho de asistir o presentar un memorial en el cual concrete su demanda (Córdoba, artículo 422), así como al examen de testigos a domicilio (artículo 412) y a inspecciones oculares (artículo 414)— el actor civil puede plantear cuestiones cuya solución influya, sobre su pretensión (artículo 404), como oponerse a que intervenga el responsable civil (artículo 96 y 82); oportunamente y con la venia del presidente del tribunal, puede formular preguntas a las partes, testigos y peritos que intervengan (artículo 418); proponer nuevas pruebas manifiestamente relevantes (artículo 415); prestar o no consentimiento para que se lean las declaraciones del sumario, cuando los testigos ofrecidos y citados no comparezcan (artículo 420, inciso 1º); intervenir en la discusión final, alegando sobre los puntos concernientes a la responsabilidad civil, si no hubiere presentado el memorial que se debe leer (artículo 422); pedir que en el acta del debate se consignen sus instancias y las menciones que solicite bajo protesta de recurrir en casación, y firmarla (artículo 423); interponer recurso de reposición contra las resoluciones dictadas en el debate (artículo 482).

d) Cuando la acción resarcitoria se ejerce en jurisdicción penal, sometiéndose a ésta quien pretende ser damnificado por el hecho delictuoso, en el proceso se plantea —como se ha dicho— una *causa civil* accesoria a la *causa penal* que constituye su objeto principal. En consecuencia, necesariamente, así dilatado el ámbito de la actividad jurisdiccional, la sentencia del tribunal de juicio —considerada bajo un aspecto sustancial— debe contener una *decisión civil* accesoria pero autónoma de la *decisión penal*. Bajo el aspecto formal, ambas decisiones constituyen dos capítulos distintos, aunque íntimamente vinculados entre sí, del documento sentencial.

Esta distinción es necesaria cuando se procura determinar la órbita del *derecho de recurrir en casación* propio del actor civil, si no se quiere convertir a éste en órgano de la acción penal.

Para ser fiel al sistema que excluye del proceso al acusador particular, nuestra ley establece que el actor civil podrá recurrir de la sentencia en lo concerniente a la acción civil interpuesta (Córdoba, artículo 499),<sup>80</sup> lo cual significa —en otros términos— que sólo podrá impugnar la decisión civil, mientras que la penal quedará firme, sin necesidad de declaración alguna, si no la recurre el Ministerio Público o el imputado (artículo 126).

Dentro de esa esfera, el recurso de casación puede basarse: 1º, en la inobservancia o errónea aplicación de la ley civil que regula el resarcimiento del daño causado por el delito (artículo 493, inciso 1º); 2º, en la inobservancia de formas procesales prescriptas bajo pena de nulidad o inadmisibi-

<sup>80</sup> En el C. de Mendoza (art. 481) esta norma se encuentra entre los principios generales sobre los recursos, lo mismo que en los códigos de La Rioja (art. 477), Catamarca (art. 393), Salta (art. 478) y San Juan (art. 472), y en mi Proyecto para la Justicia Nacional (art. 481).

lidad, siempre que el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si hubiere sido posible, o haya hecho protesta de recurrir en casación (artículo 493, inciso 2º). En este segundo caso, desde que no puede impugnar la sentencia penal, el defecto debe encontrarse en el procedimiento relativo a la acción civil. El recurrente debe tener interés directo en la observancia de la forma omitida.<sup>81</sup>

Si la sentencia penal fuere condenatoria, el actor puede impugnar la decisión jurisdiccional sobre su pretensión resarcitoria, aunque no recurra el Ministerio Público o el imputado. Si fuere absolutoria sólo puede recurrir —dentro de los mismos límites— cuando también recurra el Ministerio Público, dado el carácter accesorio de la acción civil (para que ésta pueda ser ejercida es preciso que la penal esté pendiente),<sup>82</sup> salvo el caso de que aquélla se haya convertido en acción principal.

#### 10. *Sujeciones y deberes*

Como sujeto de la relación procesal, el actor civil está sometido a la potestad jurisdiccional del tribunal actuante (verbigracia, Córdoba, artículo 398, sobre el poder disciplinario durante el debate) y a las normas que regulan el proceso penal; especialmente, a las condiciones de tiempo y forma prescriptos para el ejercicio de los poderes que le competen.

En consecuencia, su actividad está amenazada por sanciones procesales<sup>83</sup> que tienden a asegurar tales condiciones: sus actos serán inadmisibles o nulos, cuando no observen las formalidades prescritas expresamente bajo sanción de inadmisibilidad o nulidad; la inobservancia de un término perentorio determinará la imposibilidad de cumplir un acto por caducidad del derecho no ejercido tempestivamente; y le afectará la preclusión, pri-

<sup>81</sup> Cfr. Núñez R. C., *op. cit.*, *supra*, nota 33, p. 155.

<sup>82</sup> Véase *Introducción*, 3, III, donde se examina el carácter de la acción resarcitoria y la excepción al principio general.

El Tribunal Superior de Córdoba ha tenido oportunidad de afirmar la regla general en varios casos; las resoluciones han sido publicadas en el Boletín Judicial, I, p. 151; II, p. 44; III, p. 463 (aquí se recuerdan anteriores decisiones en igual sentido). Con el mismo criterio se declaró improcedente el recurso de la parte civil contra la sentencia absolutoria dictada en la causa contra c/Benavidez-Homicidio culposo, por auto de fecha 10/X/961.

<sup>83</sup> A nuestro criterio, pueden distinguirse cuatro sanciones procesales, aunque generalmente se confunde la caducidad con la preclusión, o se pretende que estas dos sanciones no son más que formas de la inadmisibilidad. De acuerdo con Sabatini G., *Principi di D. P. Penale Catania*, 1948, I, pp. 224 y ss. y con Pannain R., *Le sanzioni degli atti processuali penali Napoli*, 1933, pp. 166 y 458, creemos que la *inadmisibilidad* es la imposibilidad de que un acto ingrese jurídicamente al proceso a causa de su irregularidad formal; la *nulidad* es la ineficacia de un acto procesal cumplido irregularmente; la *caducidad* es la imposibilidad de cumplir un acto fuera del término perentorio establecido por la ley, por haberse extinguido el derecho de cumplirlo; y la *preclusión*, la imposibilidad legal de cumplir un acto por ser éste incompatible con una situación anterior, generada por actividad o inactividad procesal.



vando a su actividad de eficiencia jurídica, cuando ésta sea incompatible con una conducta procesal anterior.

En algunos casos, además, la ley impone al actor civil cargas y deberes especialmente determinados: si en la fase preliminar del juicio ofrece testigos o peritos nuevos, deberá expresar, bajo pena de inadmisibilidad, los hechos sobre los cuales serán examinados (Córdoba, artículo 383); debe abonar los honorarios del perito o del intérprete nombrado a su pedido (Córdoba, artículos 285 y 287); si los testigos, peritos e intérpretes que hubiera ofrecido no fueran propuestos también por el Ministerio Público, deberá anticipar los gastos para la citación e indemnización de los mismos (Córdoba, artículo 391); y su condición no lo exime del deber de declarar como testigo (Córdoba, artículos 88 y 386), sin perjuicio de la facultad del juez para apreciar el valor de su testimonio (Córdoba, artículo 257).<sup>84</sup>

<sup>84</sup> Así se evita —en razón del interés público por la averiguación de la verdad— que el damnificado eluda el deber de testificar constituyéndose en actor civil, *Cfr.* Conti, Ugo, *Il Codice di proc. penale* Milano, 1937, I, p. 422 (comentario a cargo de Pozzolini A.); Carrara, *Programa*, 3419, critica esta solución con argumentos aparentemente sólidos; pero olvida el interés público superior que la justifica. No puede prescindirse del testimonio del ofendido ni puede otorgársele *a priori* un valor determinado. Este valor es un producto de la conciencia del juzgador.