

*Esta es una copia privada
hecha sólo para fines
educativos.*

PROHIBIDA SU VENTA

Jorge R Moras Mom

La acción civil reparatoria
y el proceso penal

(conforme al C.P.P.N)

Abeledo Perrot

1996

CAPÍTULO I

HECHO Y CONSECUENCIA

SUMARIO: I. Hecho. Concepto. Clases. Consecuencias.- II. Hecho y derecho sustancial.-III. Acción. Concepto. Clasificación: 1) penal; 2) civil.— IV. Principio de independencia de las acciones.- V. Síntesis sinóptica.-

I. HECHO. CONCEPTO. CLASES. CONSECUENCIAS

La modificación del estado anterior de cosas en el mundo exterior es lo que constituye un hecho ¹. Este no es sino el resultado de la aplicación de una fuerza al estado originario que, actuando como causa, genera la consecuencia del nuevo estado (lo que estaba sano, está roto; lo vivo ahora está muerto).

Ese factor determinante se enlaza con su resultado por medio de la red causal, entrando en la relación causa-efecto. Y es este nexo el que determina la atribución del consecuente a su antecedente.

Este último puede ser puesto por la naturaleza (un rayo, un incendio), en cuyo caso, por su origen, el hecho es natural. En cambio si lo fuera por el hombre, actuando en forma consciente y voluntaria, siendo su obra, el hecho es humano.

1 "...Toda relación jurídica reconoce su origen -causa eficiente- en un hecho que le antecede." ... "la índole y la calidad de la relación jurídica depende de la índole y la calidad del hecho que constituye su causa"... "no hay derecho que no provenga de un hecho...". Esta importante trascendencia de los hechos... resulta verificada por el análisis de la norma, que muestra en ella dos partes... La primera... constituida por los hechos previstos por la ley, cuya ocurrencia dará lugar a la consecuencia que la norma impone... La segunda... se refiere a lo que debe suceder, supuesto que los hechos mentados por la ley ocurran en la forma prevista por ella... producido el factum previsto, se seguirá inexorablemente el efecto impuesto por la regla jurídica... Los hechos que interesan al Derecho son aquellos que tienen la virtualidad de causar un efecto jurídico... LLAMBÍAS, Jorge J., Código Civil Anotado - Hechos y Actos Jurídicos - Actos Ilícitos, T. II-B, Abeledo-Perrot, art. 896, pág. 11.

La vida y la marcha del mundo corren sobre los carriles de los hechos, los que de tal suerte devienen, por un lado, en positivos y beneficiosos o, en último término, indiferentes.

Pero en el otro extremo de la escala de valores, en cuanto esos hechos sean nocivos para los bienes de un hombre o de todos, ya en su persona, en sus derechos o facultades, y a en su patrimonio, en forma directa o indirecta, su signo es negativo. Son los hechos dañosos en general.

Estos ofrecen un campo jurídico de repercusión, en cuanto el daño se sumerja en una previsión normativa que lo repudie.

Los naturales están en esa situación toda vez que por previsión, por acuerdo previo contractual o dentro de una política específica de gobierno, se haya asumido enjugar el daño. Pero esta situación es eventual.

En cambio, los hechos humanos dañosos, generados por acción u omisión del hombre, conocida y comprendida por éste en su disvalor y querida en su ejecución o abstención; o, en su caso, operados como derivación causada por una conducta conocida y querida pero imprudente o negligente, se encuentran, todos, de una manera u otra, previstos por la ley en relación al daño que causen. Esa previsión normativa fulmina contra la persona actuante, causa del daño, una reacción que se sintetiza en una sanción. Concepto éste de carácter general.

De esta suerte, el hecho humano dañoso deviene en hecho ilícito². Estos, bajo su común denominador, se polarizan en dos grandes grupos, según su naturaleza, su generalidad o concreta particularidad, ordenamiento legal que los prevé y el tipo particular de sanción imponible.

De esta manera todo hecho humano que cause cualquier daño ("perjuicio" lo rotula el Cód. Civ.), actuando su responsable en forma intencional, sufre como sanción la imposición de la obligación de reparar el perjuicio inferido, ya restituyendo la cosa a su estado anterior y/o indemnizando tanto el daño material como el moral. Esta previsión y este acuñamiento de sanción da origen a lo que se denomina "delito ci-vil"(arts. 1072 y concs., Cód. Civ.).

2 "...Son ilícitos los actos reprobados por la ley; cuando causan daño imputable al agente en razón de su culpa o dolo, originan la obligación de indemnizar al damnificado (conf. arts. 898,1066 y 1067). Por su parte los actos ilícitos se subdividen en delitos y cuasidelitos, según que el autor de ellos haya obrado o no con intención de dañar", LLAMBÍAS, Jorge J., op. cit., art. 896, pág. 14 y art. 1066, págs. 261/262. Delito civil y delito criminal, pág. 263.

El cuadro de lo ilícito dañoso se integra, además de este último, con lo actuado en la misma forma y consecuencia, pero subjetivamente sin intención y sólo por culpa. Surge así el hecho ilícito dañoso que se llama "cuasidelito" (arts. 1109 y concs., Cód. Civ.).

Es la ley civil el campo legal que recepta este tipo de ilicitud y señala la responsabilidad y consecuente sanción, con una extensión muy amplia por cuanto carga al imputado la reparación de los daños y perjuicios inmediatos y también los mediatos; los derivados del hecho mismo en cuanto recae sobre el titular del bien afectado, como también los sufridos por aquellos sujetos que se vinculan con dicho titular por algún nexo contractual o legal. Por ley civil se entiende toda regla normativa al respecto, inserta tanto en el Código Civil, como en otras leyes especiales, reglamentos, ordenanzas, edictos, etcétera.

El núcleo institucional de la responsabilidad emergente de hechos humanos ilícitos civiles -delitos y cuasidelitos- referidos precedentemente, se encuentra en el Código Civil en sus artículos 1066 al 1095.

Por el contrario, la previsión respecto de los hechos ilícitos cumplida por la ley penal es totalmente diferente a la que se deja analizada. En efecto, en orden al aspecto objetivo, a la materialidad de la conducta y su resultado dañoso, la ley civil es genérica: "todo daño". En tanto que la penal es estrictamente concreta; únicamente la acción y el resultado minuciosamente descrito en un cuño -preferentemente cerrado- que se denomina tipo penal en la teoría del delito y precepto en la de la ley penal.

Estos institutos penales recortan el campo pleno de libertad de actuación del hombre; sólo a algunas conductas y resultados dañosos los prohíben y los amenazan con pena. El área es muchísimo más restringida³.

En orden a los bienes protegidos, en el área civil son todos los que pudieran ser objeto de una lesión dañosa: personas, bienes, derechos, facultades, tanto en lesión directa en cuanto afecta a su titular, como indirecta porque el daño llegue a terceros.

A su diferencia, la ley penal sólo protege algunos bienes. De la totalidad que prevé la ley civil, toma sólo los que resultan muy altamente jerarquizados por el todo social -derechos fundamentales del hombre en lo individual y en lo colectivo- y prohíbe su lesión o manda prote- ///

3 Arts. 19 últ. párr. y 18 prim. párr., Const. Nac. Ver principios de reserva y de legalidad: SOLER, S., Tratado..., ed. 1953, T. I, págs. 40,118,156 y 204; T. II, pág. 163;FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratado... T. I, págs. 216/218.

gerlos preservándolos, y por ello describe en forma cerrada al quehacer humano que los afecta, y lo fulmina con una pena.

En lo civil "todos los daños"; en lo penal "sólo algunos".

Es por ello que en la ley penal las previsiones típicas -inexistentes en la ley civil- se nuclean todas en torno a bienes jurídicos protegidos que son los que nominan cada grupo de conductas típicas atentatorias del mismo (delitos contra las personas, contra la libertad, la propiedad, etc.).

Esa particular caracterización se extiende también al elemento subjetivo del sujeto activo de la conducta. En la "general" civil, la intencionalidad⁴ se refiere a un solo aspecto de la ilicitud, que es el "delito". En tanto que el accionar imprudente o negligente, abandonando la intencionalidad, se enrola en la culpa y embarca la ilicitud fuera del área del delito y lo traslada a la del "cuasidelito".

Por el contrario, la esencia de lo penal se polariza en dolo y culpa, pero no transforma la naturaleza "delito" sino que la bifurca: en delito doloso y delito culposo. Pero siempre delito.

En el rubro de la reacción contra la conducta repudiada por la ley también se ofrece un abismo diferencial entre ambos tipos de ilícitos. Respecto del civil, la sanción que se instituye lo es para la reparación del daño; ya restitución de la cosa dañada, actualizada al estado que tenía al momento de sufrir el daño; ya, en su defecto total o en su diferencia, la indemnización pecuniaria del daño material y/o el moral causado. La demanda de imposición de la sanción es para el damnificado facultativa y privada.

A diferencia de ello, en el campo del derecho penal, la sanción -la reacción- es la pena. Ella es un mal a inferir al responsable. Es un mal porque la ley lo instituye como tal. Consiste en causar un daño a un bien del imputado: su vida, la libertad, su patrimonio, sus capacidades. Con la imposición de ese mal se retribuye el mal causado por él en los bienes de su víctima. Además de esa retribución, se aspira a evitar la producción de delitos mediante la amenaza legal de imposición de pena al que cometa el delito; con ello se consigue la abstención delictiva y se de- ///

4 "Intención: ...consiste en el propósito de la voluntad en la realización de cada uno de los actos conscientes... Para Aguiar la intención es aquella facultad de conocer (discernimiento), estimulada por el deseo de su realización, encaminada conscientemente y voluntariamente al acto, después de haber pasado por la deliberación... López Olaciregui: ...el discernimiento consiste en saber lo que se quiere y la intención en querer lo que se sabe; razón por la cual... un acto ha de reputarse intencionado cuando 'el agente lo ha querido o formulado con exacta conciencia de su sentido y cabal previsión de sus consecuencias'...", LLAM-BÍAS, Jorge J., op. cit., T. II-B, art. 897, pág. 17.

semboca en prevención general. Pero, por cometido el delito, ello no obstante, se impone la pena y se ejecuta, como tratamiento concreto y personalizado para que no se vuelva a delinquir, haciéndose, de tal manera, prevención especial ⁵.

En este caso -diferente al civil- la demanda de imposición de sanción (pena) no se pone en cabeza de un particular, sino que se atribuye a un órgano público (Ministerio Fiscal), el que debe actuar necesaria y obligatoriamente en todos los casos.

Así conceptualizado y caracterizado, el mismo "hecho humano dañoso" puede constituirse, en cuanto caiga en ambos campos, en causa de consecuencias jurídicas sancionatorias de distinta clase, naturaleza y gravedad.

Insistimos en resaltar que se trata de un "mismo hecho", es decir: una misma modificación en el mundo exterior; cambio que tiene la característica de causar impacto en una o más normas jurídicas que lo prevén como sancionable; por ejemplo una lesión corporal, en cuanto delito penal da lugar a la sanción penal que prevé la norma criminal, en tanto que ese mismo hecho, lesión corporal, genera la aplicación de la sanción civil de indemnización. Pero siempre se trata de uno y mismo hecho, causado por una conducta humana.

Es importante lo destacado por cuanto en ese caso del mismo hecho, se da la posibilidad indiscutida hoy de que ambas aspiraciones sancionatorias tramiten en el mismo proceso y en la misma sede penal.

En cambio, la situación ya es discutida y muchas veces negada como tramitable en la misma sede penal, cuando por la misma y única conducta humana, se generan distintos hechos, como sería el caso de que el mismo disparo de arma de fuego causara lesión humana en cuanto la bala impacta en el cuerpo, pero luego sigue y rompe el vidrio de una vidriera. Se trata de dos hechos que, si bien están vinculados por la conducta, son diferentes. Se discute si el segundo es absorbible por el primero para ser llevado junto con él, en demanda de reparación a la sede penal en que se investiga el delito. La posición negativa es muy ///

5 "...la finalidad de las sanciones civiles o penales es muy diferente. El Derecho civil se preocupa eminentemente por el interés de los particulares: de ahí que toda vez que una acción injusta lesiona un interés particular, interviene el Derecho civil para poner remedio al entuerto mediante la sanción adecuada que es la reparación de daños y perjuicios. En cambio el Derecho penal es una rama del Derecho público que, en líneas generales, procura el bien de la comunidad y sólo secundariamente el bien individual. Lo ilícito penal comprende un número restringido de acciones que atentan contra la sociedad haciendo peligrar su digna subsistencia...", LLAMBÍAS, Jorge J., op. cit., T. II-B, pág.263-c.

fuerte y se afianza en que no se trata del "mismo hecho", por lo que es inadmisibile en sede penal, que es muy restringida.

No obstante, la posición amplia se abre paso.

En torno al "hecho" -ya sea uno, ya sean varios- gira toda la materia a tratar en este trabajo ⁶.

II. HECHO Y DERECHO SUSTANCIAL

Advenido al campo de la realidad, un hecho humano dañoso que tenga en el orden positivo una previsión generadora de sanción, nace entre el titular del derecho protegido (sujeto pasivo - víctima - damnificado) y el responsable del evento (sujeto activo - victimario), en función de la norma violada, una relación jurídica sustancial que aspira a ser reconocida, en el caso concreto, por una sentencia judicial.

Esa aspiración es sólo una pretensión hasta que la citada sentencia, que la reconoce y admite, la convierte en derecho subjetivo del que se constituye sujeto activo de esa relación (y que no era sino el sujeto pasivo del evento - víctima), tornando ejecutable ese derecho. Si es una pena, hacerla cumplir; si es una indemnización, cobrarla. En ambos, se tiene un título para ejecutar: la sentencia firme.

El hecho y la responsabilidad, pasan así de previsión abstracta y de derecho a pretender, a título concreto para ejecutar. Ello se debe a que sobre el hecho dañoso particular ⁷, se produce la materialización del Derecho de fondo, ya penal, con la pena; ya civil, con la reparación.

Cada una de esas consecuencias juega y se regula, en los respectivos campos jurídicos civil y penal, con ajuste a las reglas legales previstas para cada uno de ellos. De tal manera, de inicio y para la generalidad de supuestos prácticos, puede concluirse que el ilícito civil y su sanción debe ser resuelto, por su materia, en sede jurisdiccional civil, mediante un proceso específico civil en todos sus pasos. Y de igual modo lo propio de lo penal sigue la misma suerte en sede y proceso represivo. Cada uno con lo suyo. No hay confusión posible.

⁶ CREUS, Carlos, La Acción Resarcitoria en el Proceso Penal, pág. 63.

⁷ Factum: situación de hecho prevista por la norma legal como causa o presupuesto de la consecuencia en derecho que ella prevé insertándola como parte "dispositiva" en su texto. El derecho regulado en esta parte va a funcionar si se da el hecho previsto como su presupuesto. La finalidad del proceso es acreditar la verdad de la existencia de ese hecho y su responsable y si el resultado fuere positivo, declarar la vigencia concreta del derecho consecuente en ese caso.

Tanto uno como otro proceso tendrán como su materia propia, su respectiva pretensión de aplicación al caso concreto del derecho sustancial que prevé el daño inferido y su sanción; pretensión que será ejercitada ante la justicia mediante el instituto procesal acción.

Semejante situación sería la que se pretendió instituir en su momento el artículo 1096 del Código Civil, en cuanto afirmando la independencia de ambas actuaciones en función de la acción civil sostuvo, aparentemente, la exclusividad del fuero civil para la demanda de daños y perjuicios emergentes de delito.

III. ACCIÓN ⁸. CONCEPTO. CLASIFICACIÓN

La acción, tal como se la concibe actualmente, es un instituto jurídico procesal nuevo, creado en el siglo pasado. Es de tal trascendencia que hace nacer al Derecho Procesal como ciencia autónoma.

En síntesis, es el derecho de peticionar ante la autoridad jurisdiccional. No es más que eso; el arranque, la puesta en marcha del mecanismo judicial. Provocar la actividad jurisdiccional del Estado. Sin acción no hay jurisdicción ⁹.

Qué es lo que se peticiona, es cosa diferente; ello no es sino el contenido de la acción: la pretensión. Esta nace de la violación del derecho material, en cuanto surge de esa violación una relación jurídica sustancial cuyo titular es la víctima de la violación. Esta aspira, pretende, se le reconozca concretamente su derecho, por parte del órgano jurisdiccional.

Este instituto genérico que es la acción: pedir, es válido para todo el Derecho Procesal, en cualquiera de sus formas (civil, penal).

Por la acción misma, por su específica esencia, no hay clases de acción. Es sobre la base de su contenido, por el tipo de la pretensión que ella vehiculiza (que lleva a la jurisdicción), que se las clasifica en acción civil, y acción penal.

Ello así por cuanto la una será si moviliza un instituto civil, la otra si lo hiciera con uno penal. Lo que ocurre es que la gran diversidad legal

8 PALACIO, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, T. 1,8° ed. actualizada, Abeledo-Perrot, pág. 106, expone sintéticamente las doctrinas que en torno a la naturaleza jurídica de la acción se han formulado. Agrega una muy amplia bibliografía sobre la materia, tanto nacional como extranjera (pág. cit, nota 10).

9 CALAMANDREI, P., Instituciones de Derecho Procesal Civil, trad. de S. Sentís Melendo, Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 154.

sustancial de institutos civiles, comunica a la pretensión jurídica emergente el carácter y nombre de lo peticionado y así surgen: acción indemnizatoria; acción de división de condominio, de herencia, de posesión, de reconocimiento de paternidad, etcétera, etcétera. A su diferencia, por la ausencia total legal sustancial de esa multiplicidad y la unidad de lo único que se puede pedir que se imponga que es la pena, la penal da origen a la pretensión punitiva. Es la única y ella es la acción penal.

En sus respectivos campos, cada una de ellas promueve, continúa, impulsa y termina con la sentencia el tipo de proceso que corresponda según el derecho de fondo que funda la pretensión.

En sus órbitas propias y separadas, sus respectivos caracteres son totalmente diferentes:

1) Acción penal ¹⁰

a) Es *pública*

En cuanto encierra la pretensión de actuación del Derecho público penal.

Dentro de ello es:

a.1) *Oficiosa* porque el impulso que la guía es de oficio, es decir automático y ajeno a la voluntad de las partes. Se deposita en cabeza de un órgano público: el Ministerio Fiscal (arts. 71, Ira. parte del Cód. Pen. y 5º y 65 del Cód. Proc. Pen).

a.2) *Dependiente de instancia privada*, lo que no desnaturaliza la oficiosidad precedentemente señalada, sino que la subordina al cumplimiento de un trámite previo depositado por la ley en favor de la persona damnificada por ciertos delitos muy graves que comprometen el pudor, la honestidad de las personas, por lo que se le permite decidir si abrirá o no la instancia penal; si la instan o no. Si no lo hacen, nadie puede actuar y no hay proceso. Pero si la abren por esa instancia, para la cual no se requiere más que hacer la denuncia, sin formalidad alguna, se convierte en pública oficiosa y ya no se puede detener (arts. 71, inc. 1º y 672 del Cód. Pen.).

a.3) De *ejercicio privado*, o lisa y llanamente *acción privada*. Son las que, siendo públicas por su naturaleza, son en cuanto a su promoción -impulso, continuidad y terminación-, colocadas en cabeza de los particulares ofendidos por el delito. Su nómina se inserta en el artículo 73 del Código Penal: calumnias e injurias; concurrencia desleal; viola- ///

10 ODERIGO, Mario A., Derecho Procesal Penal, T. I, 1952, págs. 174/178.

ción de secretos siempre que no lo sea por funcionario público o profesional; incumplimiento de los deberes de asistencia alimentaria cuando la víctima fuere el cónyuge.

No interviene para nada el Ministerio Fiscal. Sólo actúa como promotor y continuador a su propio esfuerzo de continuidad, el ofendido, por querrela. La regulación de lo expuesto, con más reglas de detalle en el orden sustancial, está plasmado en los artículos 73 a 76 del Código Penal.

a.4) Su *extinción* también es de Derecho público y se la regula en los artículos 59 a 70 del Código Penal, como efecto de la muerte del imputado; la amnistía; el indulto; la cosa juzgada; el perdón del ofendido y la prescripción.

b) *Es necesaria*

En cuanto es impuesta por mandato constitucional, toda vez que es imposible arribar a una imposición de pena, sin la promoción de un proceso previo y éste sólo se logra por la promoción y mantenimiento de la acción penal (art. 18, Ira. parte, Const. Nac).

c) *Es obligatoria*

Para el Ministerio Público porque se lo imponen los artículos 71, primera parte del Código Penal y 5° y 65 del Código Procesal Penal por oficiosidad, pero ello en cuanto a obligatoriedad se extiende mucho más.

Así, a su respecto está institucionalmente totalmente prohibida la aplicación del principio de deliberación, oportunidad o conveniencia, para decidir si se hace o no, o se demora. Nada de ello. Hay que promoverla y continuarla inmediatamente.

Pero, además, obligatoriamente por todos los delitos y contra todos los responsables. No hay divisibilidad personal ni real.

d) *Es indisponible*

Tanto para las partes, como para el juez, toda vez que las primeras no pueden transar y renunciarla, ni tampoco el imputado avenirse a la aplicación de una pena, sin que a su respecto haya una sentencia legal-mente dictada.

e) *Es irrevocable*

Una vez ejercitada no cabe su revocatoria por parte del actor y el proceso debe continuar.

f) *Es intransferible*

Ni por actos voluntarios, ni le son aplicables las normas relativas al derecho sucesorio, salvo en lo referente al delito de calumnia o injurias (art. 75, Cód. Pen.).

2) *Acción civil*

Esta, en su órbita también propia y separada de su ejercicio conjunto dentro de las actuaciones penales, ofrece caracteres específicos, que luego pueden subordinarse en el supuesto dicho, a los pasos que le marque el ejercicio de la penal.

Esos caracteres son:

a) *Es privada*

En cuanto encierra la pretensión de actuación del derecho privado civil, peticionando para ello ante un órgano público.

Dentro de ello:

a.1) *Es potestativa* en cuanto como facultad otorgada en interés privado, su ejercicio queda librado a la voluntad de su titular.

En consecuencia, rige en este aspecto a pleno el principio de oportunidad o conveniencia, que permite al titular promover o abstenerse de ello; y, en su caso, hacerlo por el todo o parte, contra todos o sólo contra algunos (divisibilidad personal y real).

a.2) *Es disponible* en cuanto ella puede ser desistida por acuerdo entre las partes una vez promovida, en forma lisa y llana o por transacción.

Por ello es que se dice que el proceso civil es el sustitutivo institucional del convenio¹¹.

a.3) *Es trasmisible* a los herederos.

IV. PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA DE LAS ACCIONES

De todo lo que antecede, tanto en lo que respecta al campo del derecho sustancial que se pretende actuar con la acción civil por un lado y la penal por el otro, como en todo lo que hace al del derecho adjetivo en orden a las formas de las respectivas acciones, surge con claridad que domina de inicio el principio de independencia de ambas. Principio que luce en la letra del artículo 1096 del Código Civil.

11 ODERIGO, M. A., op. cit., T. I, pág. 9.

Incólume, por cierto, permanece la vigencia de esa independencia cuando, pese a la comunidad centrada en el mismo hecho como tal, éste, siendo ilícito civil (delito o cuasidelito), no es delito en lo penal por faltar recaudos de su tipificación. En tal supuesto la acción indemnizatoria luce con total independencia y en plena posesión de los caracteres típicos que le hemos señalado.

Pero si, por el contrario, el hecho común encuadra en ambos derechos sustanciales como delito, se abren las respectivas pretensiones y si ellas se activan en sendas jurisdicciones (una civil, la otra penal) respectivamente, la independencia de la civil se mantiene y conserva todos los caracteres sustanciales y formales que le asignamos. Por su parte, la penal en nada incide en su desarrollo independiente, con ajuste pleno a las normas formales de su ordenamiento específico: el Código Procesal Civil.

Sólo permanece incólume la prejudicialidad penal respecto de la civil para el juzgamiento, que impone la norma del artículo 1101, Código Civil, y que encuentra su justificación en la aspiración de evitar el escándalo jurídico que surgiría de pronunciamientos contradictorios en orden a la existencia del hecho o la responsabilidad por él, del procesado. Prejudicialidad que, dado la comunidad de hecho y sujeto, se impuso en todos los tiempos de nuestra legislación civil (arts. 1102 y 1103, ídem).

El problema grave se plantea cuando, sea por la teoría que sea en que aspire fundarse, se pretenda que ambas acciones, con motivo del mismo hecho, se tramiten en la misma sede penal y en el mismo proceso conjuntamente. Y el problema es grave por cuanto los caracteres distintivos propios de la esencia de la acción penal subordinan a los de la acción civil a punto tal que, lisa y llanamente, la subalternizan, le imponen su esencia y finalidad y en su función la ahogan en tal latitud que de ella nace la posibilidad de existir o de declarar su extinción.

Allí es donde muere el principio de independencia de la acción civil y aparece el de dependencia y accesoriedad con la acción penal, que juega como principal.

El desarrollo, tanto de la dependencia como de la accesoriedad, lo veremos más adelante, como así su incidencia en todos los aspectos accionarios, pero en este momento lo dejamos planteado, como un alerta sobre la gravedad de la situación que demanda una ajustada regulación procesal que contemple muy seriamente la posición reparatoria en sede penal acordando la mayor amplitud y posibilidades al ejercicio del derecho del damnificado en función de prueba y juzgamiento. Y una toma de conciencia cabal de la enorme importancia y trascendencia del tema por parte de la jurisprudencia penal.

CAPÍTULO II

JURISDICCIÓN Y PROCESO

SUMARIO: I. Función específica del juez en general.- II. El proceso en general como medio de conocer y juzgar.- III. Objeto procesal como identificación procesal.- IV. Jurisdicción, proceso y contenido propios: 1) penal; 2) civil.- V. Génesis y características propias de los procesos civil y penal.- VI. Posibilidad de unificación.-

I. FUNCIÓN ESPECÍFICA DEL JUEZ EN GENERAL

Abstracción hecha de toda caracterización particular por especialización material y como concepto general, lo cierto es que todo reclamo de actuación concreta del derecho sustancial respecto de un hecho ilícito por él previsto (civil, penal o ambos), debe hacerse ante el órgano jurisdiccional constituido para administrar justicia en ese tipo de casos ¹.

La jurisdicción debe conocer y juzgar.

1 COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3a edición, Depalma, 1958, págs. 27/44: "...la función jurisdiccional asegura la vigencia del Derecho... decidir conflictos y controversias de relevancia jurídica. Por conflicto se entiende toda pretensión resistida o toda pretensión insatisfecha... El objeto propio de la jurisdicción es la cosa juzgada... donde no hay cosa juzgada no existe función jurisdiccional. Esa cosa juzgada es susceptible de ejecución en el caso de que imponga condena... El triunfador... debe estar facultado para (ejecutar la sentencia de condena)... cuando desee. Sin esa facultad la jurisdicción se frustra... La idea de jurisdicción, como la de proceso, es esencialmente teleológica. La jurisdicción por la jurisdicción no existe... El fin... es asegurar la efectividad del Derecho... asegura la continuidad del orden jurídico... el Derecho reconocido en las leyes se hace efectivo en las sentencias judiciales", "...función que tiene por objeto juzgar si y a qué precisos efectos jurídicos, un hecho concreto corresponde a aquél abstractamente previsto por la ley, de modo que la autoridad ejecutiva puede proceder a la material realización de los efectos mismos...".

Lo primero, a partir de la inicial noticia fáctica que se le lleve y, con mayor o menor actividad intermedia, con la contradicción del sujeto imputado de responsabilidad, producir la adquisición, por propia actividad o por la de las partes, de todos los elementos de prueba que resulten útiles y posibles para acreditar la versión de cada uno y arribar a la posesión de la verdad propuesta.

Lo segundo, esto es juzgar, lo cumplirá el órgano judicial mediante la operación lógica de enfrentar el hecho y responsabilidad acreditadas, con las normas jurídicas materiales aplicables, lo cual no significa sino calificar, objetiva y subjetivamente, la materia sometida, y concluir declarando el Derecho y aplicando la sanción estatuida por la ley ².

El resultado de este operativo es el de transformar una mera pretensión jurídica introducida de inicio, cuando se pide la actuación del derecho de fondo, en derecho subjetivo del actor para hacer cumplir la sanción impuesta por el título firme que es la sentencia, que hace actuar el derecho sustancial ³.

II. EL PROCESO EN GENERAL COMO MEDIO DE CONOCER Y JUZGAR

También en la forma abstracta y general en que venimos considerando este punto, es asimismo cierto que el órgano jurisdiccional de que se trate, para cumplir con su cometido de conocimiento y juzgamiento de la materia a él sometida (hecho-realidad), deberá en todos los ///

2 Conocer hechos, la realidad y sobre conocimiento del factum de la norma determinar la procedencia de su parte "dispositiva", declarando su vigencia o no. Conocer los hechos es traerlos y reconstruirlos en calidad de verdad.

3 COUTURE, Eduardo J., op. cit., págs. 304 a 313, analiza la función de la sentencia en orden al derecho sustancial; si es meramente declarativa de Derecho o si es creativa de nuevas normas jurídicas y los efectos de la sentencia. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Tratado, T. III, pág. 1077. "De las normas jurídicas que imponen la obligación de resarcir el daño causado por el delito... 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 pretensión no es acogida por el indicado como responsable, puede pedir al órgano jurisdiccional que actúe la norma jurídica que a su criterio lo protege. Tal poder de provocar el ejercicio de la actividad jurisdiccional es la acción procesal... 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... el derecho subjetivo (abstracto e

hipotético) es afirmado ante el juez... y sólo tiene existencia concreta con la sentencia favorable al pretendiente... La pretensión jurídica es la afirmación de un derecho material, puesto que se basa en él...".

casos atarse a un método de trabajo pautado institucionalmente por la ley que impone, así, un modo regulado de hacer justicia.

Esta creación reguladora legal no es sino el instrumento que se proporciona al juez para adquirir su conocimiento y dictar su juicio. Ese instrumento, presente y válido en todos los casos, es el proceso en general ⁴.

Todo ello sin perjuicio de que en cada caso, por especialización por materia, se le impongan también, conforme principios y sistemas aplicables por imperativos constitucionales y advenimiento de nuevas realidades y exigencias sociales e individuales, tanto de carácter público como privado, particulares exigencias avenidas a la esencia del derecho de fondo que debe actuar, haciendo, así, nacer los denominados "procesos especiales".

III. OBJETO PROCESAL COMO IDENTIFICACIÓN PROCESAL

Trasladando lo genérico que antecede (tanto en lo que hace al órgano-estático como al proceso-dinámico), a lo específico centralizado en cada una de las órbitas jurídicas previsoras de los hechos humanos ilícitos merecedores, en repudio, de las sanciones que les son propias, emergen con toda claridad dos tipos de órganos jurisdiccionales y sus respectivas infraestructuras diferentes ⁵, no obstante ser estáticos ambos, en cuanto sólo están a la espera de conocer y juzgar en su materia.

Una de ellas es la jurisdicción penal; la otra la civil. Tanto la una como la otra receptan problemas de daño o perjuicio causados por hechos humanos ilícitos. Una y otra reciben asignación de facultades y estructuras adecuadas a la función a cumplir con ajuste al derecho de fondo que tienen que aplicar.

Lo dinámico de esta presentación está dado en totalidad por el instrumento de que legalmente se vale el órgano jurisdiccional para aplicar el derecho de fondo, esto es: el proceso.

Tanto el proceso civil como el penal, tienen como contenido, como tema, una materia propia que les es consustancial, que funda sus ///

4 COUTURE, Eduardo J., op. cit., págs. 121 a 161, "Proceso, su concepto, naturaleza jurídica, formalidad y tutela constitucional del proceso". PALACIO, Lino E., op. cit., T. I, págs. 57 a 70.

5 ODERIGO, M. A., op. cit., T. I, pág. 99: "Como emanación de la soberanía, la jurisdicción es única, sin perjuicio de que tenga distintas formas de manifestarse, según sea la naturaleza del derecho objetivo aplicable...".

respectivas existencias y nuclea la actividad de las partes dentro de un marco limitativo que es el que también rige para el juez al dictar su sentencia.

Este contenido, esta materia concreta, es lo que institucionalmente recibe el nombre de "objeto procesal", y es del tal jerarquía que no puede haber proceso de ninguna índole sin ella. Es también la que individualiza cada proceso.

Tanto en el proceso civil como en el penal, ese "objeto procesal" está integrado por un hecho que es el que se sostiene es ilícito, causante de daño en función del derecho de fondo que lo repudie y sancione y el o los responsables por el mismo. En síntesis: hecho y responsable, ambos en relación con la ley que lo sanciona. Se repite: dentro del marco legal que lo torna relevante ⁶. Ese objeto procesal aparece nítido -debe aparecer- en todos los casos, en la exposición de la pretensión que la acción transporta ante la jurisdicción.

Así, la pretensión -tanto civil como penal- se integra e individualiza adquiriendo su propia identidad, por:

a) Sus sujetos

Tanto el que pide la actuación de la ley sustancial, destacado como activo, como aquél respecto del cual esa actuación se aspira, nominado como pasivo. De los sujetos procesales, sólo estos dos integran la pretensión, por cuanto el tercero, el juez, es ajeno a ella, toda vez que es el órgano ante quien esa pretensión se lleva.

b) Hecho

La narración del mismo con todas sus circunstancias de modo, tiempo y lugar; la realidad que se trae detalladamente; la forma en que él se vincula con el daño causado y con el sujeto a quien se atribuye su comisión y que se lo presenta como sujeto pasivo de la pretensión, como imputado, como responsable.

c) Causa o título

El hecho que se lleve ante la jurisdicción tendrá relevancia procesal en tanto y en cuanto se inserte en el campo legal como causa de responsabilidad; ya en el civil, porque se lo prevé por el perjuicio causado, como fuente de indemnización o restitución; ya en el penal, porque por su tipicidad es generador de penalidad. Por ello es que se impone la na- ///

6 Ver en lo procesal penal ODERIGO, M. A., op. cit., T. I, pág. 43, "Objeto del proceso". En lo civil PALACIO, Lino E., op. cit., T. I, págs. 105 a 113.

rración del hecho y el señalamiento de su colisión legal concreta. Así es como en este aspecto del objeto procesal surge lo que se ha denominado causa penal, o causa civil respectivamente.

d) Finalidad

La pretensión cierra la concreción de su finalidad sobre lo que nuclea su contenido (objeto procesal), con el petitorio.

IV. JURISDICCIÓN, PROCESO Y CONTENIDO PROPIOS

1) Penal

- Porque el Estado tiene que cumplir la función penal puesta a su cargo y que se sintetiza en combatir la delincuencia. Para ello dicta la ley penal, en la que, en función de la protección de bienes o derechos fundamentales, selecciona en perfecta delimitación las acciones humanas productoras de daño, las prohíbe erigiéndolas en delito y las fulmina con una pena que amenaza.

- Porque el Estado, ante esa previsión abstracta, se autolimita y se obliga a concurrir ante la Justicia y, en el proceso, probar la existencia del hecho y la responsabilidad, estándole prohibido aplicar ninguna pena sino en virtud de una sentencia condenatoria dictada en un proceso previo.

- Porque ese proceso previo tiene que ser instituido por ley y en él se contemplan todas las garantías constitucionales que en lo individual y colectivo estatuye minuciosamente la Ley Fundamental.

- Porque todo en materia penal, tanto en lo que hace a la organización del juez, como en la del proceso, se arrima muchísimo a los fundamentos mismos sobre los cuales se asienta toda la estructura jurídica de la Nación, entrando casi de pleno en el orden público.

Por todo ello, el proceso penal es necesario, obligatorio, indisponible, para el juez y las partes, enderezado hacia el conocimiento crítico de su objeto -la verdad real-, desechando la formal, y apartándose de lo que en ese aspecto pueda ser dudoso, porque ante su presencia se resuelve en favor del reo y lo libera de responsabilidad. Sirve de instrumento a la realización concreta de derecho público.

Conforme a ello toda la etapa de conocimiento previo a la fundamentación de la demanda de pena -acusación inicial- la asume el propio Estado. A su órgano jurisdiccional instructor le llega la noticia de la existencia de un hecho humano dañoso que, por lesionar un bien ju- ///

rídico protegido, está previsto y reprimido por la ley penal y sancionado con una pena. Esa mera historia institucionalizada, ha llegado por vía de la acción penal (Ministerio Fiscal, arts. 5° y 65, Cód. Proc. Pen.) y funda una hipótesis de trabajo, en cuya función se decretarán medidas investigativas. Estas medidas acopiadoras de conocimiento, girarán todas en torno al hecho humano dañoso y el hombre responsable, dentro de la órbita de la ley penal (causa penal) a la que resulta interesar en función de su represión. Esta última, se dará al final, cuando al caso concreto acreditado, el órgano jurisdiccional lo juzgue, haciendo actuar la ley penal de fondo. El accionante, de inicio pretendiente de pena, es ahora titular del derecho subjetivo de ejecutarla.

Luce claro así que el hecho humano ilícito criminal imputado a un hombre concreto como su responsable, tiene que ser necesariamente materia de un proceso penal, al que llega, siempre, con la aspiración de que se aplique la ley penal de fondo, por vía de la acción penal. Ella es el vehículo en el que se transporta todo lo demás que es su objeto - hecho - fundamento - título - causa penal.

Con esto se ve que el hecho ilícito delito criminal tiene su: 1) acción; 2) pretensión; 3) competencia; 4) proceso; 5) reglas, todas propias e independientes.

2) Civil

- Porque el hecho humano ilícito puede causar un daño, resumido en el perjuicio que soporta el patrimonio, persona, facultades o derechos de un individuo, con abstracción de su repercusión en el orden penal, la ley civil sustancial que repudia esa clase de hechos nocivos le brinda el derecho de reclamar su reparación, ya por restitución de la cosa, ya por vía de la indemnización patrimonial.

De esta suerte se ofrece a la decisión del damnificado la posibilidad de reclamar ante la jurisdicción. Llevar a ella, para que conozca y juzgue, el hecho generador del mal, sus circunstancias, su responsable, el perjuicio causado y el reclamo de reparación. Todo esto que implica una pretensión y se sustenta sobre la relación de derecho sustancial emergente de la ley de fondo violada, se lleva a la jurisdicción mediante la acción; la acción civil.

Pero ésta, por ser de derecho privado, es esencialmente facultativa para el damnificado que puede promover la acción; reclamar la intervención judicial o no; deliberar sobre su oportunidad o conveniencia; ponerse de acuerdo extrajudicialmente con el responsable y satisfacerse recíprocamente. Puede iniciar, tramitar y abandonar.

Por consiguiente, a diferencia de la penal no hay a su respecto ni necesidad ni obligatoriedad, como en ésta.

Y también a diferencia de ella, es renunciable y transferible, tanto por acto entre vivos, como por causa de muerte. Los herederos, siguiendo al causante, reciben su acción y la continúan o la inician.

Surge de todo ello que el hecho ilícito civil (delito y cuasidelito) tiene su: 1) acción; 2) pretensión; 3) competencia; 4) proceso; 5) reglas, todas propias e independientes.

V. GÉNESIS Y CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LOS PROCESOS CIVIL Y PENAL

Los procesos civil y penal presentados precedentemente tienen un nacimiento lógico jurídico propio de cada uno, totalmente opuestos entre sí, del cual derivan los muy diferentes caracteres que cada uno ostenta. Es muy importante tener presente siempre esto para evitar el entrecruzamiento recíproco de instituciones aparentemente aplicables a ambos y que, en realidad, no aviniéndose a la esencia del receptor no hace otra cosa que desnaturalizarlo.

1.- El proceso civil surge a la realidad jurídica en una forma lógica, espontánea, natural en cuanto se consustancia con la tendencia normal de los hombres en conflicto en cuanto tienden a que sus derechos conculcados por otro sean, frente a su contradictor en pleno debate, reconocidos por un tercero imparcial ante quien ambos recurren para que conozca y resuelva con la fuerza suficiente para hacer cumplir su decisión.

Esta naturalidad generacional es también la que convierte en muy fluidos y lógicos los conceptos de acción civil y frente a ella los de excepción, prueba, alegato, actuados todos en un marco de total igualdad para arribar a la sentencia, frente al de un órgano jurisdiccional claro, preciso, puro, consustanciados todos en la finalidad de la aplicación concreta del derecho privado⁷.

Todo ello es lo que hace que el titular del derecho pretendidamente desconocido pueda, a su libre determinación, presentarse ante la jurisdicción o no, contra uno o contra todos sus opositores, por un aspecto o por todos del derecho desconocido; tramitar todo el proceso o abandonarlo; pueda acordar con su oponente un arreglo fuera del proceso y ///

7 FORNATTI, Enrique, Excepciones Previas en el Proceso Penal, pág. 16.

retirarse de él, a punto tal que se ha dicho que el proceso civil es un sustituto institucional del convenio⁸.

Se concluye así que el proceso civil es disponible, renunciable y casi totalmente inabordable por el juez en cuanto a asumir de oficio la actividad que las partes omitan.

2.- Por el contrario, el proceso penal se presenta como una creación artificial para la satisfacción de una necesidad social que lo reclamaba como instrumento de seguridad.

La situación a satisfacer es distinta de la civil en cuanto ella es la aspiración del Estado de imponer una pena al hombre que ha cometido un hecho que ha sido prohibido por la ley y erigido como delito. El Estado es el titular del ius puniendi y como tal, acaecido el delito, podría en forma directa, tras una breve acreditación administrativa de tal evento, aplicar la pena a su responsable. Pero ello no es así por cuanto, sujetándose a los cánones del Estado de Derecho, se auto limita, y a ese poder lo supedita en forma tal que se obliga a someterse a un proceso al que concurre a petitionar que se le reconozca el derecho de punir, frente al sujeto al que se quiere castigar que así tiene derecho a oponerse a ello, todos ante un órgano jurisdiccional que conoce y juzga con fuerza de cosa juzgada y hace cumplir. Erige en ese Estado de Derecho una estructura de garantías consolidada sobre el principio de legalidad que asegura que no haya ningún delito ni pena sin previa ley que los establezca en forma previa, y que no se imponga en el caso concreto ninguna pena sin juicio previo.

Sobre esa base la situación penal demanda para su resolución un proceso como instrumento y en él una acción como forma de reclamo y frente a ella una excepción como defensa y, de allí en más: prueba, alegato y sentencia, con más recursos para tras ellos llegar a la cosa juzgada.

Todo ello se admite y se instituye y hasta aquí todo es un doble sobre el proceso civil. Parecen masivamente iguales. Pero la diferencia es abismal.

En efecto, los intereses a solucionar son todos de derecho público y, por consiguiente, tanto la acción como la excepción, son diferentes. El órgano jurisdiccional es el propio Estado, el que, además, actúa como órgano de promoción de la acción y al final, como titular del derecho de aplicar la pena, la ejecuta.

8 ODERIGO, M. A., Derecho Procesal Penal, T. I, pág. 9, ya citado.

El proceso, que como consecuencia de todo lo expuesto se origina, es necesario y obligatorio, por lo que el Estado está obligado a incoarlo en todos los casos; no hay eventualidad alguna como lo es siempre en civil y debe tramitarse sin excepción hasta su resolución final. Su impulso está a cargo del propio órgano jurisdiccional, las partes son al respecto inocuas. Las excepciones como meras defensas formales son aceptadas como facultad de las partes, pero no obstativas del Estado, el que puede levantar de oficio todo lo que no haya sido promovido por las partes y cubrir sus silencios. Más aún, ha llegado a sostenerse que este proceso no demanda traba de litis en el sentido civil, y que gran parte de él puede funcionar en su ausencia, como puede ocurrir en instrucción.

El proceso penal ostenta así como caracteres salientes el de ser indisponible, irrenunciable y abordable permanentemente por el juez en cuanto provee todo para su desarrollo, aun cuando las partes no ejerciten sus facultades, vacíos que puede levantar de oficio⁹.

Semejante diferencia torna en muchas oportunidades inaplicables institutos civiles que llevan una finalidad especializada ajustada a la esencia del proceso civil ajena al penal. Por lo que hay que ser muy cauto con los trasplantes en pos de una integración operativa o interpretativa.

La conclusión, así, es la de que ambos procesos son totalmente diferentes.

VI. POSIBILIDAD DE UNIFICACIÓN

Ahora bien, esos dos ámbitos jurisdiccionales, esos dos procesos y todo el procedimiento señalados, en torno a un mismo hecho que genera, por su ilicitud civil y penal, consecuencias jurídico-sancionatorias, en los dos ámbitos, ¿pueden fundirse en uno solo; o, por lo menos, en una sede única accionarse, por ambas pretensiones, tramitar los dos procesos juntos en torno a sus respectivos objetos procesales; con un solo procedimiento o con el específico de cada uno para cuando obran por separado? En caso positivo, ¿cómo se adecúan y armonizan procesos tan diferentes y cuáles serían los cuidados y garantías para que ninguno de los dos se desnaturalice y anule?

9 FORNATTI, Enrique, op. cit., págs. 16 a 21.

30

¿Cuál sería el fundamento doctrinario y cuál la situación actual del derecho positivo en cuanto a su posibilidad?

La respuesta es la que se trata en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO III

EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL EN SEDE PENAL

SUMARIO: I. Presupuesto.- II. El problema ante la ley positiva anterior y su interpretación.- III. Nuevo enfoque legal, jurisprudencial y doctrinario.-IV. Régimen del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Principio de dependencia y accesoriadad. Caracteres generales.-

1. PRESUPUESTO

Es necesario señalar de inicio que toda la problemática que nos proponemos analizar, se da únicamente cuando el hecho ilícito se produce y proyecta tanto al campo penal, como al civil.

Esto es así por cuanto el daño causado intencionalmente por un hombre, siendo ilícito civil, puede no serlo penal cuando esta ley no lo tipifique como tal. En este caso, la recepción de la pretensión reparatoria fundada en el derecho material, es ajena al proceso penal y propia, exclusiva, del civil.

Por el contrario, en el supuesto de que el hecho humano cause una lesión típica, pero sin generar un perjuicio efectivo, la situación se resuelve sólo en el proceso penal, siendo ajena totalmente al civil por cuanto, sin ese perjuicio, no hay ilícito civil ¹.

Pero el hecho ilícito es aprehensible tanto por la pretensión civil como por la penal cuando genera perjuicio efectivo y es delito criminal y civil y por ende, le es aplicable la sanción propia de cada uno de los respectivos ordenamientos legales.

En este supuesto, conservando su plena identidad, la acción civil puede unificar con la penal su ejercicio, a voluntad del damnificado por el perjuicio, en sede represiva, en sendas actuaciones conjuntas y con ///

1 LLAMBÍAS, Jorge J., Código Civil Anotado, T. II-B, arts. 1067/1069.

adecuación al procedimiento que rige en esta última, con resolución en oportunidad de sentencia que resuelva cada proceso.

En nuestra opinión, dado el flamante régimen procesal penal nacional, no se puede hablar de inserción de acción civil dentro del proceso penal, apunto tal de generarle un objeto esencial y otro accesorio, sino del ejercicio liso y llano de dicha acción en sede penal originando un proceso conexo, en la causa fuente, al penal, tramitable mientras éste subsista abierto.

II. EL PROBLEMA ANTE LA LEY POSITIVA ANTERIOR Y SU INTERPRETACIÓN

A la posibilidad de tramitación conjunta de la acción civil con la penal, se arriba en nuestra legislación después de una larga evolución, cuyos hitos esenciales son los que se resaltan a continuación.

De inicio la vigencia del artículo 1096 del Código Civil, sin elemento contradictorio positivo que generara un obstáculo o, por lo menos, una duda sólida a su respecto, determinó que su interpretación lo erigiera como un distribuidor de competencias diferentes para acciones diferentes. Se imponía el principio de independencia de las acciones.

Cierto es que se alzaron voces que sostuvieron la inexistencia de semejante división. Pero también es cierto que la letra citada, al decir: "la indemnización del daño causado por el delito, sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción penal", se enlazó en la misma ley con la de otras de sus previsiones que no hicieron otra cosa que consolidar esa posición separatista.

Así es en cuanto, en general, se subordina lo civil a lo penal, toda vez que "...no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal..." (art. 1101, Cód. Civ.). Y se hace depender la suerte de la primera de lo que se resuelva en la segunda en orden a la existencia o inexistencia del hecho (arts. 1102 y 1103, id.), ni cuestionar la culpa del condenado en orden a su responsabilidad civil.

Tal letra fue interpretada como regla de distribución de competencias jurisdiccionales para aplicar los derechos sustanciales civil y penal, atribuyendo a cada una lo suyo.

Se justificaba la constitucionalidad de esa letra así interpretada fundándose en el extremo de que con ella, en forma uniforme, se sor- ///

teaba la múltiple variedad que cada una de las jurisdicciones locales pudieran adoptar frente a institutos de fondo únicos por ser nacionales.

A todo ello no se oponía la letra del Código Penal del año 1887 vidente, que, como ley también nacional, pudo haber concurrido con el civil.

Es de esta suerte que las previsiones procesales penales nacionales (Código de Procedimientos Penales de 1889), muy magras por cierto, pero existentes en función de una posible integración, carecieron de toda relevancia ².

Ese código adjetivo distinguía entre ofendido y damnificado (art. 14), permitía a este último concurrir al proceso penal para acreditar su derecho sobre las cosas sustraídas (art. 204); preveía dentro del plan de trabajo, el asegurar la responsabilidad pecuniaria (art. 178, inc. 4o) y en su relación regulaba el embargo de bienes del procesado para responder por sus responsabilidades civiles (art. 411), como también dicha medida cautelar real con respecto a terceras personas a las que se extiende su responsabilidad civil (arts. 425, en función de los arts. 1113, 1114 y 1118 del Cód. Civ.) y, al final, imponía a la sentencia que se pronunciara respecto de todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil (art. 496, inc. 2º).

También es cierto que esas previsiones formales dejadas en el Código -menores en su inicio- fueron aumentadas y complementadas cuando cambió el sistema penal (art. 29, Cód. Pen.) y su interpretación, en la forma que resaltamos a continuación.

Esa era la situación originaria.

III. NUEVO ENFOQUE LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO

Superando la etapa inicial analizada, en un nuevo enfoque, el positivismo italiano a través de las ideas de Enrique Ferri, sostuvo que el delito, como hecho, extendía sus efectos a todos los ámbitos jurídicos, por lo que producía su cambio en las cosas del mundo exterior incluyendo también el perjuicio patrimonial causado a su víctima.

2 OBARRIO, Manuel, autor del proyecto de Código Procesal Penal nacional de 1889, era partidario de la corriente integracionista, por lo que incorporó a su proyecto toda la sistemática necesaria para el ejercicio y trámite de la acción civil dentro del proceso penal. Pero la Comisión de Legislación de Diputados no estuvo de acuerdo con ello y, partidaria del sistema separatista, cercenó muchos artículos, rompió el sistema, y dejó previsiones inconexas que vinieron a ser inaplicables. Ver sobre este punto: CREUS, Carlos, La Acción Re-sarcitoria en el Proceso Penal, Rubinzal-Culzoni, pág. 29, nro. 6.

Completaba su idea sosteniendo que la reacción punitiva correspondiente al delito, no debía reducir sus límites sólo a la imposición de un remedio represivo (penas o medidas de seguridad), sino que era esencial que restableciera el aspecto patrimonial al estado en que se encontraba antes del ilícito. Así, la pena llevaba consigo dentro de su propia esencia también la reparación civil.

Claro resultaba de ello, que la teoría de la pena en el positivismo italiano integraba e incorporaba a la reparación del daño causado -lo sumaba- a la pena misma. Por ello esa reparación, clásicamente del derecho civil, facultativa y de acción privada, pasa, de esta manera, a ser propia del derecho penal, obligatoria y de acción pública³.

Esta idea fue receptada en nuestro país por Rodolfo Rivarola, destacado jurista que integró la comisión de redacción del Proyecto de Código Penal de 1891. La concepción integral de la reacción con ocasión del delito fue así llevada a la letra del Proyecto citado, entrando de esa manera en nuestro patrimonio doctrinario.

Su fórmula era imperativa: "La sentencia condenatoria, ordenará... la indemnización del daño... la restitución de la cosa".

Por no aceptado como ley, dicho Proyecto incorporado a nuestra doctrina, influye en los que le siguieron y se reproduce su fórmula en el de 1917. Pero tras amplias consultas, el Congreso Nacional, por iniciativa del Senado, fundado en el argumento de Octavio González Roura en sentido de que la coexistencia de ambas acciones sancionatorias en el mismo proceso penal, ocasionaría un gran recargo de trabajo para los jueces penales, transformó esa letra y la plasmó como ley, pero en forma facultativa: "La sentencia condenatoria, podrá ordenar..." (art. 29, Cód. Pen.).

Esa introducción como mera posibilidad, como simple facultad, pese a ello, fue de inicio interpretada como que mantenía la integración positivista de la reacción punitiva, por lo que se la había introducido en la competencia penal. Que la ley penal, también de jerarquía nacional y por ende posterior con relación al Código Civil, había derogado su artículo 1096 y permitido la eventual tramitación conjunta de ambas reacciones contra el ilícito.

Lo cierto es que bien pensado, y analizada con detenimiento la letra del artículo 1096 del Código Civil, siempre lo que ella dijo fue que la acción civil pretendiente de la reparación del daño causado por el delito (que es tal tanto para lo civil como para lo penal; ver Cap. III, punto ///

3 ARGIBAY MOLINA, Francisco y otros, Derecho Penal - Tratado, T. II, Ediar, págs. 461/485.

I) es, ella, independiente de la acción penal pretendiente de pena. Pero conservando su identidad e independencia sustanciales, no prohibió el ejercicio conjunto en la misma sede penal; ni impuso procedimientos comunes o separados.

Liberado con la reforma del artículo 29 del Código Penal, el tabú de la separación desapareció cuando, en función de esta última norma, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, dijo: "La indemnización civil para reparar el perjuicio causado por el delito, puede ser ejercitada ante el juez del fuero criminal y correccional y al mismo tiempo o conjuntamente con la acción penal"⁴.

El mismo tribunal destacó la insuficiencia en ese momento de las normas procesales penales nacionales para dar satisfacción, en sede punitiva, al trámite de la acción reparatoria civil. Por ello es que la doctrina judicial fue cubriendo algunos de los vacíos y señalando la necesidad de regular otros. Mas lo cierto es que, subordinada la civil a la penal por accesoriedad, terminó sosteniéndose la adecuación general de la primera a los grandes compartimentos que jalonan el trámite de la segunda. Comienza a abrirse camino el principio de "dependencia y accesoriedad".

El viejo Código Procesal Penal nacional de 1889 en el curso de los años, recibió ajustes legislativos parciales que, en parte, suplieron los vacíos.

Se le enrostraron muchas fallas al sistema conjunto. Unas, achacadas a la insuficiencia de sus normas, y otras, a la deficiencia de su aplicación. Esta última se centró en lo limitado del conocimiento jurídico de los jueces penales sobre la materia civil. La principal reprobación estaba en la voz generalizada de los abogados que sostenían que no debía actuarse civilmente en reparación en el proceso penal por cuanto sus jueces fallaban en cualquier forma y por montos ridículos.

Si bien es cierto que en alguna medida la justicia penal no está lo suficientemente flexibilizada como para responder de inicio en plenitud a la materia civil reparatoria, es necesario reconocer que ello se debe a que ésta no ha sido manejada en el fuero habitualmente, como lo es en el que le es específico. Lo mismo que les pasa a los jueces civiles con la materia penal. Pero ello no significa que ni los unos ni los otros no sepan derecho. Para los dos, como para cualquier abogado en su profesión, todo es ponerse en el tema, actualizarse y hacer.

4 Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, Tribunal Pleno, causa: "Merlo c/Parodi Demar-chi", res. 7-IX-1923.

A ello hay que agregar que la considerada es materia interdisciplinaria que exige adecuación recíproca de normas hasta recientemente mezcladas. Es común que las regulaciones interdisciplinarias no reciban el favor de la dedicación especializada; los extremos del puente sí la reciben, pero el puente mismo no. Ejemplo aparte del tema en examen, lo da en el Código Penal de fondo la incapacidad de los penados; incapacidad civil que, cómo alargue de la específica, ampliamente estudiada, se pierde en la interdisciplinaria y sólo recibe el trato de muy pocos y buenos tratadistas.

Abstracción hecha de ese injusto desprestigio, señalamos que la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del sistema del Código viejo demandó, para poder actuar civilmente en el proceso penal, que el damnificado fuera parte en éste. No admitió a ese sujeto como actor independiente, incluso sin promover la acción penal. Le impuso constituirse en parte querellante y, como tal, peticionar en la instrucción y acusar penalmente en la etapa del plenario. Acusación penal necesaria y esencial para poder incluir como su accesoria la demanda civil. Esta última no tenía independencia.

Pero recordemos que la ley procesal penal nacional vieja, nada regulaba en forma orgánica y suficiente concretamente sobre este punto y que todo se construía, ante la reforma del Código Penal, por la jurisprudencia plenaria ya citada, por la simple interpretación judicial simple que le siguió en detalle y por la doctrina de los autores. El conjunto de todas ellas fue el que implantó en la materia el principio de "dependencia y accesoriadad" de la acción civil ejercitada en sede penal.

No existía en la vieja ley procesal penal nacional una introducción sistemáticamente regulada de este principio.

La introducción de ese principio innovador en la forma señalada era de tal intensidad, que cualquiera que fuere la etapa procesal en que la acción penal desapareciera, la suerte de la civil era, en sede penal, también la de extinción de su trámite. Si la penal arribaba a una sentencia absolutoria, la tiranía de esa dependencia determinaba que no hubiera pronunciamiento en lo civil, debiéndose ocurrir ante la jurisdicción civil. Para ello es que la reforma de la ley civil determinó que la querrela penal suspende el curso de la prescripción de la acción civil⁵.

La gravedad del caso hizo que se reformara el Código Procesal Penal en el punto más agudo, como es el de la absolución, por perdón judicial, del responsable penal menor de edad. Si por la prueba, la im- ///

5 Art. 3982 bis, Cód. Civ.

putación era admitida y se debía ir a una condena, el curso del proceso se suspendía en función de la ley tutelar en una prueba de reforma del menor, pero su responsabilidad penal era declarada en un auto que recibe el nombre de "auto de responsabilidad penal". Sobre él, pese a la espera a que se sometía, y la posibilidad de condena futura en el momento del dictado del auto de responsabilidad, se resolvía la acción civil; se dictaba la sentencia a su respecto ⁶.

La experiencia recogida en la materia fue muy grande; se volcó en la jurisprudencia, se ajustó en lo posible la ley y todo fue formando un caudal que luego pudo ser aplicado en el sistema del nuevo Código Procesal Penal (ley 23.984), aun cuando su regulación es materia de interpretación y consideración crítica dirigida a su mejor actuación en cada caso.

De todo lo que antecede resulta que la realidad de la vida de siempre es la que impone la necesidad de aceptar la posibilidad del ejercicio conjunto con la penal de la acción civil reparatoria, nacidas de un hecho-fuente común como forma de economía procesal y mejor y más amplia defensa de los derechos.

Esa realidad, como tal, supera en mucho las fundamentaciones teóricas que los autores se han esforzado por exponer ⁷.

IV. RÉGIMEN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN. PRINCIPIO DE DEPENDENCIA Y ACCESORIEDAD. CARACTERES GENERALES

La dependencia y accesoriadad que caracterizan a la acción civil reparatoria ejercitada juntamente con la penal en sede represiva, se han incorporado como principio rector a la nueva ley procesal penal nacional, la que organiza sobre su base los distintos institutos que al respecto prevé.

La nota distintiva del sistema legal vigente es la del sometimiento de la acción civil a la penal desde su nacimiento mismo por cuanto no puede ser promovida en la sede penal si no lo ha sido ya la penal, ni conservada si no es mantenido el curso de ésta (arts. 16 y 17).

La hegemonía de la penal es constante. Le marca los pasos a seguir y las oportunidades procesales. Se hace sentir tiránicamente sobre ///

⁶ Leyes 22.277 y 22.278.

⁷ CARRERAS, Eduardo Raúl, La Acción de Reparación del Daño en el Proceso Penal, Pags. 7/18.

la civil en lo que hace a los términos procesales, a los que convierte a todos en perentorios e improrrogables, impulsados todos de oficio borrando toda posibilidad de perención. Desaparecen los caracteres de esa acción privada.

Expresamente modifica principios básicos de la prueba testimonial en cuanto impone que el actor civil está obligado a declarar como testigo en el proceso (art. 96).

Aparte de lo que antecede y sin perjuicio del tratamiento particularizado de cada instituto que se hace a continuación, cabe señalar, ahora como caracteres generales, que el nuevo ordenamiento adjetivo penal nacional -vigente desde 1992- incorpora a su letra:

a) La previsión expresa de la acción civil reparatoria del perjuicio emergente del delito, ejercitable ante el mismo tribunal en que se promovió la acción penal (art. 14, Cód. Proc. Pen.), determinando en forma concreta las personas que tienen capacidad procesal para promoverla y continuarla (arts. 14 y 15), con independencia de las partes penales.

b) Impone la regla de dependencia en virtud de la cual el ejercicio conjunto de la acción civil en las mismas actuaciones está ligada en tal forma a la penal, que si ésta desaparece anormalmente, la civil pierde su posibilidad en esa sede; sin extinguirse la facultad para su titular de ejercitarla en forma autónoma en sede civil (arts. 16, Ira. parte y 17)8.

c) Superando las posibilidades ofrecidas por el Código viejo (ley 2372/1889), la accesoriedad citada cesa en el momento mismo en que la causa queda cerrada para deliberación y sentencia, extremo por el cual, si lo penal es coronado por absolución, ello, no obstante, no incide en la suerte de lo civil que, por subsistente y autónomo, debe recibir el pronunciamiento del tribunal; es decir: debe dictarse sentencia a su respecto (art. 16, 2da. parte).

d) Abre todo un período instructorio en favor del actor civil, facultándolo para pedir las diligencias que le fueren necesarias para la con- ///

8 Cámara de Acusación Córdoba, resol. 57, 17-VI-1987, "Carranza, Luis s/falsedad ideológica"... 3) Si por sentencia firme, un juez de instrucción sobreseye en forma parcial a los imputados, la acción resarcitoria no puede ejercerse en el proceso penal... pues el mismo, en virtud de dicha resolución, se cerró en forma definitiva e irrevocable... 4) Es obligación de todo tribunal de justicia evitar un desgaste innecesario de jurisdicción... una vez dictada ésta (la sentencia de sobreseimiento) y ya firme, operan ipso jure las consecuencias jurídicas de la misma, entre las que se cuentan la de producir el cese de la acción civil que se hubiese instado. Una tramitación procesal, en la que se intenta el ejercicio de la acción resarcitoria

dentro de un proceso penal irrevocablemente cerrado en virtud de sobreseimiento, repugna la naturaleza accesoria de aquella acción...".

creción de la pretensión de su acción en la formulación de demanda. Ello representa para el tribunal una muy seria responsabilidad en cuanto a proveer negativamente, toda vez que si no pone prudencia en ello, puede llegar a privar al actor civil de elementos esenciales para promover la demanda (arts. 91,93,94,2da. parte, Cód. Proc. Pen.; 330,337 y 347, CPCCN).

Sin perjuicio de lo que expresamente se analiza respecto del período instructorio al que necesariamente debe someterse el actor civil, cabe adelantar a esta altura que debe modificarse completamente el tradicional concepto de discrecionalidad técnica que, como carácter específico, distingue la actividad del instructor penal, en cuanto su actividad se nuclea en torno del objeto y causa civil.

e) Siendo claramente parte (actor civil) desde el inicio mismo del proceso penal, no lo es en éste, por lo que no puede recurrir ni del sobreseimiento, ni de la sentencia absolutoria. Pero ello es fácilmente reparable por cuanto el mismo Código, sin imponérselo le hace posible al actor civil constituirse también en querellante y, como tal, tiene a su disposición por ser así también parte penal, los recursos que se le nieguen como mero actor (arts. 82, 84, 90, 337, 352,402, 458, inc. 1º y 460).

f) En lo que hace a la parte demandada prevé expresamente tanto al autor mismo del perjuicio (que es el imputado penal) como a los terceros que por él responden legalmente. Erige su relación procesal con el actor en forma regulada autónoma y separada de la penal. Pudiendo contestar demanda, reconvenir, contestar y oponer excepciones civiles conforme las reglas específicas procesales civiles.

g) Por esa accesoriedad impone de facto un divorcio formal de los tipos de procesos civil común y sus clases (ordinario, sumario y sumarísimo), distorsionando en ese rubro las reglas que hacen no sólo al destino en ellos de la acción de reparación de daños y perjuicios, sino también los recaudos de la demanda en lo que hace a los términos y exigencias de la prueba (arts. 319,320, inc. k, 330,333 y 486, CPCCN). Y guarda silencio sobre toda facultad propia del tribunal para sanear de inicio y por sí los defectos formales que la demanda y contestación pudieran ofrecer (art. 337, id.).

h) Se dispone una reglamentación específica de mérito para la formulación de la demanda y una resolución sobre la traba de la litis que no es uniforme para todos los casos posibles de clausura normal de la etapa instructoria. Es decir: todo un período previo, extraño oficialmente al juicio propiamente dicho (arts. 93, 101, 346,350 y 351, Cód. Proc Pen.).

i) Se establece un régimen especial, por ausencia ante imposición de presencia permanente, de desistimiento tácito de la acción civil, lo que implica la renuncia de la misma, cuando no concrete su demanda en el término de ley o no comparezca al debate o se aleje de la audiencia sin haber formulado sus conclusiones civiles (art. 94, 2da. parte, Cód. Proc. Pen.).

j) Comparte el período de ofrecimiento y producción de prueba en el "juicio" con todas las partes (arts. 354, 355, 356, 357 y 382 a 392) e integrando el grupo que el Código sindicó como "acusación", alega sobre su prueba y acusa (art. 393) lo cual implica concretar y ajustar su demanda en función de la traba de la litis (art. 352). Nótese en este caso, que a diferencia de lo penal, ya está todo trabado, peticionado y circunscripto por lo que sólo es útil agrupar las pruebas en torno a ello. Lo demás sería repetir (ver art. 393).

k) En orden a ejecución de la sentencia que condene a restitución, reparación e indemnización de daños, satisfacción de costas y pago de gastos, cuando no sean inmediatamente ejecutadas o no puedan serlo por simple orden del tribunal que las dictó, se ejecutarán por el interesado o por el Ministerio Fiscal ante los jueces civiles y con arreglo al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Es decir, al final el Código Procesal represivo, en orden a ejecución vuelve a dividir los fueros y la comunidad de actuación que fueron unificados por el ejercicio conjunto de las acciones. Deja en su seno, en un área específicamente creada para ejecución y custodia de su regularidad, todo lo referente a penas y medidas de seguridad y, con relación a la civil, su función termina con la emisión del título ejecutivo que es la sentencia condenatoria civil, cuya ejecución, ante el fracaso de una simple orden de cumplimiento, se convierte en materia de un nuevo trajinar en otra jurisdicción.

Este último se agrava cuando se tiene en cuenta que los embargos civiles trabados en sede penal deben subsistir; que las cosas secuestradas pueden ser devueltas por lo penal, incluso lo que, como depende de la responsabilidad civil, sólo haya sido meramente secuestrado por la instrucción (art. 523).

CAPÍTULO IV

COEXISTENCIA PROCESAL

SUMARIO: I. Cambio de circunstancias.- II. Fundamentos de la anterior concepción.- III. Modificación impuesta por la ley.- IV. Nueva suerte de conexidad.- V. Modificación de la regla de accesoriidad.- VI. Guía de desarrollo.-

1. CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS

El advenimiento del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, la inserción en él de una nueva sistemática en el ejercicio de la acción civil reparatoria, el cambio del alcance de la dependencia y de la accesoriidad, como también de las circunstancias que en torno a todo ello se agrupan, nos llevan a repasar el ajuste institucional procesal que se nuclea en la fórmula comúnmente usada: "la acción civil en el proceso penal".

Hasta hoy nosotros invocamos también esa fórmula, e incluso lo hacemos en los capítulos que preceden al presente. Ello, aun cuando casi permanentemente hemos usado la palabra "actuaciones" penales (y no "procesos") como mero receptáculo común del ejercicio conjunto y paralelo de la acción penal y la civil en la misma sede.

Las razones que impusieron el concepto encerrado en la fórmula que recordamos han sido, en nuestra opinión, modificadas fundamentalmente, divorciando toda simbiosis en el mismo y único proceso. Hoy un nuevo sistema impone separar y proscribir el uso de la expresión "proceso penal", como unificador, como fagocitador del proceso civil, aunado en el marco del primero.

Ese cambio lo consideramos de tal naturaleza e importancia en el orden del alcance y comprensión de cada uno, que arrastra consigo la aplicabilidad de los ordenamientos procesales propias de cada uno, lo ///

que en parte se prevé específicamente en la nueva ley procesal (arts. 93, 101 y 102, Cód. Proc. Pen.), pero no lo hace con todos, aun cuando fueren susceptibles de llegar a integrarse. El patrón interpretativo que tratamos de especificar, será así útil para resolver problemas concretos sobre la marcha. Esto es: cuándo es aplicable la ley procesal civil, aun cuando la penal no lo diga.

II. FUNDAMENTOS DE LA ANTERIOR CONCEPCIÓN

Saltando por sobre la regla del artículo 1096 del Código Civil, tomada como barrera separatista en la época y con el alcance que se considera en el Capítulo III, apartado III de este trabajo, centrados en la norma del artículo 29 del Código Penal y en su interpretación plenaria de 1923 (CNCrim. Correcc. Cap. Fed., causa: "Merlo c/Parodi Demarchi"), la consecuencia fue la afirmación del principio de que en el "proceso" penal podía ejercerse, también, la acción civil reparatoria.

De esta manera se impuso que existiera un solo "proceso", con un "objeto procesal" penal esencial o básico, en el que tenía cabida también un "objeto procesal" accesorio que era el civil. Así: un solo "proceso"; dos objetos del mismo; una doble actuación de la ley de fondo: la civil y la penal.

El objeto civil integrativo del penal en el proceso de este último, constituyendo la pretensión reparatoria, como contenido de la acción, se caracterizaba por ser privado y, en su consecuencia, de promoción voluntaria, en un proceso "madre" único de carácter público y oficioso.

Pero siempre un solo y único "proceso". En esta concepción muere el principio del objeto procesal en su función identificatoria de cada proceso. Cada proceso un objeto; cada objeto un proceso. Aun cuando puedan tramitar juntos por acumulación, en un mismo continente (expediente) y en una misma sede.

Esa absorción de materias en el "proceso" único penal tiene una explicación y fundamento científico; uno que tuvo su época, que orientó la doctrina nacional y extranjera y fundó leyes y proyectos de ellas.

Esa base estaba dada por la doctrina de la Escuela Positiva italiana, que concibió la pena como incluyendo en sus límites toda la reparación del daño causado, como única forma de restituir todo al estado anterior de las cosas al momento del ilícito penal. La pena incluía así, como pena, la reparación del daño civil causado. Todo era materia penal.

De tal manera la concepción de la Cámara Plenaria citada, era consecuente con la doctrina que inspiró la forma del nuevo artículo 29 del Código Penal. Era pena aun en contra de todas las críticas y observaciones que se hicieron. Por lo menos ésa era su raíz.

Y así es como, en el mismo "proceso " penal el titular de la acción civil reparatoria no podía ser ajeno al "proceso madre " y en él tenía que actuar como parte. Debía "engancharse" su calidad privada, con la pública; condición sin la cual no podía actuar. Por ello es que se le impone constituirse en "parte" penal como querellante. Y como tal, al acusar penalmente hacerlo también en lo civil. La primera: la "acusación" o "demanda penal"; y la segunda: la "acusación civil" o "demanda civil". Los dos actos en uno solo. Era "un" proceso con dos objetos y finalidad bipolar.

Mas no cesa esta simbiosis en esa etapa, sino que la conlleva a derivaciones mucho más extremas. La vigencia de la acción penal mantiene la vida de la civil en dicho "proceso único ", lo que en realidad estaba bien porque el absorbente represivo tenía que conservarse, como tal, vivo para operar sobre el absorbido.

Lo que sigue es lo grave. Como se trataba de un "solo proceso", cuando el penal desincriminaba con una sentencia absolutoria, la acción civil devenía huérfana y solitaria, extremo por el cual esa absolucón penal tornaba en irresoluble lo civil. Se tenía que volver a la sede civil e intentar allí.

Todo lo demás era consecuencia, también, de ese tipo de "accesoriedad" dependiente, impuesta como principal por la acción penal, en el proceso penal, cuyos pasos se imponía seguir, no como camino único de dos vehículos, sino de uno solo de éstos ¹.

1 CARRERAS, Eduardo R., La Acción de Reparación del Daño en el Proceso Penal, Coop. Derecho y Cs. Soc. Refiriéndose al problema durante la vigencia del anterior Cód. Proc, nac, tras minucioso examen de la naturaleza de cada proceso por separado, al analizar la conjunción de acciones (penal y civil) en sede penal, dice: "la acción del damnificado y/o víctima del delito contra el imputado o un tercero... en orden a la restitución o resarcimiento, es una verdadera y propia acción civil, insertada en el proceso penal"(pag.19, IV, 1) y concluye "la conexión que existe entre las dos acciones permite concebir como provechoso y útil su ejercicio en un proceso único". De tal manera se da satisfacción a los fines de una y otra de dichas acciones que tienen una fuente única: el delito..." (pág. 21-V).

CREUS, Carlos, op. cit., comparte en principio la idea de un proceso único, el penal, en el que inserta la acción civil generando relaciones procesales plurales, dado que la esencialidad de la acción penal es muy distinta de la civil. Esta inserción de la acción civil en el proceso penal no cambia el carácter de ella, por cuanto la pretensión que alienta sigue siendo civil y privada. La acción resarcitoria no integra el sistema represivo del delito y en sus limitaciones sustanciales está sujeta a la ley civil (págs. 27, nro. 4 y 28 nros. 5 y 6).

III. MODIFICACIÓN IMPUESTA POR LA LEY

La nueva normativa procesal penal nacional cambió totalmente las cosas, en nuestro criterio.

Divorció en forma tajante la acción civil de la penal en lo que hace a la calidad del titular de cada una en su promoción en sede penal. Y así es como admite a la primera en relación con el "damnificado", sin subordinación a la segunda. Ya no es necesario constituirse en querellante (parte penal, como ofendido) para poder hacerlo civilmente como "actor civil". Este último puede entrar directa y únicamente como tal. Si quiere, además, ser parte en el proceso penal, puede constituirse como tal mediante la asunción de la calidad de querellante. Ello no como imperativo.

Esta bifurcación explica por qué la ley no le reconoce al actor civil calidad de recurrente del sobreseimiento o absolución dictados en el proceso penal: porque no es parte en éste. Que a éste le convenga ser también parte penal, para tener así la suma de facultades en ambos procesos, eso es otra cosa que depende de su estrategia procesal.

Derivada de esa situación independiente en lo funcional, es la de que de inicio - en la instrucción- se constituye en parte civil -actor-, trabándose una suerte de "litis" entre los "sujetos": actor y actuados; el futuro demandante y los futuros demandados, a los cuales -estos últimos- se debe notificar la constitución. Estos, según nuestro criterio, deberían poder impugnar esa constitución, preludio de una posible demanda.

Si bien la etapa de adquisición de conocimiento y acopio de elementos de procedencia es común, en esa instrucción cada tipo de acción faculta al que la ejercita para pedir la producción de medidas investigativas propias de sus respectivos objetos. El querellante pide en lo penal; el actor civil en su órbita reparatoria; y los imputados en lo penal y, por su parte, en lo civil todo lo que disuada o atempere la pretensión civil a su respecto. Los objetos procesales penal y civil son diferentes si bien ambos tienen en común el mismo hecho generador, por cuanto el civil agrega al penal todo lo relativo al perjuicio y daño a reparar, y fundan, ambos, finalidades diferentes, uno la aplicación del derecho sustancial penal y el otro el civil.

El acto y oportunidad conjuntos que en el antiguo régimen implicaba acusar y demandar, hoy se ha dividido yendo cada acto a su sector propio. El querellante acusa; el actor, demanda. Ambos en actos separados y en oportunidades también separadas. Esto último incluso si se actúa como querellante y actor. El término para cada acto es marcada- ///

mente diferente. El civil de tres días y el penal de seis, prorrogables. De este modo, salvo achicar el segundo, se impone expedir los actos por separado. Se reafirma la existencia de los dos procesos, en actuación conjunta, en la misma sede.

La promoción de la demanda debe hacerse con ajuste a las formas impuestas por la ley procesal civil, con la adecuación que luego analizaremos, pero por esa letra. Su contestación, reconvención y conteste, también con ajuste a esas formas.

Si la traba de la litis fuera entorpecida por insuficiencia formal, puede darse el caso de excepciones civiles que puedan llegar a obstar al proceso civil que se intenta insertar en sede penal. Más aún, un defecto formal en los actos de la traba, puede determinar, según nuestro criterio, un saneamiento de oficio que paralizará el actuar civil (art. 337, CPCCN). Se remarca así la separación de ambos procesos.

En ningún momento el actor civil pierde ni confunde su calidad con el penal, por lo que mantiene siempre -en instrucción y en juicio-su facultad de pedir medidas y ofrecer y producir prueba, tanto en una como en otra etapa procesal (arts. 91 y 354, Cód. Proc. Pen.), para acreditar su específico objeto procesal, con miras a la específica actuación del derecho material también específico.

Con relación al punto precedente la separación de ambos procesos -coexistentes en actuación conjunta- luce clara en orden a los respectivos objetos procesales -materia de cada uno-. Hay, sí, un hecho común. Pero su comunidad se corta, por suficiente, en orden a sus consecuencias punibles; pero sigue -continúa- el civil en sus consecuencias específicas: el perjuicio patrimonial -daño material y moral- sin el cual el ilícito civil no existe. Este rubro procesal se destaca en la nueva letra, toda vez que ella refuerza la facultad del actor civil para pedir medidas y ofrecer prueba para acreditar ese extremo. Ello tanto antes de la formulación de la demanda, para lo cual es indispensable (art. 330, CPCCN), como para después de ella completar en el debate la acreditación de su derecho concretamente.

Y finalmente, en su epílogo, el proceso muestra también su autonomía civil en cuanto, por entrados ambos para sentencia, se adquiere el derecho al pronunciamiento civil. Si el penal fuere absolutorio ese derecho no se pierde. El tribunal tiene que dictar la sentencia civil. Son dos procesos; cada uno con su sentencia (art. 16,2da. parte, Cód. Proc. Pen.).

Los recursos para impugnar tanto el trámite como dicha sentencia son asimismo independientes en cuanto los específicamente regulados por el Código Procesal Penal son selectivamente procedentes con rela- ///

ción al objeto procesal accionado —en lo penal y en lo civil—, con la pequeña modalidad unificante del efecto extensivo (art. 441, Cód. Proc. Pen.), en la medida y alcance de la comunidad fáctica que hemos señalado y que de eso derive interés recíproco entre la parte civil y la penal.

Reiteramos, como conclusión, que son, hoy, dos procesos, tramitados en una única actuación.

Ello como principio inspirador de la ley y sin perjuicio de que en la regulación procesal concreta ello no se cumpla.

IV. NUEVA SUERTE DE CONEXIDAD

La coexistencia de ambos procesos en una misma sede y actuaciones, puede asimilarse ad-hoc a un instituto procesal ya existente, e invocarse similares razones fundantes, para admitirlo o para rechazarlo.

Está todo nucleado en una suerte de conexidad, acumulación y prórroga de competencia.

En efecto, en lo que hace a los sujetos de la relación procesal, el pretendiente activo, actor o demandante, en uno como "ofendido" y en otro como "damnificado" - siempre que sea directo- siendo "sujetos" diferentes y autónomos pueden reunir sus personalidades en una sola persona. En este caso se presenta una suerte de conexidad activa. Pero como responsable de la reparación va a ser siempre enrostrado el imputado del hecho delictivo. El actor no puede dirigir su acción sólo contra el tercero civilmente responsable (arts. 1113, 1114 y 1118, Cód. Civ.). Toda vez que actúe contra él debe demandar también al imputado como responsable civil directo (art. 88, 3er. párr. Cód. Proc. Pen.). Por consiguiente, siempre se va a dar el caso de una suerte de conexidad pasiva. Pero es incuestionable que el responsable lo será, en su caso, desde enfoques diferentes, según actúe el derecho material civil o el penal.

En lo que respecta al hecho materia del objeto se ofrece una comunidad relevante en casi toda su extensión, sólo superada por especialización por el propio de la reparatoria: ilícito civil: perjuicio.

Hay así una conexión; una relación, una atracción recíproca. Institucionalmente no es la conexión clásica, pero se da una recíproca implicancia.

Esta relación justifica una "acumulación" en función de paralelismo actuante coexistente.

Esa acumulación, como concentración, no hace sino modificar la competencia llevando a una verdadera prórroga voluntaria para lo civil.

Dos procesos. Economía procesal en todo, incluso la etapa de espera de los artículos 1102 y 1103 del Código Civil. También facilitación de la defensa en juicio.

Estos extremos, base de la conexidad y acumulación propias, informan también esta suerte de acumulación que señalamos, de manera que siendo ella voluntaria, facultativa para el privado, si la ejercita y la opera, la extensión de economía y defensa le serían también aplicables.

Hemos destacado esta manera de pensar; la hemos fundado; y hemos afirmado el cambio operado en la sistemática procesal porque entendemos que ello puede servir para resolver muchos problemas concretos que se pueden presentar. Son dos procesos diferentes y diferenciados por la ley, tramitados, voluntariamente, en comunidad de sede y actuaciones.

V. MODIFICACIÓN DE LA REGLA DE ACCESORIEDAD

El enfoque expuesto implica una modificación de la regla de accesoriidad que regía las dos acciones insertas en el mismo proceso, duplicando, en definitiva, el objeto asignado dando origen al esencial (penal) y al accesorio (civil).

Esa regla era existencial en cuanto de ella dependía la vida, subsistencia y resolución del objeto procesal accesorio. Y era tal la tiranía de la principal que obligaba a ser parte en ella (querellante).

Hoy, con el nuevo curso del proceso penal nacional y con el enfoque que proponemos, la dependencia ha dejado de ser absoluta en lo existencial. Se reduce a que la acción penal esté promovida y que se mantenga en el curso de las actuaciones, cesando esa imposición cuando, por mantenida, se arriba a la oportunidad de la sentencia.

El resto de la accesoriidad es meramente ordenatoria o de adecuación por etapas, fases y actos de modo tal que todo lo civil, siendo un proceso por sí, se adecuó a la marcha del proceso penal, con el que coexiste en el mismo "expediente" y en la misma sede.

Dentro de los grandes compartimentos penales y concordados como compatibles con esa coexistencia, las reglas específicas de lo civil son aplicables, lo diga expresamente la nueva ley, como ocurre en los artículos 93 y 101 para la demanda, contestación, reconvencción, excepciones. O no lo diga, pero todo haga a su procedencia, como sería la apertura de la oportunidad de la vista de mérito del artículo 346 para que el actor civil pueda suspender la interposición de la demanda, y usando de igual derecho que los acusadores penales, pueda pedir las di- ///

ligencias que considere necesarias (art. 347, inc. 1º), para la acreditación de la existencia del hecho delictuoso y los daños y perjuicios que le haya causado (art. 91) y reclamar sobre su base, en la demanda (art. 93), su reparación y sin lo cual no podría articular formalmente dicha demanda. No lo dice, pero es saneable de oficio, aparte de las excepciones de parte y aun antes de ellas, el defecto legal que ostenten los actos de traba de litis.

Y resta como materia específica de análisis, toda la que hace a las vías de impugnación en esta parte civil en coexistencia con las formas penales.

VI. GUÍA DE DESARROLLO

Sobre esta base se cumplirá el estudio de cada paso del proceso civil citado. Pero no sin antes reiterar que cada uno de tales pasos debe ensamblarse en la sistemática del proceso penal ya abierto y mantenido en su vigencia hasta el momento de la sentencia. Todo ello acompañándose recíprocamente en el esfuerzo institucional común que representa alcanzar el conocimiento de la verdad real del hecho generador del daño, tanto penal como civil y la determinación de los responsables.

CAPÍTULO V

INFLUENCIA DE LA SENTENCIA PENAL SOBRE LA CIVIL

SUMARIO: I. Situación que se crea.- II. Mecánica de la solución.- III. Naturaleza jurídica.- IV. La obligación de espera y la garantía de defensa.-

1. SITUACIÓN QUE SE CREA

Atento a la circunstancia de que sea el delito penal de que se trate, como hecho único generador de consecuencias jurídicas, la fuente común de posibles sanciones reparatorias, tanto criminales (penas), como civiles (restitución, indemnización), se hizo imperiosamente necesario, desde los inicios de nuestra legislación, imponer un régimen institucional que evitara posibles sentencias contradictorias.

En efecto, cualquiera que fuere el sistema que se acepte en orden a que, por la diferenciación de la acción penal y la acción civil resarcitoria, ellas deben tramitar ya ante jueces diferentes, o juntas en sede penal, lo cierto es que, tratándose de un único y mismo hecho el generador de las consecuencias sancionatorias respectivas, siempre se va a dar el peligro de que en el fallo propio de cada proceso se acepte o niegue lo que el otro admitió en orden a la existencia del hecho y la responsabilidad del agente. Lo cual, incluso mediando la autoridad de cosa juzgada, generaría una contradicción de jerarquía institucional con claro desprestigio para la justicia, afectando la seguridad jurídica.

Ante semejante situación, se partió del principio de la unidad jurisdiccional en cuya virtud la facultad de juzgar del Estado es una sola, sin perjuicio de su parcelamiento por competencias, extremo por el cual una sentencia adquiere calidad de cosa juzgada y cierra toda posibilidad de controversia sobre los puntos básicos y propios de su materia que ella admitió, tanto en sentido positivo como negativo.

Sobre la aplicación de tal premisa se planteó la disyuntiva entre la preeminencia civil o penal. Se la resolvió eligiendo e imponiendo la segunda. Tal elección (aceptada en casi la totalidad de las legislaciones) se plasmó en nuestro Código Civil, cuyo artículo 1101 manda que no se puede dictar sentencia en el proceso civil hasta que no se dicte, previamente, la sentencia penal en el proceso de esta índole que se inició antes o durante el curso del civil.

II. MECÁNICA DE LA SOLUCIÓN

La norma suspensiva no incide en la promoción ni tramitación del proceso civil contemporáneo con el penal, sino que obliga a esperar en el primero el resultado del segundo, extremo por el cual en aquél se puede llegar hasta el llamado para sentencia y allí se paraliza en expectativa.

Esa vigilia civil no es diferente en su esencia según se trate de procesos separados en sus respectivas sedes o conjuntos en la penal. No lo es porque el problema tanto en una como en otra, sigue siendo el mismo y siempre se debe esperar lo penal.

Lo que ocurre en este caso es que hay una diferencia temporal y lógica. En efecto, el trámite en la propia sede civil es amplio e independiente y, por ello, la acción no tiene limitaciones ni en las afirmaciones, ni en la prueba, ni en los alegatos; tiene su propio tiempo y marcha. Al arribo de la valla, la espera inactiva puede ser de mayor o menor magnitud. Pero en sede penal todo se tramita junto y se avanza en conjunto, por lo que, al arribo del momento de la sentencia, todo es temporalmente coetáneo, pero no desde el ángulo lógico por cuanto el pronunciamiento penal debe siempre ser primero. Lo único es que no hay compás temporal de espera y, además, el trabajo procesal es paralelo, por lo que no puede haber sorpresas para el civil.

Pero ese compás de espera desaparece cuando, advenida la sentencia penal, nace la cosa juzgada que la civil debe respetar. Esto es lo que hace que el Código Civil complete el instituto comentado previendo las posibilidades del pronunciamiento penal. Así, en su artículo 1102 regula la incidencia de la condena penal, cerrando la posibilidad de rever la afirmación de la existencia del hecho y su calidad de delito, como así también hacerlo respecto de la responsabilidad declarada.

Queremos señalar expresamente que la medida de esta incidencia en lo civil está íntimamente vinculada con la naturaleza específica y propia del punto de pronunciamiento penal que le sea típica, es decir, ///

que esté dentro del marco legal penal. Todo lo circunstancial que entorne ese núcleo sin incidencia sobre su existencia, no se impone a lo civil, que conserva su libertad jurisdiccional. Lo penal solamente; la existencia del hecho y la responsabilidad.

Por su parte la sentencia absolutoria no escapa a la regulación de fondo a que nos estamos refiriendo. Ella es materia regulada por el artículo 1103 del Código Civil, que impone un sometimiento con márgenes más flexibles.

Esta materia de la influencia de lo penal sobre lo civil en punto al hecho y responsabilidad común por los daños inferidos en las áreas pública o privada, ha sido ricamente estudiada en detalle fijándose conclusiones, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y a ellas nos remitimos a buscar el contenido que en cada caso corresponda dar en la aplicación de las normas procesales que estamos tratando ¹.

Todo ello sin perjuicio de destacar que la analizada influencia limita su alcance a la situación de coexistencia o prelación de lo penal con lo civil. Cuando lo civil se ha iniciado y agotado por sentencia antes que la promoción penal, ya hay advenimiento de cosa juzgada civil previa y es inconvencional, aun cuando luego se inicie el proceso penal ².

III. NATURALEZA JURÍDICA

En orden a la naturaleza jurídica del instituto de espera, se ha pretendido nuclear en el rubro de las medidas prejudiciales en cuanto lo penal vendría a proporcionar a lo civil el condicionante dentro del cual debe moverse, el límite del cual no puede pasar en su apreciación y conclusión. Es decir, que el contenido de la sentencia civil está enmarcado por el de la penal.

Es muy extendido ese criterio. Y tanto la doctrina como la legislación se refieren a esa institución como: la prejudicialidad del artículo 1101 del Código Civil ³.

Pero ese carácter asignado se ve debilitado en cuanto la exigencia de pronunciamiento previo de lo penal lo es sólo para el caso previsto por la ley de que el proceso penal hubiere sido promovido antes del ini- ///

1 LLAMBÍAS, Jorge J., Código..., T. II-B, arts. 1101, 1102 y 1103.

2 Ver art. 1106, Cód. Civ.

3 Ver LLAMBÍAS, Jorge J., Código..., T. II-B, arts. 1101 a 1103. Y ley 24.316, art. 5° ,en cuanto reforma el art. 76 del Cód. Pen. y para el caso declara inaplicables las reglas de prejudicialidad de los arts. 1101 y 1102 del Cód. Civ.

cio del civil o durante su trámite. Pero no se impone diligencia ni medida alguna previa para el caso de que el proceso civil preceda y se agote con anterioridad a la promoción de la acción penal. Por ello es fácil concluir que el condicionamiento del juzgamiento civil en este aspecto no existe y así, más que fundarse en la prejudicialidad, debe hacerse en la unidad de la jurisdicción y aseguramiento de la justicia, evitando sentencias contradictorias cuando real y concretamente coexisten dos procesos que versan sobre el mismo hecho y responsabilidad ⁴.

IV. LA OBLIGACIÓN DE ESPERA Y LA GARANTÍA DE DEFENSA

Las notas características de la acción civil reparatoria promovida y tramitada en su propia sede independiente de la penal, lucen con toda su potencia. Por ello es que se da la posibilidad plena para las partes, dependiente de su propio interés y actividad, de ofrecer, producir, acopiar y argumentar ante el juez en orden a prueba, posiciones y conclusiones, que luego dicho juez valora, concluye y juzga, pero que, con anterioridad a ello, no asumió actitudes oficiosas por encima de las partes, imponiendo la conducción del proceso y supliendo lo que estime que las partes omitieron.

Tanto para el demandante como para el demandado, las posibilidades y amplitud de actividad en orden a la defensa de sus respectivas posiciones, resultan la garantía de defensa en juicio.

Pero llega un momento, el más importante: el de la oportunidad del dictado de la sentencia, en que todo ello entra en crisis. El artículo 1101 del Código Civil impone paralizar el trámite del proceso civil ya completo y listo para el pronunciamiento. Hay que esperar el resultado del proceso penal que, sobre el mismo hecho y responsabilidad del agente debe concluir primero; lo que él diga sobre ambos extremos tiene influencia de cosa juzgada sobre lo civil. Viene, de esta suerte, a introducirse en el proceso civil una situación-extraña, que puede tener su base ya en prueba idéntica interpretada en forma diferente, ya en insuficiencia de elementos de juicio alcanzados en forma plena en civil. Todo basado en una ausencia (ya porque no accionó o porque no pudo) del damnificado en sede penal. Por ello, tuvo control activo en el proceso civil, pero no lo tuvo en el penal; y fue este último el que decidió su fracaso.

4 CREUS, Carlos, Influencias del Proceso Penal en el Proceso Civil, pág. 25.

La espera que impone la llamada prejudicialidad del citado artículo 1101 al proceso civil, conlleva en todos los casos, una superación operativa del proceso penal, a veces de límites temporales muy amplios, que permite que en él se sigan acumulando elementos de juicio que el damnificado no puede controlar y que pueden llegar a oscurecer su situación. Ello puede ocurrir a veces en oportunidades prematuras y anormales del proceso penal como es el sobreseimiento o normales como es la sentencia absolutoria, sin que el actor civil pueda oponer ni un argumento. No es parte. Pero soporta las consecuencias de un aspecto de la jurisdicción.

De esta manera lo que se gana en amplitud se pierde por sometimiento. Es verdad que es absolutamente necesario este último para evitar una diversidad de pronunciamientos jurisdiccionales sobre la misma materia; pero también lo es que el remedio adoptado puede amainarse en lo que hace a sus efectos dañosos no queridos por el legislador.

La solución viene por vía de la apertura de la sede represiva activada por la acción penal en el proceso correspondiente por el hecho delictivo, fuente común de daño con el civil, para que la acción indemnizatoria por este último pueda ejercitarse en ese ámbito jurisdiccional.

Muy minuciosa y equilibrada debe ser la actividad del legislador para regular esta introducción, consiguiente ejercicio y consecuente resolución, por cuanto, si tal celo no existiere y su ausencia triunfara en el sistema, la garantía de defensa se ensombrecería pudiendo ser lesionada.

No es tarea fácil. En el campo del derecho público, en el que, en función de daño penal, el orden público impone caracteres de necesidad, obligatoriedad, oficiosidad y ausencia total de disponibilidad, se tiene que introducir una acción que responde al orden privado en relación con un daño personal, la que, en total oposición con el anterior, es de carácter facultativa, de promoción, impulsión y mantenimiento a elección del privado con total disponibilidad.

Se sostiene que esta última acción llevada al campo penal, ello no obstante, conserva todos sus caracteres distintivos propios de su ejercicio en sede propia.

Pero, no es exactamente de ese modo.

La acción penal no necesita la acción civil para su actuación y el proceso represivo tiene plena existencia sin esta última. Se permite la entrada de ésta, pero se la condiciona, de manera que se adecue a la naturaleza pública y de orden público de lo penal.

Ese condicionamiento -ineludible- genera una mutación en el principio de independencia y lo sustituye por el de accesoriadad y dependencia, en cuya virtud, la acción penal marca los pasos e impone su impulso y su tiempo, como así también su oficiosidad en la investigación del hecho-fuente común.

Con ello se logran dos ventajas sobre el sistema independiente.

Una es la de que, si bien se mantiene la vigencia de la llamada prejudicialidad del artículo 1101 y las incidencias de los artículos 1102 y 1103 del Código Civil, se acorta el tiempo de espera a punto tal que, materialmente, se lo borra, sustituyéndolo por una mera preeminencia lógica de lo civil en el contexto de un solo acto que es el del momento mismo del dictado de la sentencia, en la que lo primero será el pronunciamiento penal como condicionante de lo civil. Todo ello tiene mucha importancia dado que la nueva orientación procesal penal plasmada en los nuevos códigos formales, entre ellos el nacional (art. 16), permite el pronunciamiento civil, aun cuando el penal haya sido absolutorio.

La otra es la de que, dado que para la viabilidad del ejercicio de la acción civil en fuero penal es obligatorio ingresar como parte actora civil desde la etapa instructoria del proceso represivo, la posibilidad de acreditación de la causa fuente de la obligación de reparar el daño y su medida y la consiguiente responsabilidad, tanto del imputado como la del tercero que por él deba responder, es plena, amplia y con una extensión que en el curso del proceso llega paralela y concomitantemente con la penal hasta el momento mismo en que ambas, tras los alegatos, se detienen para esperar la sentencia. Desaparece así ese lapso de espera inactivo y expectante que regía en el sistema de independencia, con la consiguiente lesión al derecho de defensa.

Pero para que esta ventaja no se vea eliminada en la práctica, las reglas procesales sobre la materia deben cuidar celosamente la permanencia y trascendencia de las facultades reconocidas al actor, de modo tal que no se las aborte con recortes y negaciones, por cuanto de ese modo es preferible el sistema tradicional.

Cabal ejemplo de ello es el del Código nacional el que, tras atribuir al actor civil, como objeto de su facultad instructoria, el poder proponer todas las medidas tendientes a la acreditación del hecho, su carácter delictivo, la responsabilidad del imputado y demás partícipes, como así la del tercero responsable civil y la magnitud del daño causado y entidad del perjuicio, pudiendo asegurar cautelarmente su reparación (arts. 91, 95 y 193), le permite al juez una discrecionalidad técnica, en la selección de medidas que pueden entrar en el área estrictamente civil para la confección de la demanda y, ya en el máximo, cerrar la instrucción con ///

un sobreseimiento que, pese a echar por tierra toda aspiración y convicción de acreditación del objeto por parte del actor, quedan ambas posturas clausuradas definitivamente para éste por cuanto la ley las declara irrecurribles para dicha parte. Esto no puede ser de esta manera, por cuanto por sobre el argumento de que ésta no es parte penal, está el hecho real de que interviene en el proceso con un derecho legalmente reconocido que no puede serle negado cuando se trata, nada menos, que del resultado alcanzado por lo que se le otorgó.

Vaya lo expuesto como ejemplo del celo regulador en custodia del derecho de defensa que reclamamos del legislador para que este sistema de unificación accionante penal y civil en sede penal no fracase.

El análisis que se efectuará sobre el desarrollo de todo el proceso pondrá de manifiesto el detalle de ese celo en cada instituto de que se trate.

CAPÍTULO VI

LA INSTRUCCIÓN (I) Constitución del actor civil

SUMARIO: I. Concepto. Su función y carácter en el proceso civil conjunto con el penal. - II. La discrecionalidad técnica del juez instructor. - III. Caso especial de los delitos de acción privada. - IV. Promoción de la instrucción pública civil: a) legitimidad; b) capacidad; c) constitución; d) motivación fundante de la acción; e) oportunidad; f) tratamiento; g) unificación de representación.

I. CONCEPTO. SU FUNCIÓN Y CARÁCTER EN EL PROCESO CIVIL CONJUNTO CON EL PENAL

El proceso penal consta, en todos los casos de actuación por delitos de los que nace acción pública, de dos etapas: la "instrucción" y el ".juicio".

La instrucción (arts. 174 a 353, Cód. Proc. Pen.) sintetiza en su propio nombre su finalidad, que es la de acopiar elementos de juicio, rastros, huellas (inspecciones, secuestros, allanamientos, etc.) y pruebas (testimonial, pericial, documental, informes, etc.) que permitan, todos en conjunto, adquirir conocimiento (art. 193, idem); se "instruye" el conocimiento de los sujetos procesales, de modo tal de llegar por parte del fiscal y del querellante -si lo hubiere- a poder acusar y, con ello, abrir el "juicio" (segunda etapa, arts. 354 a 404, idem). La defensa, por su parte, discutirlo y el juez resolver.

a) En realidad lo que ocurre es que esta situación (la de la necesidad adquisitiva de conocimiento) se presenta también e igualmente en el proceso civil.

En éste, la demanda, que es el acto que lo abre, es el resultado de toda una actividad previa investigatoria, de acopio de elementos, cum- ///

plida a partir del primer dicho anoticiante vertido por el cliente al llegar al estudio. El abogado, en privado, escucha su versión; su historia. Se fija sobre ella una mera hipótesis de trabajo y la formulación a muy grandes rasgos de una calificación jurídica. Desde este punto de partida y en relación con esta última, pregunta en averiguación concreta de los extremos integrantes de la figura legal de que se trate. Cuando cierra el círculo institucional y dentro de él ubica el contenido fáctico específico del problema civil que se le ha contado, inquiere sobre la prueba existente (a veces con mucho esfuerzo para desenmarañarla; especialmente cuando la debe articular y componer). Ha investigado; ha instruido su conocimiento. Sobre todo ello, al final, se expide ordenadamente en relación a su mérito, redactando su dictamen que es lo que será la demanda del proceso que promoverá.

Con todo ese trabajo instructorio privado (que al Estado le resulta totalmente ajeno) se acopian todos los datos necesarios para promover la acción civil. Pero puede darse el caso de que, si bien se describe perfectamente al futuro demandado, no se llegue a conocer su completa identificación. O no se tengan en su poder los documentos que se invocan, porque los detiene en el suyo el demandado. En estos supuestos de insuficiencia de medios investigativos o de la fuerza necesaria para adquirirlos en relación con elementos indispensables para la procedencia válida de la demanda, el Estado abandona su indiferencia e investiga y presta al privado su fuerza para que lo faltante sea satisfecho; intima, dispone la prestación, exige datos personales. Estas diligencias se agotan ahí. Todo lo demás es privado. El proceso civil en sede civil se abre, se inicia, con su primer acto oficial que está dado en ocasión de presentarse la demanda y trabar la litis. Se repite: toda la instrucción es actividad privada; ajena a los órganos públicos.

b) En cambio, en el proceso penal respecto del hecho delito criminal la situación es diametralmente distinta. Toda la investigación previa al dictamen de mérito para formular la acusación inicial y abrir el juicio (requerimiento de elevación a juicio, arts. 346-347, últ. parte), es cumplida por un órgano judicial (juez o fiscal, arts. 193,194 y 196). Es actividad pública.

Esta actividad pública, de impulso oficioso, puede recoger, también, indirectamente información de los sujetos privados que, ya como acusación, ya como defensa, la llevan al proceso como noticia de su existencia y piden al órgano público instructor que incorpore a las actuaciones su correspondiente prueba. Ello será admitido o no por el órgano de referencia, según lo estime útil o no. Pero lo cierto es que con toda esa actividad pública -se repite- se reúne en esta etapa todo el co- ///

nocimiento necesario para abrir o no el correspondiente "juicio". Lo no incorporado no existe hasta ese momento.

Más aún, en este tramo de actividad judicial cuando la acumulación de pruebas arribare a cierto nivel como para poder admitir, aceptar como existente el hecho ilícito y también, en el mismo grado de conocimiento, que el imputado es el responsable; en esos casos, muy lejanos por cierto de la certeza, de la convicción, se somete a proceso a los partícipes con una resolución expresa que se llama "auto de procesamiento" y se asegura preventivamente, con prisión procesal, la persona imputada para que en su momento se le pueda hacer cumplir la pena que se le imponga por sentencia; y también se le asegura patrimonialmente por las obligaciones de ese tipo que resulten del proceso y de tal suerte se decretan los embargos o eventualmente la inhibición de sus bienes. Todo esto lo hace, de oficio, el órgano instructor penal. Esa es su función, a la que puede, si quiere, coadyuvar el acusador particular (querellante); o, por su parte, la defensa, en descargo.

Ahora bien, de los analizados, tanto un rasgo como el otro son propios, plenos y autónomos, cada uno, de cada tipo de proceso (civil o penal).

Pero ello es así cuando éstos son independientes, tramitando en sus respectivas sedes. Pero cuando ambos tramitan conjuntamente en las mismas actuaciones y en la misma jurisdicción por promoción de la correspondiente acción civil reparatoria al lado de la penal en pretensión punitiva en sede única penal, la sistemática cambia en cuanto esta última, por vía de accesoriedad de la primera, le impone su forma y ritmo de investigación.

El resultado de esta subordinación de trámite es que la instrucción civil previa a la demanda, se hace incorporando obligatoriamente su propia materia a la actividad instructoria penal en los extremos específicos de cada una. Se impone así una instrucción pública para ambos. Su resultado público en mérito positivo será para lo penal la acusación inicial; y para lo civil, la demanda (arts. 93, 346, 347, últ. parte y 374, últ. parte).

Existe, así, una etapa instructoria civil obligatoria.

II. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DEL JUEZ INSTRUCTOR

Esta discrecionalidad es carácter distintivo de la actividad del juez instructor penal, actividad que debe desarrollarse en forma necesaria y obligatoria, sin discriminación de conveniencia, oportunidad ni ///

división en materia ni sujetos; actividad que debe cubrir todas las circunstancias objetivas y subjetivas normativamente posibles como previsión cerrada represiva previa al hecho. La materia misma que constituye el tema de la investigación transmite la necesidad de reconocer al instructor amplio espectro de líneas de investigación, sobre todo de inicio, que le permitan orientarse positivamente ante el gran cúmulo de posibilidades emergentes de lo inicialmente desconocido.

Esa amplitud y posibilidad de elección convierten a la actividad instructoria en discrecional. En síntesis: disponer las medidas estimadas como más convenientes, y sobre su base, producirlas o denegarlas.

Esta discrecionalidad instructoria no es arbitraria, sino que está ligada íntimamente al cuadro sistemático regulado por la ley que marca el procedimiento, asentado todo en el respeto más absoluto de las garantías constitucionales.

Por ello, esa discrecionalidad debe ser técnica ¹.

Pero en lo que hace a la instrucción pública civil, la situación se modifica en cuanto a su tramo específico reparatorio. En tanto y cuanto se investigue el hecho mismo, con todas sus exigencias, como fuente tanto del daño penal -público- como civil -privado- (el daño en sí) ² habrá coincidencia y la discrecionalidad técnica se mantiene (arts. 14, 16,17,193,194 y 196). Pero cuando sobre la base del hecho común en sí y tras la actividad señalada, se supere su límite propio penal y se entre ///

1 ODERIGO, M. A., op. cit., T. I, pág. 69, "Principio de tecnicismo"; T. II, pág. 7, "Caracteres del sumario... d) técnicamente discrecional para el juez".

2 CREUS, Carlos, op. cit., pág. 24. "Daño y delito. Todo delito entraña lo que los tratadistas... denominan daño criminal, el que se consolida en el ataque que la conducta delictiva importa para el bien jurídico protegido por la ley penal. El daño criminal no es un efecto del delito, sino que es el delito. Pero -y ya como efecto del delito- puede suscitarse otro daño: el civil o privado, o sea, el que sufre una determinada persona en sus bienes materiales (daño patrimonial o material) o afectivo (daño moral) -que puede o no coincidir con el daño criminal- el cual condiciona la pretensión que se hace valer por medio de la acción civil. Sin perjuicio de su recíproca utilidad, la verificación de este daño civil o privado es independiente de la verificación de aquel otro daño criminal o público...".

Ello se traduce en la letra legal, en cuanto "el actor civil tendrá en el proceso la intervención necesaria para acreditar la existencia del hecho delictuoso y los daños y perjuicios que le haya causado, y reclamar las medidas... propias de su pretensión". En tanto la previsión del art. 193, inc. 5º, hace referencia al daño criminal, y no cabe sino excluir de ello al civil, toda vez que expresamente se excluye, en el supuesto, el ejercicio de la acción civil, por lo que el juez estaría actuando sin acción promovida, si se estimare que la expresión es omnicompreensiva de todo daño... Es decir que la previsión legal: "Comprobar la extensión del daño causado por el delito... aunque el damnificado no se hubiera constituido en actor civil", no se refiere a otro daño que el criminal y con el alcance individualizador y mensurador de la pena

conforme la letra del art. 41, inc. 1º, Cód. Pen. (ver sobre esto último ARGIBAY MOLINA, Francisco y otros, op. cit., T. II, págs. 285 a 289).

en el de la entidad del perjuicio civil, con determinación de sus montos, sus variantes y circunstancias propias del objeto indemnizatorio, esa discrecionalidad varía.

En efecto, no se darán ya las circunstancias fundantes propias de lo penal, sino que, en lo privado, se va a trabajar en materia que no es oficiosa y que, siendo precisa, concretamente debe ser incluida en los términos de la demanda. Su base de conocimiento está en lo sufrido por la víctima, ahora actor civil.

Si el actor civil pide medidas y diligencias en función de derecho resarcitorio, dentro de los extremos que le exige la ley procesal de su materia privada, el instructor no puede negárselas. Con una actitud negativa de esa naturaleza puede llegar a coartar su derecho en la interposición de la demanda.

La instrucción civil, en esta parte indemnizatoria específica, ya no es discrecional. Si el Estado impone al damnificado el sometimiento instructorio obligatorio; el Estado debe darle, entonces, su servicio. Denegarlo, por su estimación de inútil o innecesario, es lisa y llanamente arbitrariedad.

Pero arbitrariedad... es cosa que nunca debe aparecer en justicia.

III. CASO ESPECIAL DE LOS DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

Todo lo que antecede tiene plena vigencia para los procesos por delitos de los que nace acción pública oficiosa. Pero difiere en totalidad, de los que lo son por delitos de acción privada (arts. 71, inc 2° v 73, Cód. Pen.).

Estos últimos generan acción ejercitable y continuable sólo por los privados ofendidos, actuando como querellantes (art. 76, Cód. Pen.), extremo por el cual la ley formal penal nacional los regula en forma especial (arts. 415 a 431, Cód. Proc. Pen.).

Esa especialidad parte desde la promoción misma que, eliminando la etapa instructoria, impone iniciar el proceso en la del "juicio" (arts. 424 y 428, Cód. Proc. Pen.). Y esa iniciación es por vía de "querrela" del particular ofendido (arts. 76, Cód. Pen. y 418, Cód. Proc. Pen.), la que a su vez actúa como "acusación", portando consigo la individualización del querellante y del querellado, con narración completa del hecho; acompañamiento de toda la prueba documental y ofrecimiento de la común (art. 418, cit).

Como no hay etapa instructoria oficial y pública, no hay "procesado" porque no se dicta "auto de procesamiento"; sólo hay "acusado".

Junto con esa querrela, como actor penal, puede promoverse "demanda", como actor civil, con todos los recaudos formales impuestos por la ley procesal civil (art. 415, Cód. Proc. Pen.).

Lo que ocurre es que aquí no hay etapa de "instrucción" pública, por lo que no hay tampoco constitución previa y desdoblada en "actor civil". Juntas las dos calidades del "actor" y "demandante" se dan recién y únicamente en esa específica y preclusiva oportunidad de la promoción del proceso en la etapa del "juicio". La instrucción como acopio de material, es, como en la civil, autónoma e independiente: actividad privada.

Por tales razones, del escrito de querrela con ejercicio conjunto de la acción civil reparatoria, y respecto únicamente de esta última, es decir de la demanda, debe darse (de inicio y por fracasada toda conciliación) traslado a la demandada, sea ésta la parte imputada, ya el tercero civilmente responsable, para que la conteste, reconvenga o excepcione y ofrezca su prueba y el primero le conteste. Luego de lo cual se entra de pleno al trámite del "juicio" (art. 428).

Como no hay "instrucción" pública, no hay "auto de procesamiento" y, en consecuencia, no hay tampoco embargos penales (art. 518, Cód. Proc. Pen.), razón por la cual las medidas cautelares patrimoniales que pretende el actor civil, deberá solicitarlas y concretarlas en los tiempos, formas y garantías que impone la regulación procesal civil.

IV. PROMOCIÓN DE LA INSTRUCCIÓN PÚBLICA CIVIL

Cuando se da el caso del ejercicio simultáneo de la acción reparatoria civil con la represiva, en sede conjunta penal, la instrucción civil puede promoverse desde inicio juntamente con la de lo penal; o, en su caso, intervenir en ésta con el propósito instructorio propio, en cualquier estado en que se encuentre la penal, antes de su clausura.

Para ambos casos, y como consecuencia de la imposición de la etapa instructoria previa y obligatoria, se produce una singular fisura en la persona del perjudicado civil por el ilícito, en cuanto se la divide en: 1) actor civil, parte accionante de constitución obligatoria en la etapa instructoria penal cuando se propone actuar con miras a demandar; 2) demandante, en cuanto con el material acopiado en la "instrucción" abre la etapa del "juicio" civil con su demanda. Ofreciéndose la originalidad de que siendo lo primero puede llegar a no ser lo segundo, porque desista expresa o tácitamente. Aquello porque así lo manifieste; esto, porque deje vencer el término de demanda sin interponerla.

Lo especial también se da en cuanto a que el simple actor civil, sin haber promovido aún su demanda, es ya accionante. Tanto ello así se comporta que su simple constitución, como promoción de acción, corta la prescripción de dicha acción.

a) Legitimidad

Para poder asumir la calidad de actor civil es necesario que se trate del damnificado directo por el hecho ilícito; es decir, el perjudicado inmediato (art. 14, Cód. Proc. Pen.).

Este, que puede coincidir con el particular ofendido titular del bien jurídico protegido penalmente, está habilitado en este supuesto para, si quiere hacerlo, asumir también la calidad de parte en el proceso penal (instrucción), constituyéndose en querellante (art. 82, Cód. Proc. Pen.). Cubriría de esta suerte toda la instrucción, de modo que como querellante podría recurrir de lo que hace estrictamente a lo penal y que puede tener incidencia en lo civil, como lo es el sobreseimiento (que con la nueva ley procesal siempre es definitivo) y la absolución (arts. 1101 a 1103, Cód. Civ.).

Y en lo referente a lo civil, como actor puede pedir la prueba de su perjuicio en lo que hace a su magnitud, extensión, calidad y cantidad de cada uno de sus rubros y recurrir la sentencia sobre reparación; cosas que no puede hacer el mero querellante (arts. 91 y 462, Cód. Proc. Pen.).

No es necesario para constituirse en actor civil y actuar de allí en más, constituirse también y obligatoriamente, en lo penal, como querellante; esto es: no hay dependencia entre una parte y otra, como era con el régimen viejo.

Pero en sede conjunta con lo penal, se elimina como posible actor civil a la persona que soportó perjuicio indirecto. Se limita así el alcance del artículo 1079 del Código Civil, de plena vigencia en lo civil independiente (accionante civil en sede civil), que lo permite.

Para distinguir el uno del otro podría sintetizarse diciendo que directo es el perjuicio que tiene como causa inmediata al hecho ilícito mismo; se deriva de éste sin intermediación causal, aun cuando la extensión de la misma causa genere responsabilidad por todo lo sufrido. Pero en todos los casos, el mal derivado del ilícito recae, sin solución de continuidad, sobre la persona o los bienes del sujeto pasivo de la acción u omisión dañosa. Su titular es la víctima, sea ella la dueña del bien despojado, o sea ella la que estaba en su legítimo goce como tenedora.

En el primer supuesto hay un solo damnificado directo y en el segundo, dos. Ambos serán titulares habilitados para asumir el rol de actor civil. En cambio, el indirecto es aquel que deriva de otra causa ajena a la generadora del perjuicio principal. Este último (el perjuicio principal) es el que por sí se convierte en causa del perjuicio que sufre un tercer sujeto en un derecho propio. Pero, así, el hecho ilícito no es su causa. El efecto es sólo por rebote. El tercero no puede, en sede penal, ser actor civil³.

La fundamentación de esa imposibilidad radica en la naturaleza misma del objeto procesal penal, que está integrado por un hecho tipificado que, por afectar un bien jurídico protegido penalmente, deriva para el responsable consecuencia personal inextensible⁴.

Pero como el perjuicio es daño patrimonialmente apreciable y esta lesión a los bienes o a los derechos es transmisible *mortis causa* y los herederos continúan la persona del causante, ellos podrán, como perjudicados patrimoniales directos, asumir calidad de actores en la medida de sus respectivas porciones hereditarias (tanto legítimas, como testamentarias). La diferencia está en que el legítimo puede agregar a la reparación del daño, el moral, siempre que el causante hubiere

3 CAFFERATA NORES, José I., *Temas de Derecho Procesal Penal*, Depalma, pág. 58, comenta la forma en que evolucionó la jurisprudencia de Córdoba sobre un punto afín al comentado, que es que no se admitía la instancia de quien, sin haber sido víctima del delito de lesiones culposas, se consideraba damnificado por el hecho de haberse destruido en el accidente el vehículo de su propiedad conducido por el lesionado, porque no existía identidad entre el bien jurídico protegido por el art. 94, Cód. Pen., con el daño sufrido por el automotor. Esta posición restrictiva fue variando hasta que se estableció por el Tribunal Superior de Justicia ("Ganim, Miguel", 25-111-1980) que "quien sufre un daño, resultando directamente damnificado y sin ser sujeto pasivo del delito, en virtud del art. 14, Cód. Proc. Pen., puede ejercer la acción civil en el proceso penal". Este sistema... aporta ventajas de economía de la actividad jurisdiccional y de gastos y una más rápida satisfacción de la pretensión resarcitoria.

4 CAFFERATA ÑORES, José, *op. cit.*, pág. 58, comenta también que "se discutió asimismo si en un choque entre dos vehículos, a consecuencia del cual los dos conductores resultan heridos y, por ende, ambos imputados (cada uno por las lesiones del otro), era posible que cada uno de ellos se constituyera en actor civil para reclamar del otro la indemnización de los daños sufridos. Basándose en que cada conductor deberá responder civilmente y en la medida de su culpa por los perjuicios del otro, y en que la actuación como imputado y actor civil no está prohibida por la ley, ni es incompatible, ni entorpece el desarrollo del proceso en cuanto a su objeto principal (la cuestión penal), se admitió la acción civil del coimputado en contra del otro...".

Este criterio fue aplicado, a nuestro parecer erróneamente, en La Pampa (causa nro. 415/94, Juzgado de Instrucción nro. 2, Santa Rosa) en el caso de un choque en el que resultaron imputados ambos conductores y en el que asumió como actor civil uno de ellos contra el otro por la muerte, a consecuencia del hecho, de un tercero que era su hija. Creemos que ninguno de los fundamentos del criterio permisivo

es aplicable a este caso, en el que no se había dilucidado aún si el propio accionante no era el responsable del evento.

promovido acción en vida (art. 1099, Cód. Civ.). En tanto que el testamentario sólo el material (art. 14, Cód. Proc. Pen.).

Por cierto que tanto el titular como sus herederos, pueden, en caso de incapacidad, actuar por intermedio de sus representantes legales (arts. 54,57 y 59, Cód. Civ. y 14, Cód. Proc. Pen.) con la obligatoria intervención promiscua del asesor de menores e incapaces.

Por su parte, siendo las personas ideales también posibles titulares de acción porque soportan ellas el perjuicio directo, dado su propia naturaleza jurídica actuarán en su representación las personas físicas que legalmente se instituyan como "órganos adecuados" (arts. 35, 36 y 37, Cód. Civ.).

Además de lo que antecede, es procedente, por cierto, la asunción por intermedio del representante convencional (apoderado). Es suficiente, para actuar como tal, el poder general; en cambio, si va a sumar la acción penal y constituirse en querellante además de actor civil, dicho poder debe incluir expresa autorización para este supuesto represivo; es decir: agregar mandato o cláusula especial para querellar, individualizando la causa penal (arts. 14, cit. y 83, Cód. Proc. Pen.).

El propio Estado, si resultare damnificado civilmente por el hecho ilícito, puede asumir la calidad de actor civil. Para ello será representado por el cuerpo de abogados del Estado, con los poderes correspondientes (art. 15, Cód. Proc. Pen.).

b) Capacidad

La constitución de actor civil se resume en un acto positivo de voluntad por el que el titular del derecho subjetivo abstracto, sus herederos o representantes piden intervenir en el proceso para probar y que se le reconozca aquél en el caso concreto.

Tal extremo exige que el pretendiente individual tenga capacidad de hecho necesaria para estar en juicio, es decir que tenga la aptitud indispensable para ejercer acciones civiles. Por esa razón es que en este tópico hay una expresa remisión a las previsiones del Código Civil (art. 87, Cód. Proc. Pen.).

Y es precisamente respecto de éste que vale la regla general de que, en principio, todas las personas mayores de edad son capaces de estar en juicio.

Tras ello y particularizada la cuestión:

1) Son absolutamente incapaces, las personas previstas por el artículo 54 del Código Civil, respecto de cada una de las cuales se impone ///

que actúen por ellas sus representantes legales con la intervención promiscua del asesor de menores (art. 59, id.). En orden a tal representación y con relación a cada uno de los incapaces previstos, rigen: a) respecto de las personas por nacer, los artículos 63 y 480, idem; b) de los menores impúberes, los artículos 126, 274, 280 y 411, idem; c) de los dementes declarados tales en juicio, los artículos 140, 145, 154, 230, 411 y 154, idem; d) de los ausentes declarados tales en juicio, el artículo 55, inciso 3º, idem.

2) Son relativamente incapaces, las personas previstas por el artículo 55, idem respecto de las cuales (menores adultos) -art. 127- rigen los artículos 274, 380 y 411, idem, con la intervención promiscua del asesor de incapaces.

También se encuentran en esta situación de incapacidad los condenados a la pena de más de tres años de prisión o reclusión, mientras dure la privación de libertad, según lo establecido por el artículo 12 del Código Penal, que manda proveer a su representación conforme la letra de la ley civil.

c) Constitución

Para constituirse en actor civil, las personas legalmente habilitadas para ello deben necesariamente presentarse, por sí o por apoderado (acompañando poder), en la instrucción, por escrito y con patrocinio letrado, solicitándolo (arts. 89 y 110, Cód. Proc. Pen.).

La constitución la hace el tribunal, pero a instancia de parte. Ese pedido de constitución es por presentación escrita, que debe, bajo pena de inadmisibilidad, contener las condiciones personales y el domicilio legal del accionante; precisar a qué proceso se refiere y los motivos en que funda la acción (art. 89). Sobre este último punto volveremos más adelante.

Aunque no se exige como recaudo de procedencia, a los efectos de una mejor fijación del motivo de la constitución y facilitación de la defensa en juicio, sería conveniente además, por cierto, pero no obligatoriamente, que se individualizara al demandado. Este puede serlo tanto el imputado por el daño derivado de su propio actuar, como un tercero -persona física o ideal- que responda legalmente por él (arts. 1113, 1114, 1117, 1118 y 1119, Cód. Civ.), con indicación además, en este caso, de su domicilio (arts. 89 y 97, Cód. Proc. Pen.). Respecto del imputado mismo, por individualizado ya en el proceso, este recaudo care- ///

ce de trascendencia. Ello no ocurre igual cuando esa individualización aún no se logró (art. 88, Cód. Proc. Pen.).

El tercero civil puede o no, a elección del actor, ser demandado además del imputado. Pero este último debe serlo siempre que lo sea el tercero (art. 88, cit.).

El actor tiene plena libertad de oportunidad y conveniencia, tanto personal como real, en orden a la promoción y dirección de su acción, por lo que puede, en el caso de ser varios los imputados y demandados terceros, actuar contra todos o sólo contra algunos. El silencio al respecto generaliza e incluye en la acción a todos (art. 88, Cód. Proc. Pen.).

La originalidad actora civil en esta fase instructoria en sede penal está dada por el hecho de que la constitución se puede hacer aun cuando no se sepa todavía quién es el imputado responsable; que no se haya aún determinado o descubierto al imputado. Pese a ello, por la naturaleza misma de las actuaciones enderezadas, como finalidad, a esa determinación como objeto de trabajo instructorio (art. 193, inc. 3º, Cód. Proc. Pen.), puede accionarse a las resultas de esa determinación, oportunidad en que se concretará la acción (arts. 81, 1ra. parte y 92, últ. parte, Cód. Proc. Pen.). Pero tal constitución no produce efecto hasta que se individualice al imputado y se le notifique el auto de constitución (ver Cap. VI, punto f).

De todo lo expuesto en este punto resulta con total claridad que la posición procesal común del accionante civil se desdobra, y que ello es consecuencia directa y obligada de la imposición legal del período instructorio civil previo al que ineludiblemente debe someterse el damnificado para pretender accionar por reparación del daño inferido.

Lo que es corriente y en casi la totalidad de los casos civiles acontece, es que el accionante concrete su actuar en un solo momento; que ponga en movimiento la jurisdicción ejerciendo acción, exponga su pretensión y que todo lo presente como forma de inicio, en su demanda. De esta manera esta última se presenta como un todo, del cual se da traslado al demandado para que conteste y se defienda. Se traba así la litis.

Lo excepcional de la nueva forma adoptada por el Código Procesal Penal nacional en este tópico de ejercicio conjunto de acción civil reparatoria, es que desdobra al accionante en dos pasos. El primero consiste en la mera presentación, promoviendo acción y señalando el marco fáctico en que se mueve su aspiración pero sin fundar su pretensión.

En este primer paso se constituye en actor civil y promueve acción, pero no agrega contenido a su demanda; no hay demanda en este Código; sólo hay constitución.

Sobre esta presentación el o los demandados, es decir: los que se señalan como responsables por el daño causado, tienen o tendrían que poder cuestionar esa constitución. Su actuación en tal situación se reduce a una cuestión formal. No pueden entrar en el fondo, por cuanto no hay aún demanda.

Este actor civil así advenido, en la oportunidad del artículo 346 del Código Procesal Penal nacional y conforme el artículo 93, idem producirá el segundo paso, en cuanto concretará su demanda, formalizando con todo detalle su pretensión, que deberá ser contestada por el demandado (art. 101, idem).

Es decir, se juntan en esta oportunidad el "actor" y su "demanda" y surge una unidad. Ella será la que luego, al final de la etapa del "debate", alegará y dirá en definitiva de su pretensión civil.

Este excepcional desdoblamiento tiene algún antecedente en las leyes procesales civiles locales, para menor cuantía, que es señalado como precedente por la doctrina ⁵.

d) Motivación fundante de la acción

Tal como lo adelantamos en el punto precedente, el escrito por el que se promueve la instancia de constitución, entre los recaudos que la ley le exige como indispensables para su procedencia, debe insertar la determinación de los motivos en que se funda la acción (art. 89, Cód. Proc. Pen.).

Estos se resumen en: 1) narración sintética del hecho-fuente; 2) relación de éste con el daño producido; 3) en vinculación con el daño, distinguiéndose claramente el penal del civil, con indicación del material -en el caso de que se demandare por él- y sus componentes: daño emergente y lucro cesante, claramente separado del moral, no siendo necesario aún que se fijen montos; 4) responsabilidad imputada al o a los demandados. Todo ello es lo que constituye la causa petendi o sea el fundamento de la pretensión, aun cuando no se impone que ésta sea en esta oportunidad expuesta con toda amplitud, reservando esa ta- ///

5 PALACIO, Lino E., op. cit.,pág. 110-a): "quizás una de las razones que ha impedido percibir la diferencia entre... (pretensión y demanda)... deriva de la circunstancia de que, en la gran mayoría de los casos, la pretensión procesal se encuentra contenida en la demanda, lo cual, sin embargo, no es forzoso, como ocurre por ejemplo en el régimen de justicia de paz vigente en algunas provincias. Conforme con él la demanda no cumple otra función que la de determinar la simple apertura del proceso, debiendo la pretensión formularse en una oportunidad posterior".

rea para cuando el actor civil deba concretar su demanda (art. 93, Cód. Proc. Pen.).

Esta presentación sintética adelanta al juez y a los demandados la materia sobre la que versará el proceso e impone límites. Por un lado lo hace con respecto al juez, el que no podrá asumir la determinación oficiosa del tema en litigio que es actividad estrictamente de parte porque se trata de acción privada. Y, por el otro, fijará la parte misma, de inicio, su propio límite a lo que va a reclamar congruentemente en todo el curso del proceso y que la demandada podrá conocer desde el punto de partida amparándose de todo cambio posterior y preservando su derecho de defensa.

Si bien la ley procesal nacional se limita a exigir la exposición de los motivos de la acción, entrando a considerar lo que debe entenderse por ello cabe determinar y, en su consecuencia, exigir el detalle de los tónicos expuestos anteriormente, como integrantes del recaudo legal ⁶.

Pero debe señalarse también que una cosa es el daño penal o daño público, que es el que se nuclea en torno al bien jurídico protegido por la norma penal y que es la lesión o eliminación del mismo en la forma prevista por el respectivo tipo; es el delito mismo. A él es al que se refiere el Código Penal cuando en el artículo 41, inciso 1º, invoca como elemento objetivo mensurador de la pena, la extensión del daño causado. A él es al que se refiere el artículo 193, inciso 5º, del Código Procesal Penal nacional, cuando lo invoca como materia a determinar procesalmente. Corrobora esta afirmación el hecho de que el propio Código lo exige, aun cuando no hubiere ejercicio de acción civil. Lo que demuestra que no se refiere a la reparatoria civil pues no ha abierto el proceso; pero sí a la penal en marcha y que necesita de ello para poder mensurar la pena como ya se ha dicho.

En tanto el daño civil, privado o patrimonial, aun cuando pueda coincidir con el público, es diferente ⁷.

Ello se corrobora con la previsión de nuestro Código nacional del artículo 194 que manda al juez proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su jurisdicción. La que, a su vez, se complementa con la de su artículo 91 que asegura al actor civil la intervención necesaria para acreditar la existencia del hecho delictuoso y los daños y perjuicios que le haya causado.

6 CREUS, Carlos, op. cit., pág. 164, nro. 5 y pág. 166, nro. 8.

7 CREUS, Carlos, op. cit., pág. 24: "El daño criminal no es efecto del delito; sino que es el delito. Pero -y ya como efecto del delito- puede suscitarse otro daño: el civil o privado... que se hace valer por medio de la acción civil...".

Sin perjuicio de su recíproca utilidad, la verificación de este daño civil o privado es independiente de la verificación de aquel otro daño criminal o público...⁸.

Mención del daño sufrido en el orden civil. No es necesario proporcionar detalles de total precisión ni fijar montos, pero sí una descripción suficiente sobre la especie de aquéllos sobre los que versará la acción... no bastaría una simple referencia a la existencia de "daños" sin una mínima canalización de sus especies...^{9y10}.

e) Oportunidad

En lo que hace a la oportunidad en que esa constitución de actor civil debe hacerse, ha de señalarse que la ley la enmarca con toda claridad.

Ello es así aun cuando a uno de sus extremos temporales debamos observarlo por considerar que se encuentra desarticulado de las fases que en esa etapa instructoria están previstas como preclusivas de tal derecho.

En efecto, en lo que hace a la previsión legal -art. 90, Cód. Proc. Pen.- la constitución puede efectuarse durante toda la etapa instructoria, desde su inicio mismo, hasta su clausura.

Diáfana es dicha norma en cuanto no admite confusión sistemática alguna respecto de su punto de partida. Pero no lo es en su punto final.

1) Desde el inicio. Por cuanto el damnificado, como cualquier persona en general, puede hacer denuncia de delito del que nace acción pública (art. 174, Cód. Proc. Pen.). Y en ese mismo momento, cuando tiene la calidad de damnificado patrimonial derivada del hecho que de- ///

8 CREUS, Carlos, op. cit., textual pág. 24, nro. 2.

9 CREUS, Carlos, op. cit., textual pág. 165, nro. 6.

10 Cámara de Acusación, resol, nro. 11, 7-III-1986, "Peludero, C. H. y otro s/defraudación". Apelación de exclusión de actores civiles, Boletín Judicial Córdoba, vol. XXX, T. 1,1986: "1) La instancia de constitución en actor civil no importa una demanda propiamente dicha dentro del sistema de la ley, sino el ejercicio de la respectiva acción civil en su manifestación inicial -promoción- y tiene limitados efectos, aun cuando resulte apto para interrumpir la prescripción de la acción civil. 2) No es necesario que en la instancia de constitución en actor civil se exprese la extensión material del daño causado, ni su estimación en dinero; basta con que se precise cuál aspecto del resarcimiento al que tiene derecho es el que se reclama. Sí es necesario que la causa petendi esté satisfecha. 3)... la ley no exige un formulismo sacramental para expresar tales aspectos, ni tampoco un detalle del monto resarcible, lo que deja reservado para ulteriores etapas..., sólo impone la obligación de consignar de una manera inequívoca los aspectos aludidos que dan basamento a la instancia...".

nuncia, puede constituirse en parte como actor civil, cumpliendo para ello con los recaudos impuestos por la ley (art. 90, id.).

No empaña esta conclusión el extremo de que, en el orden penal, el denunciante pueda, como ofendido, constituirse también, en el mismo acto, en querellante (art. 174 infine) y también, facultativamente, en querellante - actor civil (art. 82 últ. parte, id.). Así, porque la ley actual no impone, como lo hacía la vieja, ser querellante para ser actor civil. Esta independencia surge de la sistemática completa legal (arts. 87 a 96, id.).

En síntesis, el denunciante puede en el mismo acto de denuncia asumir, si es el particular ofendido y perjudicado directo, los roles de querellante y actor civil, juntos o separados. Actitud esta que puede adoptar durante todo el curso de la instrucción.

2) Clausura de la instrucción. Según la ley, ésta es la que marca el límite final para constituirse en actor civil (art. 90).

Ello, sistemáticamente, es inexacto.

Y una afirmación legal tan genérica puede hacer perder, al inadvertido, el derecho a hacerlo. Esa afirmación del legislador rompe toda la sistemática que él mismo ha instituido para el advenimiento de dicha clausura.

En efecto, cumplido el objeto de la instrucción penal (art. 193) y de la civil conjunta (art. 91) el tribunal debe correr vista de todo lo actuado a todas las partes acusadoras (fiscal - querellante - actor civil) para que se expidan sobre el mérito de lo cumplido (arts. 346 y 93).

La opinión de todas las partes citadas se concretará cuando el mérito es positivo, en sus dictámenes. Los acusadores -fiscal y querellante- son los que, conocidos como "requerimiento de elevación a juicio", serán objeto de traslado a la defensa (art. 349). A ésta se le da una oportunidad, la que puede usar o no, para oponerse.

En cambio, el actor civil produce su dictamen que es la demanda civil (art. 93). De ella se correrá traslado a los demandados (imputado - tercero civil) para que la contesten, reconvengan, excepcionen, etcétera (art. 101).

Después de todo ello, el tribunal produce la clausura de la instrucción (arts. 349, últ. parte y 351 a 353).

Conclusión: la demanda civil es, junto con la acusación, presupuesto procesal de la clausura.

Ahora bien, si el damnificado no se constituye en actor civil antes de la vista de mérito (arts. 93 y 346) no podrá formular demanda (art. 90, 2da. parte). Pero para ser terminante, en cuanto a esta etapa preclusiva de derecho de demandar, el artículo 94, segunda parte, impone que ///

al damnificado que no concrete su demanda en la oportunidad fijada en el citado artículo 93 se lo tendrá por desistido, lo que implica renuncia a la acción civil.

En síntesis, la última oportunidad legal para constituirse en parte actora civil en el proceso penal conjunto es, hasta el momento mismo anterior al dictado del auto de mérito (art. 346) y ello para que le reste suficiente margen temporal para que le pueda ser notificado a él y pueda contar a su vez con el término de ley para demandar¹¹. Esto sin dejar de lado las notificaciones que deben correrse sobre la constitución a los demandados (arts. 92,97 y 98).

f) Tratamiento

Instada la constitución de actor civil, el juez debe resolver a su respecto, ya sea por su aceptación, como por su rechazo.

Ni para uno ni para lo otro la ley procesal penal nacional contiene regulación específica. Ello obliga al intérprete a buscar una solución. Esta, para ambos supuestos, es diferente.

Así, desde un punto de vista general, el pedido de constitución entra por Secretaría, poniéndoselo de inmediato a despacho. La resolución correspondiente debe expedirse en el término de cinco días, porque como la petición puede ser rechazada y para ello debe exponerse el fundamento, no puede tratarse sino de un auto, el que con ajuste a las previsiones de los artículos 122 a 125, tiene dicho término.

1) Aceptación. Nada dice la ley sobre este punto. Pero ofrece pautas que permiten arribar a una solución.

En primer lugar, en su artículo 14 establece a quién corresponde la facultad de ejercitar acción, en tanto que en el 87 exige respecto de ///

11 En contra: Juzg. Fed. Crim. nro. 1. San Martín, 12-X-1993, juez fed. Enrique Gatti, Doctrina Judicial, nro. 8677: "La constitución del actor civil puede operar hasta la clausura de la instrucción (art. 90, Cód. Proc. Pen.) con el decreto o auto de elevación a juicio". En los fundamentos admite la incongruencia del art. 90 con el 93 y de ambos con los arts. 346, 349, 350 y 351 y pretende armonizarlos pretorianamente admitiendo la constitución hasta el auto de clausura y concediendo hasta ese momento al reciente actor civil el término del art. 93 para concretar su demanda, para lo cual crea una norma que no existe: darle vista del art. 346 para que demande, sin reparar que en Derecho penal todos los términos son perentorios e improrrogables, como también que la etapa de la vista de mérito (art. 346) y a en ese momento está perimida. La distorsión de las normas comentadas proviene del mero traslado al Código nacional, de las del de La Pampa, que ubica la formulación de la demanda en la etapa preliminar del juicio, en cuyo caso el auto de clausura en este punto sería inocuo para cercenar el derecho.

ese titular su capacidad para estar en juicio o su representación legal pertinente. Extremos estos, que conducen para su precisa determinación a las pertinentes normas civiles sustanciales que los regulan. El conjunto de estos recaudos los distinguiremos como de fondo.

En segundo lugar, la citada ley adjetiva impone formas que deben ser satisfechas bajo pena de inadmisibilidad. Tal la formulación del pedido personalmente o por mandatario, en un escrito que contenga las condiciones personales y el domicilio legal del accionante, a qué proceso se refiere y los motivos en que se funda la acción (art. 89), lo cual debe ser cumplido en un término útil que se indica concretamente, con expresa conminación sancionatoria de que si se lo rebasa, la constitución será rechazada (art. 90).

La imposición de satisfacción de tales condiciones demanda, por lógica, el previo contralor de su cumplimiento, por parte del tribunal, para resolver sobre lo que se le peticiona.

Si dichos presupuestos han sido cumplidos según la apreciación jurisdiccional, por decreto simple produce la constitución del actor civil y manda notificar a él o a los demandados (art. 92).

2) Rechazo. Por el contrario, si los presupuestos, ya sean los que hemos resalta-do como de fondo, ya los adjetivos, no fueren satisfechos, el juez con destacado funda-mento al respecto, no hará lugar a la constitución. Auto motivado.

Ello supone la admisión tácita por el código formal de la existencia de la citada etapa de contralor previo de regularidad por parte de la jurisdicción, que permite el saneamiento oportuno del procedimiento. Pero, debe destacarse que dicho control es me-ramente provisorio y que su conclusión excluyente de la constitución de parte civil no importa precedente válido alguno (es meramente provisorio y al efecto) con relación a la carencia sustancial que se hubiere invocado como fundamento del rechazo. Es decir, las afirmaciones de falta de titularidad o de capacidad, pueden ser revisadas ampliamente en el curso posterior del proceso ¹².

12 VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, T. III, El actor civil en el proceso penal: "...la admisión del damnificado como actor civil no depende únicamente de su voluntad sino también de un examen jurisdiccional preventivo que asegure el probable fundamento de la pretensión resarcitoria,..." (pág. 1079). "... Constituirse significa adquirir esa calidad (actor civil), 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 previo: se basa en la presunta existencia del derecho resarcitorio que el pretendiente afirma... La constitución no existe antes de ese pronunciamiento... La resolu- ///

Este rechazo no está regulado por la ley nacional. Pero surge del contexto de exigencias que ella impone. Dentro de este último encontramos solución para la impugnación por parte del rechazado, ya por vía de nulidad por ausencia de fundamentos válidos (arts. 123, 166 y 169) o por vía del recurso de apelación, atento a que, por pérdida de oportunidad y su preclusión (art. 90, últ. parte) el proveído negativo causaría gravamen irreparable (art. 499).

Hasta esta altura la situación procesal puede ser solucionada pese a los magros elementos que ofrece la ley.

No ocurre lo mismo cuando el auto de constitución es positivo, ya en forma directa o por la de la apelación con resultado favorable. A partir de su emisión, la constitución de actor civil está consumada y luego de la última notificación a los demandados, produce sus efectos; esto es: puede ejercitar los derechos que la ley le acuerda como parte privada (arts. 91 y 92).

Débase señalar en esta parte que, por ausencia de norma que lo prevea en el Código nacional, el juez luego del proveído de constitución carece de toda facultad, oficiosa o instada, de revocarlo por advertir la presencia de causal de improcedencia preexistente no advertida o sobreviniente.

Introducida la situación precedente, puede darse que lo que no advirtió el juez como obstativo, lo sea por los demandados, por lo que, tras la notificación, pretendan plantear la improcedencia de la constitución. Para algo se los notificó (arts. 142, 147 a 150, 161, últ. parte y 163).

Semejante situación trae de la mano la necesidad de haber previsto el sistema de oposición que regulan otros códigos formales provinciales, y que el nacional actual ha omitido en totalidad. Queda vacante así toda una parte institucional procesal, a la que no puede arrimarse otra solución, sustitutiva de la ausencia, que la aplicación del régimen de las excepciones procesales civiles, al contestar el traslado de la demanda, al final de la instrucción y cuando ya se ha causado a la otra parte todo el daño procesal posible, en evidente desigualdad, si al final, triunfando la excepción, se separa al actor de inicio constituido sin contradicción oportuna de la contraria.

Este punto, por su carácter, lo trataremos en el capítulo siguiente.

ción que la acuerda no implica, por cierto, un juicio definitivo sobre el fundamento de la pretensión resarcitoria..." (pág. 1087).

g) Unificación de representación

Cuando los perjudicados, por el hecho delictivo, que promueven acción civil reparatoria conjunta en sede penal, fueren dos o más en comunidad -además de la fuente de intereses, de pretensión, de derecho, de circunstancias y de demandado, a petición de este último, de los propios actores o de oficio, el juez puede disponer que todos unifiquen su representación.

Esta posibilidad tiene una obvia fundamentación en el propósito de orden y economía procesal, evitando una, a veces agobiante, multiplicidad de actos, diligencias y trámites repetitivos sobre el mismo aspecto, que no conducen a otra parte que a la dilación y violación del tiempo como garantía del debido proceso. A la par, esta multiplicidad oscurece, a veces, la diafanidad del proceso y puede llegar a afectar el derecho de defensa en juicio.

La unificación de representación es instituto corriente en el proceso civil independiente cuando en las circunstancias citadas al inicio, surge en su seno la comunidad de interés y fundamento de demanda (art. 54, CPCCN).

Se observará, por cierto, que ésta se da y se impone luego de contestadas las demandas. Es verdad; pero es el caso de que en este proceso civil independiente en sede civil, la etapa instructoria pública y obligatoria, no existe como en sede penal conjunta con la civil.

De ello se deduce que, en lo civil, la unidad se persigue desde el inicio. Y la situación es igual, en cuanto a finalidad y oportunidad, en la instrucción conjunta en sede penal, dado su modalidad, que también es inicio.

Ante la división del damnificado en "actor civil" y "demandante" que impone el régimen procesal represivo y la posibilidad que tiene el primero -como investigador- de pedir todas las medidas necesarias para fundar los extremos de su futura demanda, la unidad se impone en esta original etapa que es la instrucción civil pública y obligatoria.

Piénsese en el hecho del choque de un vehículo de pasajeros repleto de gente, debido a la culpa de su conductor, dependiente de una empresa de transporte. Debido al impacto, todos ellos están heridos de distinta consideración; todos tienen la misma fuente, el mismo interés y los mismos fundamentos; lo que varía es la entidad del perjuicio. Todos actúan civilmente en sede penal -por el delito culposo imputado al conductor- constituyéndose en "actores civiles". Si hay constitución contra el conductor solo; o contra el tercero civil responsable, ya que esto con- ///

lleva la demanda contra el imputado también (ver art. 88, Cód. Proc. Pen.), se comprenderá la necesidad de unificar la representación.

En el caso de que unos se constituyeran sólo contra el imputado y otros también contra el tercero, como el primero no conlleva al segundo, la unificación tendría que hacerse por separado en dos grupos.

Se observará que sobre el punto que tratamos no hay en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación ninguna disposición que lo prevea. Es verdad.

Pero sostenemos su procedencia sobre los siguientes fundamentos:

- 1) La necesidad que funda el instituto en civil es la misma.
- 2) Lo que se impone en civil independiente, se lo hace en la oportunidad allí prevista porque es el primer paso del posible conflicto. El de lo penal es el que comentamos: el inicio de la instrucción civil.
- 3) La ley adjetiva penal en situación propia similar, también quiere evitar demoras procesales y por ello impone a su "damnificado penal", que es el querellante, que unifique su representación. Y si no lo hace se lo hará el juez (arts. 85 y 416, Cód. Proc. Pen.).
- 4) Como el querellante puede también, por su perjuicio, asumir en el mismo acto la calidad de parte civil (art. 82, últ. párr., Cód. Proc. Pen.), si todos asumieran tales calidades, se daría el contrasentido de que habría un solo representante querellante y, en lo civil, una comunidad. Todos son las mismas personas ofendidas y damnificadas.
- 5) No se conculca ninguna garantía de nadie por cuanto con tal temperamento se coadyuva a un mejor orden procesal, lo que en definitiva desemboca en el respeto de los derechos de las partes y una mejor administración de Justicia.

CAPÍTULO VII

LA INSTRUCCIÓN (II) **Constitución del demandado**

SUMARIO: I. Demandado: a) concepto; b) personas que pueden serlo; c) constitución; d) formalidad de la citación al tercero; e) efectos de la constitución en parte demandada; f) incomparecencia de tercero ante la citación; g) caducidad de la intervención de los demandados- II. Oposición a la constitución del actor civil: a) concepto; b) ausencia de régimen de oposición en el Código nacional.- III. Las excepciones procesales civiles, como único recurso de oposición.-

I. DEMANDADO

a) Concepto

Es el sujeto pasivo de la relación procesal; aquel que en la materia específica del proceso (objeto procesal) es el destinatario de la pretensión; es decir aquel en contra del cual se aspira el reconocimiento del derecho subjetivo de someterlo a cumplimiento, que peticiona el actor civil invocando el Derecho de fondo cuya actuación en el caso concreto demanda.

En el campo restringido en que se admite la promoción de la acción civil en sede penal, dicho sujeto procesal es el presunto deudor de reparación (ya restitución, ya indemnización) del daño causado por el hecho" que, siendo delito penal, constituye la materia del proceso represivo, pero también lo es del civil que, con igual motivo se conecta con él.

b) Personas que pueden serlo

En esta área restringida sólo pueden ser demandados los partícipes del delito y, en su caso, el civilmente responsable (art. 14, Cód. Proc. Pen.). Se agrega en lo que hace a terceros ajenos a la comisión del delito, al asegurador por imperio de la Ley Nacional de Seguros y al que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, por el artículo 32 del Código Penal.

1) En orden a los primeros, esto es los sujetos que en cualquier forma o grado, con culpabilidad, hubieren intervenido o colaborado en la comisión del hecho (autores, instigadores, cómplices primarios y secundarios -arts. 45 y 46, Cód. Pen.), débese resaltar que ellos, en el ámbito procesal, son los nominados: imputados (arts. 72 y 73).

El imputado es la persona a quien se le carga, enrostra o atribuye la responsabilidad emergente de la comisión del hecho, y, por lo tanto, es el destinatario del reproche de la ley: la sanción. Por cierto que pueden ser uno o varios, según la participación ya destacada.

En sede procesal penal, la expresión es denominación genérica que, como tal, acompaña al enrostrado durante todo el curso del proceso hasta arribar a la sentencia. Pero dentro de esa denominación y conforme el avance de adquisición de conocimientos que se produzca mediante la investigación y acopio de probanzas, se va pasando por distintos tipos que encierran en su propio concepto el grado de compromiso en que se va viendo inserto dicho sujeto. Así, del inicial estado de simple enrostrado (denuncia) integrante de una simple hipótesis de trabajo (arts. 176, 184, inc. 8º y 188, inc. 1º), se pasa al de imputado-indagado que es aquel respecto del cual ya hay motivo para sospechar su responsabilidad (art. 294); luego, cuando esa sospecha se mantiene firme, se pasa al estadio de imputado-procesado (art. 306); de él a la concreción del juicio con la calidad de imputado-acusado (art. 347, últ. parte) y de allí hasta la sentencia, en que, en definitiva, dejando de ser imputado, será condenado, o absuelto.

Dado la particularísima división que, en orden al ejercicio de la acción civil en sede penal, se hace del promotor en: actor civil (art. 87) y demandante (art. 93), y el correlativo sometimiento de la materia que propone como hipótesis a un período instructorio obligatorio para la determinación de la verdad de sus afirmaciones (art. 91), el conocimiento respecto del o los responsables penales está sujeto a su previa individualización, cosa que es materia de esa investigación instructoria. Esa división permite que, en el lapso introductorio, se pueda asumir el rol de actor civil sin haber todavía determinado al imputado; es decir ///

se asume tal carácter, se acciona civilmente contra el que resulte imputado. Y cuando ello ocurra, y haya mérito, se concretará la demanda específicamente en su contra, satisfaciendo así las exigencias formales civiles.

Por esa razón es que la ley procesal penal nacional expresamente dice: "La constitución de actor civil procederá aun cuando no estuviere individualizado el imputado..." (art. 88, Ira. parte). Si esta individualización no se produjera oportunamente, no se puede concretar la demanda, por cuanto ésta, conforme el código formal civil, al que expresamente remite el formal penal (art. 93, 2da. parte), exige, bajo pena de defecto formal e inadmisibilidad, la individualización del demandado (arts. 330, inc. 1º y 337, CPCCN).

Si en el proceso hubiere varios imputados..., la acción civil reparatoria podrá ser dirigida contra uno o más de ellos. Y si en este caso de multiplicidad el actor civil no mencionare a ningún imputado, se entenderá que se dirige contra todos (art. 88, 2da. y 4ta. parte, Cód. Proc. Pen.).

En todos los casos en que haya promoción de la acción civil en el proceso penal, el imputado debe ser sujeto pasivo; se debe dirigir la pretensión contra él, aun cuando también se lo haga contra el tercero que legalmente deba responder por él. La inclusión del imputado es obligatoria (art. 88, 3ra. parte, Cód. Proc. Pen.).

De tal manera es como, en los procesos penal y civil conexos, el imputado es el sujeto pasivo de la pretensión reparatoria del daño privado. Es, genéricamente, el demandado. Es el responsable directo.

La designación del defensor hecha al imputado (penal), importará, salvo manifestación expresa en contrario, el otorgamiento de mandato para representarlo en la acción civil. Este mandato subsistirá mientras no fuere revocado (art. 104, aparts., 3ro. y 4to., Cód. cit.).

Destacamos que respecto del heredero del partícipe en la comisión del delito, que en situación similar a la de nuestra ley procesal nacional y con relación a la provincial cordobesa, es incluido por R. C. Núñez 1 como sujeto pasivo en este rubro, no compartimos esa opinión. Consideramos que ello es imposible con ajuste a nuestras normas por cuanto si el fallecimiento del partícipe acaece antes del inicio del proceso penal, éste, por cierto, no se puede promover en su contra; y si tal evento se da durante el curso del ya iniciado en el que ya se ha asumido la calidad de imputado, esa calidad se extingue. Para ambos supuestos ///

1 NÚÑEZ, R. C, Código Procesal Penal, Córdoba, art. 83, nota 1.

rige el artículo 59, inciso 1º del Código Penal, que por causa de muerte del imputado declara extinguida la acción penal a su respecto. Siendo la acción civil en sede penal dependiente y accesoria de aquella su extinción cierra toda posibilidad en sede penal al resarcimiento pretendido. La obligación que pueda conservar el heredero del que nunca podrá ser insertado en sede penal, deberá demandarse personalmente en su contra en sede civil (arts. 59, inc. 1º, Cód. Pen. y 16 y 17, Cód. Proc. Pen.).

2) El civilmente responsable, incluido por el precepto legal (art. 14, Cód. cit.) como posible demandado responsable indirecto, en el ejercicio de la acción civil reparatoria del daño privado soportado como consecuencia del hecho delictivo, es un tercero no vinculado a la comisión del hecho. Este tercero responde por la reparación del daño causado por su pupilo o dependiente, por imperio de la ley sustancial que así lo imponga. En realidad, la ley de fondo instituye una custodia a cargo de ese tercero, respecto del que, también por ley, es puesto bajo su cuidado, su vigilancia y correlativa corrección, mediante la elección de la mejor forma de dirigir y prevenir.

Ese tercero, responsable indirecto por un hecho que él no causó, debe, se repite, ser instituido por la ley sustancial y así lo hace el Código Civil respecto de todos los que constituye como representantes legales de los incapaces; extendiéndose, también, a aquellas personas, físicas o jurídicas, que teniendo a su cargo personas activas en funciones, tienen su custodia real tanto para elegir las como para vigilarlas en su desempeño (arts. 57, incs. 2º y 3º, 58, 1112 a 1114 y 1117 a 1119).

Es por estas razones que el Código Procesal Penal de la Nación en su artículo 97, dice: "Las personas que según la ley civil respondan por el imputado del daño que cause el delito podrán ser citadas para que intervengan en el proceso...".

Caso muy especial, dentro de este rubro de terceros que vienen a resultar responsables indirectos, es el que presenta el asegurador, tanto del actor como del demandado-imputado, por cuanto por el daño producido va a tener que cubrir, dentro de los límites de lo acordado, la reparación indemnizatoria que se imponga por sentencia.

Es en verdad un tercero; y lo es por vía del contrato especial de seguro. Pero ese contrato está inserto en la letra específica de una ley nacional sustancial que es la que, regulando este tipo de previsión de daño y reparación, impone la obligación del asegurador ante el evento en las circunstancias que ella concretamente prevé, incluidas sus excepciones.

En función de esa ley sustancial ese tercero puede ser incluido en la relación procesal por responsabilidad emergente del hecho que ella ha previsto en su asunción de riesgo.

Así: el asegurador es un caso especial de tercero civilmente responsable insertable como demandado, por vía de citación.

El instituto del seguro es, en verdad, de carácter muy particular respecto del cual la ley nacional sobre la materia ingresa en detalles de funcionamiento que superan o condicionan las previsiones del contrato y lo hace, en muchas oportunidades, imponiendo obligaciones de carácter procesal. Es decir, se trata de un contrato cuyas previsiones de detalle están a cargo de la ley, muchas de las cuales se nuclean en la protección del derecho, tanto del asegurado como del asegurador.

Conforme con lo expuesto la ley sustancial impone una obligación de comunicación del siniestro al asegurador, proporcionándole la información suficiente para que pueda verificar su existencia o la extensión de la prestación a su cargo, prohibiendo respecto de la acreditación y magnitud de éste, convenir limitaciones en los medios de prueba.

Más aún, la ley sustancial permite al asegurador examinar las actuaciones administrativas o judiciales motivadas o relacionadas con la investigación del siniestro. Se corona tal otorgamiento de facultades, con la de poder constituirse en parte civil en causa criminal.

Si bien la parte civil en que puede constituirse no es la de actor civil - demandante- por cuanto para serlo la ley procesal penal nacional le impone que sea damnificado directo con relación al delito mismo; esto es damnificado inmediato, calidad que no tiene el asegurador que, repetimos, es un tercero. Puede, en cambio, ser demandado y citado como tal, en calidad de sujeto pasivo, por la obligación reparatoria asumida. Sería así, una suerte especial de tercero civil responsable insertable en la previsión del artículo 14 del Código Procesal Penal nacional.

Esta posición es muy discutida. Pero va siendo pacífica la posibilidad de su intervención como citado en garantía en la acción civil insertada en el proceso penal. La letra de la Ley Nacional de Seguros y la de su reglamentación, hacen posible tal actitud. Lo cual no aventa la crítica fundada en lo que algunos han visto como una injerencia indebida del Estado nacional en la materia legislativa reservada a las provincias².

Deben quedar expresamente separadas de la posibilidad de ingresar en este grupo de terceros demandables en reparación de daños de- ///

2 CREUS, Carlos, La Acción Resarcitoria en el Proceso Penal, págs. 137 y 138.

rivados de delito, en sede penal, todas las personas constituidas en garantes ya por la ley que lo haga con relación a obligaciones legales ajenas a la responsabilidad emergente de delito, ya, también y con mucha mayor razón, los garantes meramente contractuales.

El artículo 32 del Código Penal establece que "el que por título lucrativo participe de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado".

Por ley nacional este tercero con relación a la comisión del hecho mismo, es declarado responsable en cuanto haya participado de los efectos del delito y en la medida de esta participación está obligado a reparar, y, en consecuencia, es constituido en sujeto demandable inserto en la letra del artículo 14 del Código Procesal Penal nacional.

c) Constitución

La misma providencia judicial que, dictada con relación a la instancia de constitución del actor civil, tiene a éste como parte accionante privada, es la que constituye, asimismo, a los sujetos contra los que se dirige la pretensión (imputado y eventualmente terceros responsables) en parte pasiva, esto es en demandados (art. 92).

Tal providencia respecto del imputado debe insertar en su letra la orden de notificación; pero con relación al tercero debe disponer que se lo cite. La diferencia reside en que el primero ya está en el proceso y es público que él forma parte del mismo; pero en cuanto al tercero, la eventualidad de su incorporación, su advenimiento desde afuera del proceso, es lo que impone que se lo llame anoticiándolo de su constitución, esto es la citación.

Cabe destacar en forma expresa que esta intervención del tercero como civilmente responsable no lo puede ser, en la ley procesal nacional, sino a pedido del que se constituye como actor civil quien, en su escrito instando su propia constitución, deberá expresar el nombre y el domicilio del demandado y los motivos en que funda su acción (art. 97, últ. parte, Cód. Proc. Pen.).

De esta manera queda eliminada, en el Código citado, la auto-constitución en parte de dicho responsable. Es decir no se admite, como pasa en Códigos procesales penales provinciales, la autoconstitución voluntaria, a cuyo respecto tales legislaciones regulan un procedimiento concreto. El código formal nacional sólo admite la constitución forzada.

d) Formalidad de la citación al tercero

El decreto que lo tenga por parte y ordene su citación ajuicio y que puede coincidir con el de aceptación de constitución del actor civil, debe contener el nombre y domicilio del accionante y del citado, y la indicación del proceso y el plazo en que se deba comparecer y que nunca será menor de cinco días. Dicha resolución será notificada también al imputado (art. 98).

Esa citación para traer al proceso a un sujeto ajeno al hecho delictivo en sí, debe ser minuciosa a fin de asegurar el derecho de defensa de ese tercero con relación a la responsabilidad que se le endilga. Por ello es que el artículo 99 dice: "será nula esta citación cuando adolezca de omisiones o errores esenciales que perjudiquen la defensa del civilmente demandado, restringiéndole la audiencia o la prueba...". Para la concreción de esta citación no puede dejarse de lado, vinculado con los recaudos del artículo 98, el formalismo instituido a su respecto por los artículos 153 y concordantes del Código Procesal Penal nacional.

e) Efectos de la constitución en parte demandada

Por cierto que los efectos derivados de tal constitución se nuclean en torno a la posibilidad de ejercicio de las facultades que la ley les reconoce en orden a ofrecer todas las medidas, probanzas o acreditaciones a producirse, de inicio, en la instrucción para aclarar su situación tanto en lo que hace a la existencia o no de su obligación, como a la medida de ella; y luego para contestar la demanda, reconvenir, excepcionar y ofrecer prueba alegando y defendiéndose al cierre del juicio, efectuando, en su caso, todas las impugnaciones incidentales y recursivas que correspondan.

Dentro de esos efectos debería estar, por cierto, la facultad de impugnar la procedencia de la constitución del actor civil y, también por vía de consecuencia, la propia como demandados. Incluso la posibilidad de que el imputado demandado pueda oponerse a la citación del tercero como responsable.

Decimos debería estar, por cuanto el régimen respectivo no ha sido previsto por el Código nacional. Esta ausencia es analizada más adelante en este mismo capítulo.

Los efectos de esta constitución no se producen, dado la coimplicancia para las partes que impone el decreto de constitución, que hace nacer tanto al actor como a los demandados, sino después de la última notificación de estos últimos (art. 92).

El anonimato no dilucidado del imputado-demandado, pero aún no individualizado opera como barrera de contención del proceso en este orden, por cuanto este sujeto debe ser notificado cuando se lo individualice, pero hasta tanto no hay efectos.

Al no haber aún imputado-demandado no es admisible la verdadera existencia del tercero -por él- civilmente responsable. En este supuesto nada del sistema se pondría en marcha (ver arts. 88 y 92).

f) Incomparecencia del tercero ante la citación

Claramente la norma procesal (art. 98) impone que se fije en el decreto de constitución del tercero civil demandado "...el plazo en que se deba comparecer, el que nunca será menor de cinco días...".

Tras ello la ley no prevé, para el caso de que el citado no compareciere, cuál será su situación procesal, tal como lo hacen los códigos que siguen al de Córdoba, en el que se declara la rebeldía del ausente y se custodian sus derechos procesales³.

Esa omisión nacional no puede ser suplida en la etapa instructoria, con la aplicación de la normativa penal (arts. 288 a 292) que es exclusiva para el imputado, ni por el régimen de las citaciones porque no está previsto este caso (arts. 153 y 154).

La solución podría advenir con el régimen de rebeldía civil, pero sobre el traslado de la demanda (art. 101), recién al final de la instrucción con las vistas de la clausura (art. 346). Pero siempre quedaría vacante la ausencia en el término de citación.

g) Caducidad de la intervención de los demandados

El actor civil podrá desistir de la acción en cualquier estado del proceso, quedando obligado por las costas que su intervención hubiere causado. Ese desistimiento importa renuncia de la acción civil. Se lo ///

3 NÚÑEZ, R. C, Código... cit., art. 99 (Rebeldía): "Será declarada la rebeldía del demandado civil (1), a petición de parte interesada (...), cuando no comparezca en el plazo de citación ajuicio. (3) Ella no suspenderá el trámite, que continuará como si aquél estuviera presente; sólo se le nombrará defensor al asesor de pobres si hubiere sido citado por edictos". Comentando la norma (1) dice: "La diferente situación procesal explica que la rebeldía del demandado civil no obedezca a las mismas causas que la del imputado... La rebeldía de aquél regulada por el art. 99, puede seguir definiéndose como 'inobediencia al mandato del juez que llama a alguno al juicio'" y continúa comentando (3): "La petición de rebeldía deberá formularse ante el tribunal de juicio y resolverse por éste antes del debate. La petición será resuelta previo informe del secretario sobre la comparecencia o incomparecencia del citado".

tendrá por desistido cuando no concrete la demanda en la oportunidad fijada en el artículo 93 o no comparezca al debate o se aleje de la audiencia sin haber formulado conclusiones (art. 94).

El desistimiento del actor civil hará caducar la intervención del civilmente demandado (art. 100).

Por cierto que también extingue la calidad de demandado del imputado.

II. OPOSICIÓN A LA CONSTITUCIÓN DEL ACTOR CIVIL

a) Concepto

Dentro de lo lógico está que, enterado por la notificación de la citada constitución el, desde ese momento, demandado pueda oponer a su contrario las defensas que correspondan a la ausencia de recaudos de procedencia de esa constitución, ya sean de fondo ya de forma, erigidos como causal de improcedencia o de inadmisibilidad.

Respondiendo a tal exigencia, prestigiosos códigos provinciales, de larga vigencia y experiencia, incorporan a su letra el instituto de la "oposición" 4; prevén sus pasos y le confieren el trámite de los incidentes de excepción, de las cuales en lo que hace a las dilatorias, comparten muchos de sus caracteres. Así, con la oposición por escrito y con expresa invocación de la causal en que se funda, se forma incidente y se corre traslado a la demandante cuestionada la que, en el término de vista (tres días), debe contestar la impugnación; tras ello y si hubiere controversia fáctica, puede abrirse el incidente a prueba por el término de quince días, a cuyo término se da oportunidad de alegato a los conflictuados y, tras oírlos, el juez resuelve por auto fundado, del cual puede recurrir por vía de apelación el perdidoso ⁵.

b) Ausencia de régimen de oposición en el Código nacional

Frente a la constitución del actor civil por parte del tribunal, el o los demandados, no obstante su formal notificación, no tienen oportu- ///

4 CREUS, C, op. cit., págs. 171 a 173: "La reglamentación de la oposición a la intervención del actor civil... es más o menos similar en casi todos los códigos de la nueva corriente legislativa, con diferencias no muy importantes...". Todos lo han hecho partiendo del ejemplo del de Córdoba y así lo vemos en los de Chaco, San Juan, Salta, Mendoza, Entre Ríos, Corrientes, Santiago del Estero, La Pampa, Catamarca e incluso en el de Santa Fe.

5 CREUS, C, op. cit., "Régimen de oposición", págs. 171 a 179

nidad procesal inmediata de oposición o impugnación, toda vez que la ley adjetiva penal nacional guarda al respecto total silencio. Ello es así pese a que los códigos que le sirvieron de antecedente prevén prolijamente la regulación de la oposición.

Ante tal ausencia de normas al respecto, nuestro Código nacional, que cierra su regulación tras la previsión de notificación al o a los demandados del auto de constitución del actor civil, genera un vacío de tal naturaleza que lleva, como consecuencia de laya constituida calidad de parte civil para todos, a la admisión de ese estado procesal sin posibilidad de modificación o de intento de hacerlo durante casi toda la duración de la instrucción.

En efecto, el vacío de referencia lleva a una encrucijada que cierra, dentro de la sistemática adoptada para el trámite impreso a este tipo de acción, la posibilidad de aplicación de normas formales supletorias por integración analógica heterogénea.

Ello así toda vez que, dado la recordada existencia en este tipo de proceso civil de todo un período instructorio obligatorio propio de la acción penal a la que se subordina aquél, la ley procesal privada no tiene reglas formales aplicables al mismo; le es un tema extraño. Por esa razón es que el Código Procesal Penal no formula en este tópico remisión alguna a normas de otro ordenamiento. Pero lo curioso es que, tras el silencio observado durante el trámite instructorio, a su cierre y sobre las vistas de mérito (arts. 93,101 y 346), produce una expresa remisión a las formas civiles en lo que hace a la oposición de excepciones. Pero ese trámite lo inserta exclusivamente en la letra adjetiva privada, como claramente surge de la letra de los artículos 101 y 102. Es decir, en síntesis, hay un descarte total de las reglas adjetivas penales al respecto.

Ese apartamiento total de las reglas procesales penales y la necesidad (satisfecha por las provincias en sus leyes de forma) de instituir un minucioso régimen específico de oposición en ese lapso instructorio, está demostrado en pleno en el derecho positivo provincial más moderno que la previsión es necesaria.

Y no sólo ello, sino que el debate doctrinario sobre el tema, con repercusión en las leyes, ha sido tan amplio, que hasta se ha planteado si en este trámite es parte el Ministerio Fiscal. A la postura que sostiene que no debe intervenir en el tema por cuanto el mismo, por su propia esencia, elimina a este funcionario como interlocutor válido en una relación privada, se le ha opuesto la terminante afirmación de que ese ministerio tiene que velar por la seguridad procesal y evitar las dilaciones artificiosas e inútiles que pueden derivar de una constitución de parte a todas luces improcedente y dañosa, por lo que puede intervenir –en ///

custodia procesal- oponiéndose o por lo menos pudiendo señalar al juez las causales que considere presentes, a fin de que éste revoque el acto de constitución y lo separe de oficio del proceso.

La inquietud de la doctrina y jurisprudencia y los legisladores de esas provincias que son cuna de avanzada en esta materia procesal penal, han llegado a imponer términos de oposición y casi todos comienzan a correr desde el acto mismo de notificación del decreto de constitución, y no sobrepasan los tres o cinco días, tras los cuales opera la caducidad. Esto sin perjuicio de que el juez, al advertir la falla, pueda levantar de oficio la revocatoria y separación de la parte viciosa.

Más aún, el buril del legislador ha llegado a tallar, en protección de la buena y oportuna marcha sin demoras del sumario, la previsión de que, si la constitución de actor se hiciera sobre el límite del cierre del período instructorio para elevación ajuicio, y para resolver la oposición hubiere que demorarse, puede el juez diferir el tratamiento del tema para la primera parte del juicio. Pero no más allá.

Y con todo esto, integrante de un capítulo completo de la ley, no se ha rozado ni siquiera la facultad que conservan las partes civiles citadas de oponer excepciones procesales y específicas de su propio régimen privado y sus defensas civiles.

Pero lo que antecede también lleva como de la mano un espinoso tema que, por cierto, nuestra ley nacional ni siquiera ha dado oportunidad de considerarlo pese a su enorme trascendencia. Se trata de establecer cuál debe ser la materia de la oposición y dentro de ello sus límites.

A este respecto se señala que cuando el proceso civil tramita en su sede, por cierto que por vía extraordinaria y de inicio no se puede impugnar sino sólo por falta de legitimatio ad processum y no entrar al fondo con la legitimatio ad causam, por cuanto ello implicaría resolver en forma anticipada sobre el fondo. Pero cuando se lo hace en sede represiva, sometido a la subordinación penal, y siendo la parte civil un agregado contingente en el proceso penal, su admisión tiene que rodearse de una serie de recaudos que eviten la desnaturalización del proceso público en demoras generadas en constituciones y actividades improcedentes y que, tras largo tiempo, van a ser declaradas tales.

Y sobre el asunto se concluye, en la procedencia de oponer, como forma de evitar actividades dispendiosas, sobre: 1) la legitimatio ad processum activa (capacidad procesal para ser parte, requisitos de la representación invocada); 2) sobre la jurisdicción y competencia (cuestiones de competencia, litispendencia); 3) sobre los requisitos formales del instamiento; 4) sobre la legitimatio ad causam (titularidad del derecho invocado); 5) sobre la posibilidad de inserción de la acción civil ///

en el determinado proceso (identidad del hecho como fuente de ambas responsabilidades); 6) sobre la extinción del derecho del instante (cosa juzgada, transacción, prescripción, desistimiento anterior, renuncia).

Sobre todo ello un amplio sector de la doctrina está de acuerdo hoy, incluido el último punto que es en verdad de fondo. Mas téngase en cuenta que en el área penal en que el tema se mueve, ese tratamiento podría evitar que todo un litigio que inicialmente se puede indicar como no apoyado en la obligación resarcitoria de los demandados, se pueda arrastrar en el tiempo en dispendio de la jurisdicción y perturbación vana del proceso penal ⁶.

Precisamente para evitar esta anomalía, para el caso de que las partes demandadas no se opusieran a la constitución ya efectuada, las leyes procesales que sirvieron de base a la nuestra facultan al juez para que cuando advierta la improcedencia de tal constitución, pueda, de oficio y sin trámite, revocar la constitución. Esta previsión supera en mucho el tema de la acción civil en la cual la petición de parte funciona como motivo de la decisión del juez cuya actuación oficiosa no es posible; pero esta sistemática en sede penal se impone, por vía de accesoriedad de la civil, por la necesidad de evitar que el curso de la penal sea obstaculizada o demorada por situaciones que claramente resultan improcedentes.

Nada de ello ha sido considerado ni previsto por la ley procesal penal nacional ni ha dado oportunidad alguna para su consideración e intento de solución por vía de aplicación analógica de normas de otros sistemas procesales. Ha cerrado la puerta.

La parte actora constituida, constituida está. Y ello aun cuando sea a ojos vista improcedente.

6 CREUS, C, op. cit., págs. 176 a 178.

NÚÑEZ, R. C, La Acción Civil en el Proceso Penal, págs. 129/130: "La oposición no implica el cuestionamiento por anticipado de lo que constituiría la materia de la sentencia a dictarse... La materia del incidente... no puede poner en cuestión el derecho del futuro demandante a constituirse en el proceso por defectos sustanciales...: daño, o su antijuridicidad o la culpabilidad de su autor o el riesgo de la cosa o la responsabilidad del civilmente responsable... La materia propia de la oposición... únicamente se refiere a la legitimidad de la intervención... defectos que vuelvan inadmisibles el escrito de instancia o defecto de la legitimatio ad processum...".

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, El Actor Civil en el Proceso Penal, pág. 1097, "...podrán aducirse motivos de derecho sustantivo o de Derecho procesal...".

III. LAS EXCEPCIONES PROCESALES CIVILES, COMO ÚNICO RECURSO DE OPOSICIÓN

Las excepciones procesales y las defensas civiles que nuestro Código Procesal Penal admite como oponibles por los demandados en oportunidad de contestar el traslado de la demanda ya promovida por el actor, al final del período instructorio (arts. 93, 101, 102 y 103), son el único reducto que la ley concede a los demandados para cuestionar, en cuanto a fondo y forma, la constitución del actor ⁷.

Parecería que el legislador nacional ha considerado que, pese a todo el amplio lapso instructorio en que el actor vicioso puede actuar, la oportunidad señalada es suficiente para aventarlo. Pero esta creencia de inmediato se ve negada por cuanto en la misma norma del artículo 102 la ley autoriza a que la resolución sobre las excepciones sea diferida por el tribunal para la sentencia por auto fundado.

El exceso es de tal calibre que, superando esta previsión todo diferimiento provincial sobre este punto que sólo llegaba hasta el inicio del debate, se extiende en la nacional a un límite tal que torna en superfluo todo pronunciamiento descalificante a una altura en que todo lo que se pudo evitar, ya está hecho y cumplido.

⁷ Por supuesto que queda excluida de esta afirmación la posibilidad de que pueda impugnarse por vía de nulidad el proveído constitutivo del actor civil, siempre que se dé alguna de las causales que tengan incidencia en el orden público. Esta vía excepcionalísima para abrirse tiene que poder superar la exclusividad prevista por los arts. 166 y 167 del Cód. Proc. Pen.

CAPÍTULO VIII

ACTIVIDAD CAUTELAR CIVIL Embargo e inhibición

SUMARIO: I. Distorsión impuesta por la sede penal.- II. Proceso legalmente abierto.- III. Obligación del juez penal de comprobar la extensión del daño causado por el delito.- IV. Oportunidad procesal para decretar el embargo o inhibición.- V. Adelanto de la oportunidad para decretar la cautela.- VI. Caucciones.- VII Levantamiento de la cautela.-

I. DISTORSIÓN IMPUESTA POR LA SEDE PENAL

El embargo y la inhibición general de bienes, como medidas de aseguramiento patrimonial ante las responsabilidades económicas, tanto por los costos y costas del proceso, como por las indemnizaciones que por condena deba afrontar el demandado, son medidas tradicionalmente instituidas, reguladas y aplicadas en los juicios privados tramitados en su sede propia.

Pero cuando el proceso civil indemnizatorio se traslada a la sede penal, la acción civil sufre una serie de distorsiones por su subordinación a la naturaleza de la penal, y, por consecuencia, el procedimiento también soporta cambios muy importantes, que tienen una gran incidencia en el sistema cautelar.

Dado lo delicado del tema lo trataremos paso a paso.

II. PROCESO LEGALMENTE ABIERTO

La fórmula del artículo 29 del Código Penal en cuanto faculta al juez que condena penalmente a pronunciarse también sobre la reparación del daño civil causado por el delito, produjo un claro rechazo de la ///

posición integral positivista que animaba el proyecto de código y que se basaba en que era necesario reparar la totalidad del daño causado por el hecho, por lo que a la pena debía siempre sumarse la indemnización como una parte esencial de ella. Siendo la indemnización una forma de pena, consecuentemente, la fórmula legal era: la sentencia condenatoria ordenará: ...la indemnización.

Esto no fue aceptado por el legislador y se lo sustituyó por: la sentencia condenatoria podrá ordenar: ...

a) Al perder la calidad de pena proyectada, era lógico que como mera reparación civil no fuera oficiosamente accionable y por tal, no podía ser incluida en la sentencia criminal si no se había accionado en su sede con esa pretensión. Esta acción seguía siendo privada, voluntaria, disponible y renunciable.

Por cierto que ante la reforma del citado artículo 29 del Código Penal existía la posibilidad de que el juez pudiera pronunciarse sobre la materia. Tenía atribuida la potestad para hacerlo. Pero ello no quería decir que pudiera hacerlo a voluntad, discreción y arbitrariedad. No era posible tomar la letra aislada de la ley, separarla de todo el resto del ordenamiento jurídico vigente y de las raíces mismas del derecho y pretender que se había creado un juez todopoderoso que podía asumir esa facultad sin que el titular de la acción la ejercitara y legítimamente promoviera el correspondiente proceso.

Por esa razón fue que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal de la Capital Federal, en su pronunciamiento plenario "Merlo c/ Parodi Demarchi", Fallos Plenarios C.C.C. t. II, 138, de fecha 7-IX-1923, exigió para tornar viable el reclamo indemnizatorio en el proceso penal que en él el damnificado se constituyera en parte querellante. Es decir, le exigió que accionara ¹.

De esta manera bajo la vigencia del Código Procesal nacional viejo, el damnificado, convertido en querellante, actuaba en instrucción en ejercicio de sus facultades penales y también en aseguramiento de sus aspiraciones indemnizatorias y por ello la ley regulaba todo lo referente al embargo penal, como también al civil (arts. 411 y 425). Pero tenía que ser querellante. Mas no era obligatoria su intervención en el sumario.

1 "Aun en presencia de la disposición del art. 29 del Cód. Pen., el miembro de la familia o tercero damnificado no puede ser tenido en el juicio criminal como parte únicamente civil a los efectos de la reparación del perjuicio", causa "Pereyra Antonio", 31-V-1926, Cám. Crim. y Correcc. Cap. Fed., Fallos Plenarios C.C.C. t. II, pág. 148.

Luego, al entrar a la etapa del plenario (juicio) producía, como parte penal, su acusación y como parte civil, su demanda.

Pero para poder hacer todo esto tenía que ser parte querellante. Y ello era exigido así porque era indispensable que se accionara. Y al querellante se le permitía hacer tanto lo penal, como lo civil.

b) El nuevo Código Procesal Penal de la Nación, introdujo cambios muy importantes sobre esta materia, pero en ninguna parte erigió un proceso indemnizatorio de oficio, ni eliminó la acción civil sobre la cuestión con todas sus características de disponibilidad. El hecho de que pueda haber alguna disposición no suficientemente clara, no quiere decir que se pueda avanzar contra su sistema.

En primer lugar separa lo penal de lo civil, aun cuando esto último es subordinado a lo primero². Y esa separación se nota en primer lugar con la división de las partes en el proceso. En el penal, el damnificado y particular ofendido, si así lo quiere, puede asumir calidad de querellante y como tal actuar en la órbita represiva, la que es totalmente ajena a la civil reparatoria. A esta última, como damnificado, puede ingresar, pero asumiendo calidad de parte civil, que es la de "actor civil" que es totalmente independiente de la del querellante³. Puede tener las dos funciones en sus respectivas órbitas, o una o la otra, sin implicancia alguna.

Para que se satisfaga su pretensión indemnizatoria el perjudicado por el hecho tiene obligatoriamente que asumir la calidad de parte en el proceso y debe hacerlo en un lapso determinado, que es el de la etapa instructoria⁴.

De esta suerte la primera gran novedad, es la de que se obliga al que quiere accionar civilmente a que lo haga en la instrucción.

La otra novedad es la de que la tradicional unidad entre "actor", como parte promotora de acción, y "demandante", como parte ejercitante del medio de inicio del juicio, se disocia y lo primero -sin ejercicio de demanda- y como simple constitución de parte, bajo la forma de "actor civil", se impone realizar durante el curso de la instrucción, para a su finalización y como una de las condiciones de su clausura, surge la obligación de concretar la demanda. En ese momento se unen "actor" y "demandante"⁵.

2 Ver arts. 16 y 17 del Cód. Proc. Pen.

3 Ver arts. 87 1ra. parte y 82, últ. parte, Cód. Proc. Pen.

4 Ver arts. 14, 87 y 90 del Cód. Proc. Pen.

5 Ver arts. 346, 93, 101 y 351, 2do. ap., Cód. Proc. Pen.

Pero todo funciona sobre la base de la ineludible promoción de la acción, como con toda claridad surge de la letra de los artículos 14,16 y 17, que al enlazarse con el artículo 87, impone "para ejercer la acción civil emergente del delito en el proceso penal, su titular deberá constituirse en actor civil".

De todo lo que antecede surge que es absolutamente ilegal decretar por el juez penal medida alguna y mucho menos embargos e inhibiciones en orden a posibles indemnizaciones civiles, sin la correspondiente promoción de la acción. Es un verdadero artificio fundarse, para hacerlo en el hecho de que como aún no está cerrado el lapso instructorio y por consiguiente puede todavía asumirse la calidad de actor civil, el embargo civil de oficio o sin promoción de acción, es viable. El juez se convertiría en un custodio gracioso de potenciales intereses de particulares. La posición de los particulares es ilegal; pero la del juez también ⁶.

III. OBLIGACIÓN DEL JUEZ PENAL DE COMPROBAR LA EXTENSIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR EL DELITO

El juez penal está sujeto por la ley a un plan de trabajo que le impone la satisfacción de puntos concretos que, en definitiva, integran el objeto procesal y constituyen la base cierta sobre la que, al dictar la sentencia, el juez va a aplicar al caso la ley penal correspondiente ⁷.

Decimos ley penal y no sólo tipo, por cuanto en esta operatoria es necesario concretar, por un lado, todo lo que hace al hecho y su responsable como delito, esto es: como causa legal de la pena. Esta última, por el otro lado, es la consecuencia de la existencia acreditada del delito y por esa sola relación corresponde su imposición. Por eso tenemos que manejarnos con el precepto y la sanción, como elementos de la ley penal.

Pero es principio elemental de derecho penal que las penas trabajan y son previstas por la ley sobre la base de escalas dosificadas por el legislador sobre la base de un máximo y un mínimo abstractos, que en ///

⁶ Por constituido en parte querellante el pretendido damnificado, pero no asumiendo en ningún momento la acción civil indemnizatoria, pide al tribunal embargo adelantado en bienes. El juez de instrucción, antes del procesamiento y pese a no haber acción civil, decretó dicho embargo adelantado. Recurrido por la defensa, la Cámara lo confirmó con la visión de futuro señalada en el texto. Cám. Nac. Crim. y Corr. Cap. Fed., sala IV, "Rossele, E. y otros nc. embargo".

⁷ Ver art. 193 del Cód. Proc. Pen.

el caso concreto del delito particular de que se trate y con relación al hombre individuo de ese caso bajo juicio, debe ser graduada e individualizada en una específica y propia para él, dentro de la escala legal. Es para ello que la misma ley penal da las pautas que el juzgador debe tener en cuenta para esa dosificación que, como agravantes y atenuantes particulares, contemplan la gravedad objetiva de la conducta ilícita juzgada, y la peligrosidad del sujeto responsable, configurando de ese modo la órbita subjetiva⁸.

La ley instrumental, que es la procesal penal, sirve a tal propósito y es por ello que en el plan operativo que comentamos, incluye entre los rubros que el juez debe determinar el de comprobar, tanto la parte objetiva en la existencia del hecho, para lo que trabaja con el tipo; como la subjetiva, para lo que recurre al mismo y a las reglas de la participación (ver en tal sentido los incs. 1° a 4° del art. 193 del Cód. Proc. Pen.).

Pero queda aún algo más: reunir los elementos indispensables para dosificar la pena y por ello debe comprobar la extensión del daño causado por el delito (ver art. 193, inc. 5°, cit.)

Este último es el daño penal, es decir, el delito mismo⁹.

No es el daño civil que, si bien incluye a éste como fuente de reparación, lleva mucho más en orden a la medida de ésta y los montos de perjuicios material, lucros, pérdidas, moral, etcétera, que son ajenos al primero y que el juez penal no puede investigar sino tiene un actor civil que, con ejercicio de acción le pida determinar¹⁰. Ningún juez penal va a incluir en la graduación de la pena el valor de una prótesis, ni lo que se dejó de ganar por el posoperatorio.

Esta última razón y esa distinción elemental es la que funda la aclaración de la ley procesal penal en el sentido de que la comprobación del daño causado por el delito debe hacerse por el juez "...aunque el damnificado no se hubiere constituido en actor civil" (art. 193, inc. 5°, últ. parte, cit.).

Pretender que ese pasaje autoriza al juez a investigar lo que no se ha accionado es confundir las aguas, el derecho y los principios y hacer decir a la ley lo que no dice. Si alguna duda restare sobre el tipo de daño a que se refiere la ley, téngase presente que ella misma la aventa en favor de lo penal única- ///

8 Ver arts. 40 y 41 del Cód. Pen.

9 CREUS, Carlos, La Acción Resarcitoria en el Proceso Penal, pág. 24.

10 Ver art. 89: "La constitución de parte civil..., mediante un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad,... los motivos en que se funda la acción". Art. 91: "...acreditar ..los daños y perjuicios que le haya causado...".

mente, en ese caso, por cuanto cuando quiere incluir el civil expresamente autoriza al actor civil a tomar toda la intervención necesaria para acreditar "los daños y perjuicios que le haya causado..." el delito (art. 91, Cód. Proc. Pen.).

IV. OPORTUNIDAD PROCESAL PARA DECRETAR EL EMBARGO O INHIBICIÓN

En principio, la procedencia y oportunidad para decretar en el proceso penal el aseguramiento económico es aquella en que debe dictarse el auto de procesamiento y como éste demanda como presupuestos básicos la convicción suficiente para estimar que existe un hecho delictuoso y que el imputado es culpable como partícipe (ver arts. 306 y 518 Cód. Proc. Pen.), el adelanto de tales medidas cautelares es francamente excepcional.

Esa convicción fáctica y subjetiva que actúa como base en el aspecto penal, también lo hace en lo civil y en lo referente a la pretensión reparatoria, por lo que, si ha mediado acción civil y, en consecuencia, existe parte como tal (actor civil), el auto de procesamiento incluye la cautela civil.

Claramente la ley lo pone de manifiesto. Es necesario para que haya cautela civil que se haya accionado en la materia. Dice: "Al dictar el auto de procesamiento, el juez ordenará el embargo de bienes del imputado...", es imperativo. En su caso (no puede ser otro del que en autos existan) lo hará con los del civilmente demandado (éste sólo existe como tal cuando se ha accionado en su contra -tiene un actor civil constituido-). Y, por cierto, en ese caso, va a garantizar la indemnización civil accionada.

El resto de la sistemática de la norma considerada pone de manifiesto que esta cautela funciona sólo cuando hay constitución de civilmente demandado. Ello sólo ocurre cuando hay promoción de la acción.

El juez de oficio, sin previa promoción de acción civil -sin constitución de actor- no puede trabar embargo o inhibición civil para cubrir hipotéticas, futuras o posibles acciones que se le pudieren promover.

Por supuesto que la cautela civil legítima, ajustada a la ley, en la oportunidad y con los recaudos de ejercicio de acción, decretada por el juez penal, no es caucionada.

V. ADELANTO DE LA OPORTUNIDAD PARA DECRETAR LA CAUTELA

En forma excepcional la analizada oportunidad para dictar la cautela que se centra en la de dictar el auto de procesamiento, puede adelantarse. Pero ello sólo es posible cuando "hubiere peligro en la demora" y "elementos de convicción suficientes que las justifiquen" a dichas medidas ¹¹.

El adelanto, fuera de la oportunidad normal conlleva ausencia de convicción sobre el hecho y la responsabilidad, propios del auto de procesamiento. Es decir: el juez está en el aire. Por eso es que se le exige: peligro y elementos. Pero los dos extremos fundados, por cuanto deben ser manejados en un auto que lo resuelva, y este tipo de resolución en todos los casos debe ser fundada ¹².

La falta de ajuste a la ley, la motivación, y la prueba exigidas para decretar la medida puede llevar a un exceso que si es del actor lo conduce a responder con sus cauciones. Y si es del juez con su responsabilidad civil.

Por cierto que todo el sistema de cautela civil adelantado, mediando siempre promoción de acción (constitución de actor), tiene que ser peticionado en forma concreta por el actor, el que deberá invocar, explicar y acreditar, en forma más o menos atendida, el peligro en la demora del aseguramiento y, además, elementos de convicción que justifiquen la procedencia de la traba de las cautelas que pide.

Y tiene que ser peticionado porque su posibilidad está dentro de las facultades que la ley acuerda al actor civil, constituido como tal, en sede penal: "El actor civil tendrá en el proceso la intervención necesaria para... reclamar las medidas cautelares y restituciones, reparaciones e indemnizaciones correspondientes" ¹³.

VI. CAUCIONES

Las cautelas patrimoniales civiles decretadas de oficio en el auto de procesamiento, cuando media promoción de la correspondiente acción privada reparatoria, con la correspondiente constitución en parte "actor civil" y "demandado" y "civilmente demandado", ya dijimos que no se encuentran sometidas a caución. Ello se debe a que se susten- ///

11 Ver art. 518, 3er. ap., Cód. Proc. Pen.

12 Ver art. 123, Cód. Proc. Pen.

13 Ver art. 91, Cód. Proc. Pen.

ta en la presunción admisible de la existencia del hecho y la responsabilidad ¹⁴.

Pero cuando el actor civil se alza insatisfecho por el monto de la cautela o la extensión y concreción de la misma, puede, en ejercicio de ese derecho ya citado de petionar y la expresa previsión del artículo 519, pedir ampliación.

Esa ampliación, en todos los casos debe ser caucionada en la medida que el tribunal determine. Es lógico, por cuanto para el tribunal el "plus" de la ampliación excede el límite admisible y, por el posible exceso, se debe responder; por eso se cauciona.

Si la citada ampliación, como mera parte, está sujeta a garantía, resulta indiscutible que la totalidad de la cautela obtenida en forma anticipada por el actor, con mucha más razón está sujeta al régimen de cauciones. Sobre este punto la ley procesal penal nacional no dice nada.

VII. LEVANTAMIENTO DE LA CAUTELA

Desaparecida la causa que da origen al aseguramiento de bienes que implica la cautela económica decretada en el proceso (sea bajo la forma de embargo, o de la inhibición general de bienes) ella, por contrario imperio, debe ser dejada sin efecto. El mantenerla sin motivo que la justifique la convertiría en pena, sin ley. La responsabilidad civil del que incurra en ello es evidente.

Esto surge con toda claridad del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto hace a la emisión de la sentencia absolutoria, a cuyo respecto está totalmente demostrado que no hay nada que ejecutar y, por ende, nada que seguir asegurando, por lo que en el artículo 402 se impone que la sentencia ordene la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente.

Respecto del sobreseimiento sustancial, al que el actual Código Procesal Penal de la Nación le confiere efecto de clausura definitiva e irrevocable del proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta ¹⁵, nada se dice sobre el levantamiento de la cautela que tratamos, pero es incuestionable que rige a este respecto el mismo motivo que para la absolución: ya no hay nada que asegurar ¹⁶. Por consiguiente, el ///

14 Ver arts. 306 y 518, Cód. Proc. Pen.

15 Ver arts. 334 y 335, Cód. Proc. Pen.

16 Ver art. 336, incs. 275°, Cód. Proc. Pen.

auto que dicta dicho sobreseimiento, de oficio, debe ordenar el levantamiento.

Es decir, que propiciamos sobre este punto, ante idéntico silencio legal que el observado por el Código viejo, la misma solución propiciada por la doctrina como consecuencia necesaria: "...libertad del procesado que se encuentre detenido, y el levantamiento de los embargos trabados sobre sus bienes o sobre los del responsable civil", de cumplimiento inmediato, pese a que el auto respectivo sea recurrido por apelación, por cuanto este recurso en este caso (al igual que el antiguo) no tiene efecto suspensivo¹⁷.

Ahora bien, si el embargo o inhibición general se hubieran trabado sobre los bienes del accionado civil (ya sólo el imputado, ya, también, el tercero civil), en oportunidad adelantada y a su pedido y bajo su responsabilidad caucionada, ya en forma normal y de oficio, al dictarse el auto de procesamiento por el juez, y luego de ello en la oportunidad de promover la demanda en la vista de mérito¹⁸, el actor civil no la concretara, al dictarse por el juez la resolución que lo tenga por desistido incluirá en ella el levantamiento de todo embargo que sobre lo civil se hubiere trabado, porque no hay nada en este proceso que se deba asegurar.

17 ODERIGO, M. A., op. cit., T. II, pág. 92.

18 Ver arts. 346, 93 y 94 y 100, Cód. Proc. Pen.

CAPÍTULO IX

LA DEMANDA (I)

SUMARIO: I. Vista para la formulación de la demanda.- II. Posibilidades como consecuencia del mérito.- III. Imposibilidad de toda continuidad civil ante el sobreseimiento.- IV. Imposición legal de ajustarse a la ley procesal civil.- V. Demanda. Concepto general. Ordinarización. Improcedencia de algunos recaudos civiles.- VI. Particularidad del sistema analizado.-

Pese a la crítica formulada al sistema legal, atento a su vigencia, cumpliremos a continuación su análisis. Ello sin perjuicio de que -en oportunidades- se reitere alguna objeción.

I. VISTA PARA LA FORMULACIÓN DE LA DEMANDA

Cuando el juez de instrucción considera satisfecho el plan de trabajo impuesto por la ley (art. 193), ya por su propia actividad (art. 194), ya por la del agente fiscal (art. 196); es decir, cuando se han cumplido todos los actos de investigación pertinentes (arts. 216 a 278) y satisfecho los de persecución (arts. 279 a 287 y 294 a 305), superando el más importante que es el de procesamiento del o de los imputados (arts. 306 a 315 y 518 a 519), tiene que correr vista de todo lo actuado, en forma sucesiva, a las partes acusadoras (art. 346).

Por estas últimas habrá de comprenderse, por todas, aquellas que enrostran el hecho y piden sanción por sus consecuencias: pena, en lo represivo; reparación, en lo civil.

Todas acusan. El querellante (si lo hay) y el fiscal. En forma sucesiva. Cada uno por el término de seis días, prorrogables por otros tantos, en casos graves y complejos (art. 346, cit.).

Pero también es acusador (por trasplante), en cuanto enrostra el hecho, determina un responsable y pide una sanción, el actor civil. Y, por consiguiente, la previsión de mérito del artículo 346 se extiende a él como parte. Ello conforme la letra expresa del artículo 93. A él también se le debe correr la vista y notificarlo al efecto en forma concreta y expresa. Dicha vista debe ser evacuada en el término de tres días improrrogables (arts. 93, cit. y 163).

Se deja específicamente aclarado que esta sistemática es propia de nuestro nuevo Código adjetivo penal nacional, la que se aparta detalladamente de otros vigentes en las provincias. Sobre este punto ver este Capítulo VIII, punto VI.

Esta falta de coordinación normativa en la sistemática del Código nacional, hace que no conste en forma expresa, cuál es en el caso concreto, el orden en que se debe expedir cada acusador. Si bien lo hace para el querellante y el fiscal, lo omite para el actor civil (ver arts. 93, cit. y 346).

Creemos que la solución está en acordar la vista primero al actor civil. En primer lugar por cuanto el Código confiere preeminencia sistemática al acusador privado penal (art. 346, cit.) y en segundo, porque le vuelve a conferir ese puesto en el momento del alegato y acusación definitiva, poniendo expresamente por delante de éste (el primero) al actor civil (art. 393, 1ra. parte). Esta es una solución parcial por cuanto queda en el aire, dentro del curso sucesivo de vistas acusadoras, la contestación de la demanda que se impone como de término inmediato (arts. 93 y 101).

Tales vistas previstas por el artículo 155, se corren con entrega al interesado, bajo recibo, de las actuaciones en que se ordenaren. De toda la diligencia se debe dejar constancia en el expediente. La vista se tramita con todas las formalidades de las notificaciones y sus vicios producirán su nulidad (arts. 149, 156, 157 y 160).

Por cierto que cuando el actor es, además, querellante (arts. 82, 93, 346 y 347), junto con su requerimiento de elevación, podrá producir su demanda. De esta manera, que no es obligatoria (puede usar el término de tres días o dejar a salvo el de seis), podrá coadyuvar a su propia economía procesal, dentro de la estrategia que elija.

II. POSIBILIDADES COMO CONSECUENCIA DEL MÉRITO

Parecería que por corrida la vista, el actor tiene indeclinablemente que presentar su demanda dentro de los tres días de ley. Pero no es así.

En efecto, aun cuando la ley no prevé alternativas similares a las que se incluyen en el artículo 346 para los acusadores penales, es incuestionable que la situación en esta etapa no puede ser diferente para el acusador civil, con relación al mérito de su instrucción conjunta. Todo es idéntico.

De esta manera, al igual que el querellante y el fiscal, puede considerar incompleta la instrucción, por cuya eficiencia ha trabajado y bregado. Y ello no sólo en lo que hace a la parte común del hecho como delito, sino específicamente en lo que atañe al perjuicio y su monto en lo referente al daño moral y material (arts. 91 y 347, inc. 1º) y, en consecuencia, pedir la producción de las medidas que correspondan para completarlo.

Al igual que las que pudieren solicitar los acusadores penales, el proceso con el pedido vuelve al juez y éste proveerá sobre su admisión y producción y su denegatoria -fundada- y vuelta nuevamente en vista para que se expida sobre el mérito de lo que, en definitiva, exista (arts. 347, inc. 1º y 348, 1ra. parte).

El resolutorio del juez en lo que hace a la acción civil debe ser muy cauto, por cuanto una denegatoria apresurada sobre las medidas, si son esenciales puede coartar el derecho del actor de interponer una demanda válida (ver arts. 93, Cód. Proc. Pen. y 330, CPCCN).

Si el mérito definitivo es apreciado por el actor civil como negativo, no presentará su demanda dejando vencer el término y, con esa actitud, se lo tiene por desistido, con renuncia de la acción (art. 94).

Por el contrario, si fuere positivo interpondrá su demanda con ajuste a las formalidades del Código adjetivo civil (art. 93).

Por supuesto que para todo ello la nueva vista cuenta con el término completo de tres días.

III. IMPOSIBILIDAD DE TODA CONTINUIDAD CIVIL ANTE EL SOBRESEIMIENTO

La accesoriadad del proceso civil respecto del penal lleva, en general, a que, en el trámite conjunto, la extinción del segundo en forma anormal extinga también el primero. Esto es que, como consecuencia de un sobreseimiento, se impida la continuidad del civil (arts. 16, 1er. párr. y 17, Cód. Proc. Pen.).

Ese modo anormal de terminar el proceso penal admite dos formas. Una, la que se sostiene en bases sustanciales; no se comprueba, o no lo es en forma suficiente sin posibilidad de futuro, la existencia del

hecho o que él sea delito, o que, acreditando ello, el imputado sea el responsable. Esta cuestión de fondo aborta el proceso en cualquier fase de la etapa instructoria, incluida la que corresponde suplementariamente en la primera fase del "juicio" (arts. 334, 335, 336 y 361).

La otra es la del sobreseimiento sobre base formal, porque es el proceso el que resulta inútil. Es la que responde al triunfo de las excepciones perentorias (art. 339).

Por ello la ley procesal penal nacional es clara a este respecto, en cuanto dice: "la acción civil sólo podrá ser ejercida en el proceso mientras esté pendiente la acción penal..." (art. 16) y "si la acción penal no puede proseguir en virtud de causa legal, la acción civil podrá ser ejercida en sede civil" (art. 17).

Este efecto interruptivo no se da cuando, terminado el trámite de todo el juicio, al dictar la sentencia, se absuelve en lo penal. Sin perjuicio de la incidencia de esta suerte en el pronunciamiento civil (art. 1103, Cód. Civ.), lo cierto es que "la absolución del procesado no impedirá al tribunal penal pronunciarse sobre la acción civil, en la sentencia" (art. 16, Cód. Proc. Pen.).

La situación crítica se da cuando, superados positivamente todos los estadios de la instrucción y, por evacuada la vista final del artículo 346, se agrega a la causa la demanda y al expedirse el fiscal lo hace pidiendo el sobreseimiento y el juez comparte el criterio y lo dicta (arts. 346, inc. 2º y 348,2da. parte). La parte actora civil no puede hacer nada; no tiene recurso (art. 95).

Por esto último es que ya de inicio en este trabajo hemos sostenido que al actor civil le conviene constituirse, cuando es el particular ofendido por el delito, en parte querellante, en la misma oportunidad en que lo hace como parte civil (arts. 174, últ. parte; 90, 1ra. parte y 82, últ. parte), por cuanto como querellante tiene recurso contra los sobreseimientos (art. 337, 2do. párr.).

El requerimiento de elevación del querellante (art. 348,2do. párr.) queda opacado casi totalmente por el dictamen del fiscal que pide sobreseimiento; la única incidencia que tiene este requerimiento del querellante es la de obligar al juez, aun cuando esté de acuerdo con el fiscal, a elevar la causa en consulta a la Cámara de Apelaciones, para que decida si se debe elevar a juicio, o terminar allí con el sobreseimiento peticionado por el fiscal. En el último supuesto ya no hay nada que hacer, porque aun cuando el auto dictado en su consecuencia sea apelable, por ser el resultado del mandato de Cámara, en la generalidad de los casos no puede esperarse otro pronunciamiento diferente (art. 348, últ. parte).

Si esa última oportunidad, que es la que resulta de la apelación del querellante, fuere de resultado positivo y la Cámara decidiere que debe dictarse el requerimiento de elevación (acusación inicial), el trámite continúa, por cuanto de ambos dictámenes (el requerimiento de elevación del fiscal y el del querellante) se debe correr traslado (no dice esto último; sólo que los dictámenes serán notificados) al defensor del imputado, quien puede en el término de seis días: 1) deducir excepciones; 2) oponerse a la elevación a juicio, instando el sobreseimiento (art. 349).

Es decir, se crea una oportunidad de defensa, ya formal (excepciones), ya sustancial (extremos de la figura típica), que la defensa puede usar o no, según su estrategia. Por supuesto que si el requerimiento de que se le dé traslado se debe a imposición de la Cámara, la defensa dado la particular solidez acusatoria se llamará a hermético silencio. Y en su consecuencia, el proceso seguirá su marcha hacia la etapa de "juicio" (art. 349, cit., últ. parte). Esa marcha incluye la del proceso civil conjunto.

Pero si el imputado, por el contrario, dedujere defensa formal o sustancial, vuelve a estar en expectativa la suerte de la demanda civil, por cuanto obliga al juez a pronunciarse. Si se sobreseyese, entra de nuevo el querellante con su recurso de apelación.

Si el juez en auto fundado rechaza el pedido, en el mismo auto fundado resuelve la elevación (arts. 351 y 352).

En todos los casos de elevación a juicio, por cierto que ya está cerrado en lo civil el traslado, contestación, reconvención y trabada la litis. Es éste el aspecto que consideraremos a continuación.

IV. IMPOSICIÓN LEGAL DE AJUSTARSE A LA LEY PROCESAL CIVIL

Claro resulta de todo lo que antecede que ninguna de las reglas que se analizaron tiene relación con las específicas del Código adjetivo civil.

Ello se debe a que la accesoriadad impuesta por el proceso penal a su conjunto, el civil, en esta parte de la instrucción es de tal intensidad que el sometimiento es total, por cuanto no existe en el segundo, en su regulación civil específica y para su trámite en sede propia, etapa similar instructora pública.

Por esta razón es que en completa autonomía se regula un tipo de constitución en parte civil en instrucción, que es el actor civil, separada de la interposición misma de la demanda. Pero, además, se crean situa- ///

ciones paralelas como son las de la constitución del demandado-imputado y demandado tercero-responsable también con prescindencia de demanda. Todo con formalidades propias, términos, admisibilidades y vistas propias. No hay medidas preliminares, porque esa función la cumple la instrucción. No hay embargos preventivos ni inhibiciones en la oportunidad y forma que se regulan para el proceso civil, sino que esas cautelares reales aparecen como consecuencia de los institutos de persecución directa contra el imputado, cuando se decreta el procesamiento, o, excepcionalmente, antes en caso de peligro y siempre fundado en elementos de convicción suficientes obrantes en el sumario; pudiendo el actor pedir sólo ampliación del dictado de oficio. Este último bajo caución, los demás no (art. 518).

De este modo no cabe, respecto de esta etapa instructoria de los procesos conjuntos, hablar de aplicación de los institutos y formalidades impuestas por el Código adjetivo civil.

Pero el Código Procesal Penal nuevo, al regular el inicio del "juicio" civil en sede penal, lo hace bajo la frase general "...con las formalidades exigidas en el Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación..." (art. 93); "... La forma se regirá por lo establecido por el Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación" (art. 101); "...regirá por las respectivas disposiciones del Código Procesal en lo Civil y Comercial..." (art. 102). Y eso no es exactamente así.

Y no es así porque fuera de los muy grandes y generales lineamientos, las formas, tipos, términos y sus complementos del proceso civil se modifican en adecuación a la accesoriidad impuesta por el proceso penal. Nace así una suerte de regulación procesal civil ad-hoc, que navega entre los dos tipos de procesos de trámite conjunto (ver Cap. VII, punto II).

Con esta aclaración previa, desarrollaremos los pasos que se siguen como consecuencia de la vista de mérito (art. 346, cit.) poniendo de resalto, en cada uno de ellos, lo que sostenemos en orden a las reglas procesales.

V. DEMANDA. CONCEPTO GENERAL. ORDINARIZACIÓN. IMPROCEDENCIA DE ALGUNOS RECAUDOS CIVILES

Desde el punto de vista general, conceptualmente, la "demanda", como acto procesal, tiene el mismo significado cualquiera fuere el tipo de sede jurisdiccional en la que se la interponga. Tanto es demanda la ///

que se deduce en el proceso civil independiente, en sede civil, como la que se hace en el proceso penal, conjunto, en la sede penal.

Desde ese ángulo, tanto la una como la otra deben satisfacer las exigencias formales generales que se imponen para todas.

Con ello debería coincidir el mandato del Código adjetivo penal (art. 93) en el sentido de que la demanda se articulará conforme las formalidades impuestas por el Código adjetivo civil. Y es el caso de que, con ajuste a ello, el tipo de juicio civil que estamos tratando, como realizable en sede penal, como de daños y perjuicios, es, según dicho Código formal, de carácter sumario (art. 320, inc. 2º, k], CPCCN), lo que conduce directamente a la tajante diferencia de que la prueba común debe ser ofrecida en su texto (art. 482,2do. párr., id.). Fuera de ello no hay oportunidad regular.

Pero ocurre que por la regla de accesoriadad, el proceso penal ordinariza al civil que conjuntamente con él tramita, imponiéndole sus pasos y su ritmo. De tal modo es que la demanda se aparta de la del tipo sumario y debe ajustarse a los cánones de la ordinaria (arts. 330 a 333, CPCCN); la prueba común no debe ser ofrecida en ella (arts. 330 a 360 y 367, id.). El proceso penal impone para todas las partes (la civil también), someterse a la citación ajuicio, que formula el presidente del tribunal de juicio, para que en el término de diez días, examinando todas las constancias del proceso que se ponen a su disposición en Secretaría, ofrezcan las pruebas (art. 354, Cód. Proc. Pen.).

Pueden también todas las partes (la civil también) pedir al presidente actos investigativos de instrucción suplementaria (art. 357, id.).

Y el Código adjetivo penal se detiene luego a señalar la forma y tratamiento por el tribunal de esa prueba ofrecida por todas las partes (art. 355, ibid.) y el pronunciamiento del tribunal sobre su admisión o rechazo (art. 356, id.).

Entendemos que si se diese el caso de la necesidad de ampliar la demanda o de transformarla, a su respecto tienen plena aplicación, en cuanto a forma, oportunidad y recaudos, las reglas del artículo 331 del CPCCN, que lo permite, siempre que lo sea antes de la notificación de la demanda a los demandados.

Y como que está inserta en la demanda misma la formalidad de acompañar la prueba documental, la previsión que respecto de ese tipo de prueba, pero nueva o desconocida con anterioridad, hace admitiendo su agregación tardía la ley formal civil, es también aplicable en sede penal (art. 335, CPCCN).

Es también formalidad propia exigida por el Código de Procedimientos en lo Civil (art. 93, 2do. párr., Cód. Proc. Pen.), la de que, de la demanda y del escrito de ofrecimiento de prueba, sí acompañen tan- ///

tas copias como demandados haya, fulminando su omisión y no reparación en término, con el tener por no presentado el escrito de que se trate (art. 120, CPCCN).

Pues bien, nosotros creemos que esa formalidad no es obligatoria en sede penal-civil conjuntas. De este modo se introduce por la accesoriedad citada, otra muy importante modificación a la regla de que se ajuste la demanda a las formalidades civiles.

Fundamos nuestra opinión en el hecho de que en la sistemática civil, con ese escrito de demanda y sus anexos se inicia el proceso; antes de él no había nada en el tribunal. En cambio, en sede penal la instrucción ya realizada es común a ambos procesos y, en consecuencia, la existencia en ella de toda la prueba de procedencia de la demanda que se inicia, la acompaña, a punto tal que para que se expida la vista de mérito (arts. 93 y 346, Cód. Proc. Pen.) se entregará a las partes que deben pronunciarse, la totalidad de las actuaciones (art. 156, Cód. Proc. Pen.), lo que torna en innecesario el juego de copias que impone lo civil, bajo pena de tener por no presentado (art. 120, CPCCN, cit.).

También es muestra de la suerte de sometimiento que ejerce lo penal sobre lo civil, en la misma sede, el hecho de que, en función del conocimiento de la verdad real que se impone por el primero, con total rechazo de la formal, por acuerdo de partes, no es admisible la presentación conjunta en el mismo acto de demanda y contestación, sólo cuando haya admisión de hechos (*confessio ficta*), convirtiendo la cuestión en de puro derecho, por ser esto incompatible con la esencia misma del proceso penal (art. 336, CPCCN).

Y no cesa en este punto la incidencia del proceso penal sobre el civil, por cuanto también se cambian los términos para la contestación de la demanda, reduciendo a seis días, en penal, lo que en civil son diez días si fuera juicio sumario (art. 486, CPCCN) y por la ordinarización quince (art. 338, id.).

VI. PARTICULARIDAD DEL SISTEMA ANALIZADO

La normativa considerada hasta este momento (específica del nuevo Cód. Proc. Pen.) tiene un cuño propio que se aparta de otras vigentes en los ordenamientos adjetivos de las provincias.

En efecto, la nacional, como presupuesto para el cierre del sumario, impone el dictamen de mérito (arts. 93 y 346), en cuya virtud advienen al proceso: en lo penal, el requerimiento de elevación que juega el papel de acusación inicial; y en lo civil la demanda de reparación.

Pero no se detiene allí, sino que del primero corre traslado a la defensa que si estima pertinente lo usa o, de lo contrario, lo deja pasar (art. 349). En tanto que con relación al segundo, corre el traslado a la parte demandada, la que deberá contestar la demanda en el término de ley (art. 101), dejando así trabada la litis.

Luce claro en este sistema que el proceso civil conjunto al penal entra, al igual que éste en la etapa de juicio, con la acusación formulada. Más aún, en lo civil no sólo con ésta (demanda) sino también con su contestación, reconvencción, contestación u oposición de excepciones -tiene trabada la litis- (ver art. 351).

Sobre ello ofrecerán sus pruebas en oportunidad de la citación a juicio (art. 354), trabajarán sobre ella en el debate (arts. 374 a 392), alegarán sobre su mérito, concluyendo en el alegato de su valor y asentando sus respectivas acusaciones definitivas que controvertirá en la misma ocasión la defensa (art. 393).

Este sistema difiere del de la provincia de La Pampa, en el que:

1) el actor civil se puede constituir hasta el dictado del auto de citación a juicio, es decir ya salido el sumario de la etapa netamente de instrucción;

2) dentro de los tres primeros días de los diez que se confieren para asistir a la citación a juicio, el actor civil ya constituido debe formular su demanda civil;

3) en su consecuencia, el auto de elevación a juicio dictado por el juez de instrucción no puede tener mención alguna respecto de la traba de la litis, porque aún no la hay;

4) la apertura del "debate" se hace, en lo penal, con el requerimiento; y en lo civil con la demanda. De ninguna de las dos se corre traslado a la contraria en esta etapa (debate recién iniciado). Sobre estos actos se ofrece y produce la prueba para todas las partes, incluida la defensa y demandados civiles. Al cierre, alegan y los contrarios producen sus defensas. Allí es donde contestan la demanda civil. Luego el tribunal resuelve.

En tanto, en el Código formal de Córdoba, tras el debate y su prueba para todas las partes, el actor civil, al cierre, alega sobre su prueba y demanda (que no otra cosa es su "conclusión" en este sistema) y en ese mismo acto, tras alegar, el demandado contesta, también bajo "sus conclusiones" (arts. 355 a 406, 365 y 366) ¹

1 CREUS, op. cit., págs. 195 y 196.

Esta diferencia entre los ordenamientos, hace que, conforme su letra, el nacional imponga que todo lo referente a demanda, contestación, reconvención, contestación y excepciones, se regule por las reglas del Código Procesal Civil y Comercial, como expresamente lo dice en sus artículos 93 y 101 el Código Procesal Penal nacional. Y es esta diferencia, también, la que funda nuestra posición respecto del Código nacional, en el sentido de que no se trata de un solo proceso (el penal) con dos objetos procesales (uno esencial y otro accesorio), sino de dos procesos tramitados en forma conjunta con objeto propio cada uno (suerte de acumulación ad-hoc) en una misma sede: la penal (ver Cap. IV, punto IV).

CAPÍTULO X

LA DEMANDA (II)

SUMARIO: I. Estructura de la demanda.-II. Consecuencia derivada.-III. Oportunidad.- IV. Distintas posiciones y posibilidades.- V. Puntos que debe cubrir la demanda: 1) individualización del demandante (inc. 1º); 2) individualización del demandado (inc. 2º); 3) cosa demanda, designándola con toda exactitud (inc. 3º); 4) hechos en que se funde explicados claramente (inc. 4º); 5) derecho expuesto sucintamente (inc. 5º); 6) petición (inc. 6º).-

I. ESTRUCTURA DE LA DEMANDA

Por haber sido caracterizado por la ley formal civil como juicio sumario, el de indemnización de daños y perjuicios (art. 320, 2º, "k", CPCCN) ofrece la particularidad de que la estructura de su demanda se modifique en lo que hace a las pautas que debe incluir, conforme se le impone en orden a la del juicio ordinario, aumentándose las en cuanto debe agregar el ofrecimiento de las demás pruebas (aparte de la documental que es obligatorio acompañar) de que el accionante intente valerse (art. 486, 2do. ap., Cód. Proc. Pen.).

La finalidad perseguida por esta exigencia es la de aumentar la velocidad de estos juicios. Con esta inclusión en la demanda se evita el lapso del primer tramo de apertura a prueba, que es el ofrecimiento de la misma. Se entra directamente, al encontrarse en estado, a proveerla y producirla (art. 489, Cód. Proc. Pen.).

Concordantemente, si la remisión que hace la ley adjetiva represiva (art. 93, Cód. Proc. Pen.) es, para la formulación de la demanda en sede penal, a la letra del Código Procesal Civil estrictamente, el marco legal a seguir en esa tarea estaría dado por el sistema que hemos narrado. Pero no es así.

Contrariamente, la ley remitente se encarga de modificar ese punto porque expresamente impone para el inicio de la segunda etapa del proceso penal (el juicio) la citación a las partes para que ofrezcan su prueba (art. 354, Cód. Proc. Pen.) y entre esas partes está la civil. Su ofrecimiento será luego tratado por el tribunal y de su aceptación depende posteriormente la actividad del presidente para la fijación de las audiencias y libramiento de medidas (art. 356. id.). Todo ello sin perjuicio de que, como parte indicada en el artículo 357, ibidem, puede peticionar nuevas medidas para instrucción suplementaria.

Surge claro de lo expuesto que el Código Procesal Penal, borra ese aspecto de la demanda civil sumaria, e impone una forma que vendría a ser propia de la del juicio ordinario. Así, en conclusión, la demanda civil que tratamos, en sede penal, no debe incluir el ofrecimiento de prueba, aparte de que sí debe ser acompañada siempre de la documental de que intente valerse (art. 333, Cód. Proc. Pen.).

En todo lo demás debe seguir el plan de contenido y desarrollo de la demanda civil ordinaria, con las variantes prácticas que señalaremos.

II. CONSECUENCIA DERIVADA

En sede penal, el proceso civil por indemnización de daños y perjuicios derivados del delito, cuenta con toda una etapa previa a la de la demanda, que no existe en el civil común o independiente para tramitar en su sede de origen.

Esa etapa previa es la de instrucción; y se le impone obligatoriamente al damnificado civil que aspire a accionar en sede penal, coetáneamente con el proceso represivo. Esa obligación incluye la de constituirse en parte, accionando el anuncio de que va a demandar, generando así el original instituto: "actor civil". Pero, a él como parte, la ley adjetiva penal le reconoce todos los derechos procesales necesarios para coadyuvar a la acreditación de la existencia del hecho delictuoso y los daños y perjuicios que le haya causado (art. 91, Cód. Proc. Pen.). El, de este modo, contribuye al acopio de prueba, en el legítimo ejercicio de su derecho.

Sobre todo el material probatorio acumulado en el sumario, es que se funda el criterio del juez cuando otorga la vista sobre el mérito de la instrucción (arts. 193, 194 y 346, Cód. Proc. Pen.).

Cuando las partes se expiden en sus respectivos dictámenes de mérito, incluida la parte civil (acusación-demanda), lo hacen necesa- ///

riamente sobre todo el material acopiado, que no es sino la prueba que, incluso ellos, han ofrecido (arts. 199 y 348, Cód. Proc. Pen.).

Esta particularidad del proceso en sede penal, hace que se imponga una modificación en el contenido de la demanda, que no pudo preverla el legislador civil porque esa etapa previa comentada, no existe en el proceso civil.

Esa modificación consiste en que la narración del hecho como también sus modalidades y circunstancias útiles al proceso, e idéntica situación para el análisis de la responsabilidad de los demandados, vaya acompañada -paso a paso y número por número del capítulo respectivo- del señalamiento de la prueba acumulada, cualquiera sea su tipo.

Y particular relevancia tiene este extremo en lo que hace a la prueba documental ya glosada, la que, dado la exigencia formal civil de acompañarla con la demanda, impone, sin perjuicio de la nueva que se quiera acompañar, señalar concretamente la ya agregada.

No podemos dejar de destacar que esta concreta situación y oportunidad de la prueba documental, aun además de las previsiones complementarias de la ley formal civil (art. 335) es superada por la ley procesal penal en cuanto autoriza que ya en pleno debate, en cualquier grado de su desarrollo, pueda ofrecerse y acumularse nueva prueba documental si ella resultare manifiestamente útil. Las partes, entre ellas la civil, pueden ofrecerla válidamente (art. 388, Cód. Proc. Pen.).

III. OPORTUNIDAD

El Código formal represivo nacional impone que la interposición de la demanda civil se haga en la oportunidad de la vista de mérito como ya lo hemos señalado. De este modo, tanto la demanda como su traslado y demás actuaciones que llevan a la traba de la litis, se producen todas en la instrucción.

Esto no es así en otros códigos que obedecen a la misma fuente que el comentado (como el de la provincia de La Pampa), que ubican este paso en el preliminar del "juicio", a partir de la citación a las partes.

Queremos detenernos expresamente en esta parte para dejar bien en claro que es notable la diferente forma de encarar esta etapa de la demanda civil en los distintos códigos. Ello por cuanto algunos, como el citado de La Pampa, fijan el momento de la demanda tras el cierre de la instrucción y ya en el juicio, dentro de los tres días de citación de las partes a juicio. No hay traslado de la demanda para conteste en ese mo- ///

mento sino que ello se produce al final del debate en ocasión de alegar sobre la prueba.

El de Córdoba entra directamente al juicio y al final del debate, bajo la nominación de emisión de conclusiones, da la oportunidad de demanda y contestación junto con el alegato sobre la prueba producida por las partes¹.

Nos resulta difícil entender el desarrollo de un proceso civil indemnizatorio sin traba de litis, por más que se le acuerde al acto de constitución de actor civil y su respectiva oposición cierto alcance como para cubrir ese extremo, completado por la actividad investigativa penal. Aceptamos un lapso instructorio como previo a la formulación de la demanda, pero no todo un juicio completo, tras debate y prueba.

Concluimos, en síntesis, que el sistema nacional supera en ese aspecto a los demás, en cuanto él regula una demanda, contestación y traba de litis de inicio, dejando para el final el alegato de prueba corroborante. Pero su sistema se resquebraja cuando al final del debate, le agrega a la facultad de alegar, la de acusar y la de defender. La demanda civil y su responde ya están hechas de inicio. Esa facultad sobra.

Pues bien, en el tiempo del nacional, conferida la vista de mérito a los acusadores, ¿a cuál de ellos le corresponde la prioridad? La ley no lo señala. Pero en caso de vista para otro supuesto, coloca al actor civil primero (art. 393, Cód. Proc. Pen.), luego al querellante y por último al fiscal. Si ello es así, dado la sucesión de vistas que impone ordenadamente la ley (art. 346, cit.), el sobrante de término que se da entre la interposición de la demanda y acusación de la querrela (arts. 93 y 346, cit.) y el traslado inmediato que de la demanda dispone el citado artículo 93, se generaría una colisión que detendría el curso del proceso u ocasionaría la violación de la ley. Para evitarla, es nuestra opinión que debe darse oportunidad a todo el grupo acusador (incluida la demanda) a que se expida y luego de todo ese grupo, correr inmediatamente la vista de traslado de la penal, a la defensa (art. 348) y de la civil al demandado (art. 101).

Ello permitirá, también, intercalar el trámite previsto por la ley para el caso de que el acusador (fiscal y querellante) pida sobreseimiento (art. 348) y tras lo previsto para el caso, se dicte el traslado al acusado y demandado. Lo contrario implicaría una traba de litis, para dejar luego todo de lado por un sobreseimiento, que el actor no puede recurrir.

1 CREUS, C, La Acción Resarcitoria..., págs. 195 y 196.

IV. DISTINTAS POSICIONES Y POSIBILIDADES

En el proceso penal pueden darse distintas situaciones en orden a los sujetos actuantes, que inciden en la forma de estructurar la demanda.

1) En efecto, en primer lugar, dado la forma en que se regula la acción civil en sede penal, se admite la constitución directa, autónoma y sin dependencia procesal de otra parte (no es necesario que sea parte penal como querellante), del damnificado civil por el delito, como actor civil. Ese actor civil ejercita sólo acción, pretensión y demanda civil, reducida únicamente a ese punto de la reparación del daño (arts. 14, 87 y 393, 2do. ap., Cód. Proc. Pen.).

Por consiguiente, dado su única calidad, debe incluir todas las exigencias en el contexto de su demanda, sin posibilidad de envío o remisión alguna. Su escrito debe ser autosuficiente, a punto tal que de él surja la visión completa de su situación en el proceso.

Este será el aspecto que luego desarrollaremos para cubrir todas y cada una de las exigencias de la demanda.

2) Pero dado el extremo de que, por su calidad de ofendido directo por el hecho sufrido y del cual también se derivan perjuicios inmediatos, el damnificado puede también, además de la acción civil -como actor civil-, ejercitar acción penal -como querellante- a punto tal de que se constituye como parte en ambos procesos coetáneos en la misma sede, su situación procesal varía sobre el punto tratado y con relación a la analizada en el apartado anterior.

En este estado de acusador privado y demandante paralelo, el particular ofendido goza en el proceso de un momento, que es el de la vista de mérito, para acusar (requerimiento de elevación) y para demandar (demanda civil) (arts. 93 y 346, Cód. Proc. Pen.).

Pero esa posición de dos en uno se puede agotar en un único acto (en un solo dictamen) comprensivo de acusación y demanda. O, en su caso, en dos: uno para cada uno.

Esta distinción está dada por la diferencia de términos que la ley impone. Sobre la notificación de la vista: tres días perentorios e improrrogables para demandar (arts. 93 y 94, 2da. parte, Cód. Proc. Pen.) y seis días, prorrogables por otro tanto para acusar (art. 346, cit).

De ello se derivan dos posibilidades:

a) Que se use sólo el término de tres días y en él se cumplan los dos actos, agotando el tiempo concedido para la demanda y declinando todo el sobrante del perteneciente a la acusación.

En este supuesto, en la parte común de las respectivas pretensiones (penal y civil), cual es el hecho con todas sus circunstancias y modalidades relevantes para ambas, y superado en detalle para lo que haga al plus de la civil (daños y perjuicios materiales, morales y sus integrantes), la narración fáctica en forma de afirmación puede ser común, en el mismo escrito.

En el mismo acto esa exposición en cada uno de sus pasos será avalada por la prueba ya producida en el sumario. Y ampliada, en sus rubros correspondientes, por la documental ya glosada e invocada, o la acompañada en el acto mismo de la demanda, o señalada para que se la pueda incorporar luego al proceso.

Por cierto que la invocación del derecho, las calificaciones legales y conclusiones extraídas de todo ello, no puede ser común sino separada en dos capítulos. Como así también lo que haga a la apreciación de todos los elementos de ley para la graduación e individualización de las respectivas sanciones a imponer, en el supuesto de condena o, en su caso, declarar la no actuación del derecho sustancial.

Cada una, por cierto, con su respectivo petitório, referidos, cada uno, a la exposición clara y precisa del objeto demandado y acusado.

Pero todo lo pretendido, peticionado, fundado fáctica y jurídicamente, con sus respectivos avales probatorios, es llevado por alguien contra alguien.

El que lo lleva, en el caso que analizamos, se individualiza e identifica, tanto como acusador privado y como demandante, en ese acto conjunto, señalándolo expresamente con indicación de su domicilio real y el constituido, pese a que este extremo ya figura en el proceso, por cuanto para constituirse como parte querellante y como actor civil, la ley le exige dicho señalamiento bajo sanción de inadmisibilidad (arts. 83 y 89, Cód. Proc. Pen.).

En lo que hace a aquel contra quien se lleva -el demandado- que puede ser en todos los casos uno o algunos (o todos) de los imputados; o, además, el tercero responsable civilmente por la relación de dependencia que a su respecto tienen esos imputados (art. 88, Cód. Proc. Pen.), también es obligatorio individualizarlos y dar sus domicilios.

b) Otro supuesto es el que ofrece el hecho de que el acusador privado decida usar todo su término y prórrogas de ley para expedir su vista de mérito penal (art. 346, Cód. Proc. Pen.), por lo que tendrá que presentar su demanda como actor civil y su acusación por separado. Primero la demanda. Pero ambos actos deberán ser autosuficientes y cumplir con todas las exigencias formales (arts. 330 y 486, Cód. Proc. ///

Pen.) respectivamente, sin posibilidad de remisión, envío o invocación recíproca alguna entre ellos.

V. PUNTOS QUE DEBE CUBRIR LA DEMANDA

El contenido de la demanda debe ser pleno con relación a las exigencias impuestas por la regulación procesal civil a la que expresamente se remite la ley procesal penal nacional (art. 93). Y no valen en este punto las especulaciones que la doctrina realiza respecto de los sistemas procesales penales provinciales, en los que, en ausencia de demanda inicial, elevan a la instancia de constitución a la calidad de una "semi-demanda" en la que la satisfacción de ciertos recaudos que puede contener, torna innecesario repetirlos cuando se concreta la demanda al final del debate, no siendo indispensable que llene todos los requisitos que pueden exigírsele en el proceso civil, ya que algunos pueden estar acabadamente expuestos en la constitución².

En el orden nacional se debe aplicar la ley procesal civil y satisfacer todas las formas que ella impone a la estructura de la demanda. Téngase muy en cuenta, en torno a este extremo, que la ley no ha instituido el régimen de oposición a la constitución del actor civil que, por el contrario, regulan minuciosamente los ordenamientos provinciales y les permite dilucidar en el momento, incluida la intervención de la segunda instancia, todo lo que hace a la individualización e identidad del actor, sus capacidades, habilidades y personería. Y tampoco ha implantado, como aquéllos lo hacen, la facultad officiosa del juez de dejar sin efecto la constitución acordada por él (no la impuesta por la segunda instancia) cuando se demuestre que tal constitución es errónea. Siempre le queda a la demandada, por sobre todo ello, la facultad de excepcionar.

En el Código nacional, se repite, nada de ello existe y el constituido *constituido* está, dándose como única oportunidad procesal de impugnación la de las excepciones al contestar la demanda al final de la instrucción. Todo con expreso mandato legal de ajuste a la ley formal civil.

Por esas razones consideramos que no puede haber integración entre la "semi-demanda" del pedido de constitución de actor con la demanda en sí en ninguno de sus puntos.

2 CREUS, C, La Acción Resarcitoria..., pág. 197.

No existen fórmulas sacramentales para la redacción de la demanda, pero sí puntos concretos que deben satisfacerse. Esta imposición está regulada por el artículo 330 del Código Procesal Civil y Comercial, el que exige los siguientes recaudos ³:

1) Individualización del demandante (inc. 1º)

Ello, aparte de que ya está incluido en la constitución del actor civil (art. 89, Cód. Proc. Pen.), hace a la esencia misma de la demanda y es indispensable a los efectos de permitir apreciar si el actor tiene capacidad para estar en juicio, y también para que el demandado sepa quién le demanda y se dé oportunidad de oposición de excepciones si fuere el caso. Posibilita la defensa del demandado. En caso de ser el actor persona física, se debe asentar su nombre y apellido, y en el de ser persona jurídica, el nombre o razón social con que actúa.

Este requisito también abre la vía, para el caso de incapacidad, de intervención de los representantes legales, que en caso de omisión daría lugar a la procedencia de la excepción de falta de personería.

Por supuesto que si el actor actúa por medio de representante legal o convencional deberá expresar su nombre y apellido y agregar a la demanda, previa individualización en su texto, los documentos que acrediten su personalidad (arts. 46 y 57, CPCCN).

El domicilio que se debe hacer constar es el real del actor, por cuanto es a ése al que se le debe citar para la absolución de las posiciones. Además, se debe constituir el especial para el juicio, a los efectos de todas las demás notificaciones.

2) Individualización del demandado (inc. 2º)

Este punto tiene una previsión expresa de ajuste en la ley procesal penal, en cuanto el demandado, en todos los casos, no puede ser sino el o los imputados, y, además (siempre incluyendo al imputado), el tercero que por él deba responder legalmente. Y tanto el uno como el otro, ya han sido expresamente señalados y notificados en la instrucción (arts. 88 y 92, Cód. Proc. Pen.). Pero no debe olvidarse que esta constitución de los demandados lo es sólo en función de la futura concreción o formulación oportuna de la demanda (art. 93), la que si no se cumple en término, no sólo se pierde el derecho de hacerlo en el futuro, sino que, por desistido, se pierde la acción (art. 94).

3 PALACIO, Lino E., Manual..., pág. 387.

Pero esta posibilidad de elegir concretamente al demandado y descartar en definitiva a otros, se da también respecto de los imputados cuando son varios (art. 88,2do. ap.). Puede así el actor constituirse contra todos y luego formular su demanda contra uno solo.

Por tales razones el recaudo de la individualización de este sujeto es necesario para saber quién es en definitiva el demandado y poder notificarle la demanda. Ello sin perjuicio de que por individualizado, podrá apreciarse su capacidad general y para estar en juicio, de lo cual deriva la necesidad de intervención de sus representantes.

Aparece en el proceso, con la satisfacción de este recaudo, el definitivo destinatario de la demanda y quien, como el actor, habrá de quedar vinculado por la sentencia ⁴. Y tal aparición en ese momento procesal indicado por el artículo 93, Código Procesal Penal, es de identidad plena como resultado del desarrollo de toda la instrucción (art. 193), no dándose, por ende, la necesidad de diligencias identificatorias previas reguladas por la ley procesal civil (arts. 323, inc. 1º, y 145, CPCCN) ⁵.

El señalamiento del domicilio del demandado -ya establecido expresamente y usado en la instrucción para la notificación de la constitución del actor- es necesario por cuanto establece el lugar donde, en definitiva, debe notificarse el traslado de la demanda y la citación para comparecer a juicio.

Cuando el demandado sea incapaz, la denuncia del nombre y domicilio del representante debe incluirse en la demanda por cuanto es a él a quien debe notificársela.

3) Cosa demandada designándola con toda exactitud (inc. 3º)

La individualización del bien que el actor pretende con su demanda es de absoluta necesidad, a fin de que tanto el juez como la otra parte queden debidamente instruidos, para poder dictar la sentencia adecuada el primero y defenderse el segundo.

En el caso del tipo de proceso civil que es el reparatorio de daños y perjuicios deberá expresarse el tipo de obligación que se sostiene existente, su origen, naturaleza, objeto, condiciones, de modo y manera que se descarte la posibilidad de que, por defectuosa descripción, el juez niegue lo que es debido o acuerde una cosa distinta de la pedida.

4 PALACIO, Lino E., Manual..., pág. 388-b).

5 Ídem.

Nótese que sobre este punto obligatoriamente hay ya en el proceso un adelanto, por cuanto para constituirse el damnificado en parte civil hubo de exponer, bajo sanción de inadmisibilidad, los motivos en que se funda su presentación. Estos motivos no son sino la expresión sintética de este punto de la demanda.

A la altura en que se encuentra, al tener que concretar demanda, el desarrollo del proceso con una etapa instructoria que se estima agotada y satisfechos los objetivos a alcanzar, este extremo que debe reunir la demanda no sólo está perfectamente delineado sino también fundado, circunstancia por la cual es perfectamente viable cumplir acabadamente la exigencia, que en sí constituye el objeto mediato de la pretensión deducida en la demanda.

Se requiere la designación exacta de la "cosa demandada"; por ejemplo, debe indicarse con precisión la suma de dinero en que se estiman los daños cuya reparación se pretende.

La ley procesal civil carga al actor la determinación de tal calidad y monto y lo obliga a insertarlo en la demanda -bajo apercibimiento de defecto legal-. Pero la ley procesal penal le da al actor, respecto de este punto, toda la oportunidad instructoria en la que puede pedir todas las diligencias necesarias y hacer las reservas de futuro que fueren indispensables por el curso de agravamiento (art. 91). Si no se ocupó de ello, deberá cargar con las consecuencias de no insertar los recaudos requeridos en la demanda. Si por el contrario pidió en la instrucción a su respecto y el juez se lo rechazó (arts. 91 y 199) podrá invocar para aventar la falta de satisfacción de esta exigencia, la regla del artículo 330, párrafo segundo, del Código Procesal Civil y Comercial⁶.

4) Hechos en que se funde explicados claramente (inc. 4º)

Deben exponerse circunstanciadamente los hechos que constituyen la base, razón o fundamento de la pretensión que se deduce, pues es sobre esa constancia y su consideración expresa que el juez califica la acción, con independencia de la que hagan las partes.

Esa exposición fáctica debe ser clara, pues sobre ella se asienta la marcha regular del proceso, regula la admisión de la prueba y constituye la congruencia que debe existir entre ellos, la prueba y la sentencia. Esa claridad ordenada es la que da base para la contestación de la demanda, pues el demandado tiene la obligación legal, bajo apercibimiento de tenerlo por confeso, de contestar uno por uno, por sí o por no, ///

6 PALACIO, Lino E., Manual..., pág. 388-c).

cada hecho y sus extremos. Por ello es costumbre regular la exposición de los hechos siguiendo un orden numérico, de modo que en la misma forma los responda el demandado.

Por tratarse de obligación ex delicto es necesario narrar todo el hecho que constituye este último, con todas sus circunstancias y antecedentes, tanto de comisión, como de configuración personal, pues es la forma en que actuó el sujeto, sus antecedentes y su personalidad aplicada al hecho lo que debe considerarse en orden al alcance de su responsabilidad.

Esta exposición de los hechos debe limitarse a los necesarios para la calificación de la acción, excluyéndose todos aquellos que no tuviesen vinculación con la misma, pero cuidando de no omitir los que tuviesen alguna relación aunque sea indirecta o que de cualquier manera pudieran influir en la resolución final.

Así, en orden a la pretensión de una indemnización basta con que se expongan los hechos en que ella se funda y por cierto que en ese aspecto habrá todo un tramo de coincidencia con la narración penal.

Pero como la pretensión civil tiene un tramo más que supera el de la mera acción típica, y se extiende al pago de la indemnización, habrá de exponer los hechos que puedan influir en la determinación de su monto.

El objeto civil supera al penal, en este punto, y debe constar en la demanda.

5) Derecho expuesto sucintamente (inc. 5º)

Sin que ello implique la obligación de cumplir un acertado y minucioso encuadramiento jurídico, por lo que no es obligación indicar por su nombre técnico la acción que se deduce, como que tampoco es necesario señalar las disposiciones legales que fundan la pretensión, la acertada, concreta y ordenada exposición basta por cuanto el juez sobre ésta cumplirá la valoración en derecho y fundará su conclusión, cualquiera que en este aspecto hubiere sido la del actor. Sin que ello se alce como obligación, repetimos, es valioso que la calificación se cumpla, se señale el derecho y citen las disposiciones legales por la parte, por cuanto ello, si bien no obliga al juez (*iura novit curia*), es de gran ayuda para él y para la contraria, como guías de desarrollo⁷.

7 PALACIO, Lino E., Manual..., pág. 389-e).

Ello es lo que funda esta exigencia formal de la demanda. Aunque sea errónea o deficiente, su señalamiento satisface el extremo legal y actúa como título indicativo.

6) Petición (inc. 6°)

Ella concreta la pretensión del actor como fundamento de su acción y es ésta la que el juez debe resolver admitiéndola o rechazándola. A sus términos debe ajustarse la sentencia en sentido positivo o negativo.

Debe ser precisa por cuanto su excedente genera responsabilidad, como así también causa daño su reducción.

La demanda debe precisar el monto reclamado, salvo cuando al actor no le fuere posible determinarlo al promoverla por las circunstancias del caso (art. 330, infine, CPCCN). Circunstancias del caso, que son las que fundaron nuestra opinión en el sentido de que el juez de instrucción debe ser muy cauto, en la denegatoria de medidas que a ese efecto le proponga el actor civil en este período del proceso penal-civil al cual el actor se encuentra obligatoriamente sometido.

Puede eximirse, también, la obligación del actor de fijar el monto reclamado en forma precisa, cuando su determinación dependiere de elementos aún no definitivamente concretados y la promoción de la demanda fuere imprescindible para evitar la prescripción de la acción civil (art. 330, últ. parte, cit.). Y a este respecto no debe olvidarse que este proceso civil reparatorio en sede penal comienza cuando el actor civil ejercita su acción, en sede instructoria, aun cuando no haya "concretado" su demanda.

Y no debe producirse ese olvido por cuanto "si la víctima de un acto ilícito hubiere deducido querrela criminal contra los responsables del hecho, su ejercicio suspende el término de prescripción de la acción civil, aunque en sede penal no hubiere pedido el resarcimiento de los daños". Cesa la suspensión por terminación del proceso penal o desistimiento de la querrela (art. 3982, Cód. Civ.).

CAPÍTULO XI

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

SUMARIO: I. Tratamiento de la demanda presentada.- II. Evacuación del traslado conferido.- III. Situación derivada de la contestación.- IV. Reconvención.- V. Rebeldía.-

I. TRATAMIENTO DE LA DEMANDA PRESENTADA

Por presentada la demanda en el término de ley y por superado el contralor oficioso de regularidad de la misma (art. 337, 1ra. parte, CPCCN), el juez debe notificarla "de inmediato" (art. 93, últ. parte, Cód. Proc. Pen.) a la parte demandada, sea ella sólo el imputado o éste y también el tercero civilmente obligado (art. 88, id.). Como asimismo si se refiere al asegurador o al responsable del artículo 32, Código Penal. Más aún, si hubiere varios imputados (art. 88, cit.), sin representación unificada, esa notificación también debe ser diligenciada a su respecto.

Esa notificación a cumplirse con ajuste a las reglas de los artículos 142 a 149 del Código citado, lo será de la providencia dictada respecto de la demanda, por la que se corre traslado de su contenido a la demandada 1, para que la conteste, y, además, recon venga o excepcione si lo estima proceder, todo lo cual deberá producirse dentro de los seis días, improrrogables (art. 163, Cód. cit.) que confiere la ley a partir de la citada notificación (art. 101, id.).

La o las demandadas tienen, cada una dentro de su respectivo término (si no tu viera unificación de representación), el derecho de tener en esa oportunidad en su poder todas las actuaciones procesales y sus ///

1 El Código dice "será notificada", pero en realidad se confiere "vista" con entrega de los autos (arts. 155 a 157), lo que implica un "traslado" en la nomenclatura clásica.

agregados, en la misma forma y con idéntica finalidad que la que tienen los acusadores (arts. 346 y 156 a 159, id.), extremo por el cual, en sede penal no rige, por innecesaria, la obligación de acompañar copias de la demanda, y, por ende, tampoco de la contestación, reconvencción y su conteste (art. 120, CPCCN).

Pero aquí se plantea un problema ya adelantado en el capítulo anterior, cual es el de la incongruencia normativa procesal sobre la forma, tiempo y orden sistemático para expedirse los acusadores (el grupo acusador) a los que la ley impone hacerlo en vistas sucesivas con entrega a cada uno de las actuaciones (arts. 156 y 346, Cód. Proc. Pen.) y como el actor civil se encuentra dentro de ese grupo acusatorio, por cumplida su demanda (acusación civil), dado lo inmediato del traslado a la demandada que ordena la misma ley (art. 101, id.), se cortarían de ese modo la sucesión de acusaciones que manda esa misma norma por otro lado; las que por otra parte tampoco podrían producirse, dado el derecho que tiene cada una de retirar, por vez, el proceso. Esto último, por cuanto el proceso no estaría a disposición de los acusadores, sino en la del o los demandados para evacuar el traslado de la demanda que se le ha conferido.

Lo que antecede coloca al intérprete en la necesidad de armonizar ambas normas. Para ello y sin perjuicio de reproducir lo dicho en el capítulo anterior, se impone completar el grupo acusatorio, para lo cual se correrán después de la civil las vistas sucesivas al querellante y al fiscal. Se completa, de esta suerte, el grupo acusador. Luego de logrado ello, de la civil (demanda) se correrá vista (traslado), notificándola de "inmediato" al tercero civil demandado para que conteste en el término de seis días improrrogables. Y después de contestada, se conferirá a la defensa del imputado el traslado del requerimiento fiscal penal (acusación) por el término de ley (art. 349), junto con el de la demanda civil promovida en su contra para que, como demandado civil (ver art. 88, 3er. ap.), la conteste dentro del mismo término (arts. 93,101 y 104,2do. ap. infine), sin perjuicio de que, si lo desea, conteste la penal, o excepción, o guarde silencio (art. 349).

Si el agente fiscal se hubiere expedido pidiendo sobreseimiento, terminando con ello el proceso penal (arts. 346, 347, inc. 2º, 348,2do. ap., 334 y 335), como la acción civil sigue su suerte (ver arts. 17 y 335 a 338, cits.), se resuelve primero si éste procede o no (art. 348,2do. ap.). Si se decide el rechazo y la procedencia y concreción del requerimiento de elevación, es en ese momento cuando se corren las vistas de traslado mencionadas.

II. EVACUACIÓN DEL TRASLADO CONFERIDO

Frente al traslado de la demanda, la parte demandada puede adoptar distintas actitudes que generan, a su vez, diferentes consecuencias.

- a) contesta la demanda lisa y llanamente;
- b) contesta y reconviene;
- c) de esta reconvencción se corre, a su vez, traslado a la actora para que la conteste;
- d) opone excepciones.

Todos estos pasos se deben ajustar, conforme mandato legal expreso, a las normas procesales civiles (arts. 101 y 102, Cód. Proc. Pen.).

En el caso de las excepciones se abre incidente y se las tramita conforme la ley adjetiva civil, pero reduciendo todos los términos a tres días. Este incidente no entorpece el trámite del principal. Su resolución puede ser diferida (caso que no puede ser en materia penal) al momento de dictar la sentencia (art. 102, cit.).

Claro se echa de ver que, dado la vigencia de la etapa instructoria común a ambos procesos, dentro de cuyos límites se cumple todo este procedimiento, la resolución que se emita en la oportunidad (la no diferida a la sentencia) sobre esas excepciones, será apelable ante la Cámara de Apelaciones (art. 449).

Todo lo que antecede pone de manifiesto que, mediando actor civil, el proceso penal sufre en su trámite una dilatada demora, contraria a la aspiración de rapidez expresada por el legislador en el artículo 207 del Código adjetivo nacional. Es ahora cuando el proceso civil subordinado le marca el ritmo al penal.

Tal vez la amenaza de esta marcada demora en el trámite del proceso penal en etapa instructoria haya sido la que determinó a estructurar y seguir los sistemas que la obvian en los códigos de La Pampa y de Córdoba que ya comentamos en el Capítulo VII, apartado IV.

III. SITUACIÓN DERIVADA DE LA CONTESTACIÓN

Siendo que la ley formal civil, a la que la norma adjetiva penal impone adecuar-se en la traba de la litis indemnizatoria, exige que cada afirmación fáctica cumplida en la demanda por el actor, sea expresamente contestada, evitando toda generalización, por el demandado en su responde; siendo también que toda evasiva, imprecisión o silencio respecto de todos o algunos puntos, puede, según facultad expresa otorgada por la ley, ser tomada como confesión por el juez. Siendo todo ello ///

así, es incuestionable que la ley adjetiva civil permite a las partes llegar a fijar los límites fácticos del objeto procesal civil.

Esa posibilidad es la que lleva a sostener que en el ámbito del proceso civil, sin perjuicio de la verdad real, basta con alcanzar la verdad formal; la verdad acordada o concordada por las partes. Aceptado un hecho expresamente (confesión), o tácitamente (silencio), él vale como tal con prescindencia de que materialmente (realmente) no sea de ese modo.

Trasladado el proceso civil a la sede penal y subordinado en su tramitación conjunta al proceso represivo sufre en lo que hace a la esencia penal, esto es: la real existencia del hecho en su relevancia penal y la consiguiente responsabilidad en grado de culpabilidad penal, sufre -repetimos- la imposición de una subordinación de formas y ritmo que lo apartan de su naturaleza propia en vida independiente. Todo ello sólo en lo que hace a la parte o tramo coincidente, en exclusividad, con el objeto procesal penal.

Lo más notable y tajante en esa accesoriedad es su apartamiento de la verdad formal para encasillarse en la real, consustancial, esencial del proceso penal. La sistemática del proceso civil independiente sobre este punto, deja de tener sentido; carece de finalidad.

Siempre, aun cuando por cumplidos los extremos legales se tenga una verdad formal, se exigirá, ello no obstante, la acreditación real, efectiva, material del objeto procesal penal y, por ende, del civil que con él coincida. En lo que exceda, liberado de lo penal, el civil puede recobrar su naturaleza formal posible.

El ingreso a sede penal del proceso civil reparatorio, habrá de llevar siempre consigo la advertencia, tanto para el actor, como para el demandado, de que en el tramo de coincidencia de objetos procesales (hecho penal - sujetos), sus respectivas afirmaciones de hechos y sujetos dependen, para ser tenidas como verdaderas, de prueba precisa, cierta, detallada y armónica con la realidad, que descarte toda reducción a la simple aceptación entre partes. Advertencia esta que los apartará a ambos del simple campo de la demanda y su contestación, y los trasladará obligadamente al área del ofrecimiento y producción de prueba real de cada extremo de sus respectivas posiciones procesales.

En lo propio y exclusivo civil, excedente del hecho y sujetos típicos penales, como es el perjuicio material -moral-, sus caracteres, modalidades y pautas, sus montos definitivos y eventuales, hecho delito civil o cuasidelito civil, valdrá la verdad formal.

Esa es la razón por la que ninguno debe subordinarse ciegamente al mandato legal de ajuste a la forma civil y tener a ésta por suficiente

como para obviar la trascendente etapa de ofrecimiento de prueba al inicio de la segunda etapa del proceso penal en oportunidad de citación ajuicio (art. 354, Cód. Proc. Pen.).

De su ofrecimiento y respectiva producción, con la constante intervención en lo que sea útil, en la producción de la contraparte, en todo el curso del debate, e, incluso, de la de mejor proveer (art. 397, id.) dependerá su suerte en sede penal.

Dado lo trascendente del punto, repetimos que el acuerdo formal entre actor y demandado con la consecuencia de veracidad que regula la ley adjetiva civil (art. 330, inc. 2o, CPCCN) sólo será relevante para el tramo que exceda, que supere, al hecho típico penal (daño penal); tramo excedente que exige para lo civil (daño civil), según que la sentencia penal sea condenatoria o absolutoria, un ámbito específico para el tratamiento, análisis y juzgamiento del perjuicio (daño material y moral).

IV. RECONVENCIÓN

La ley formal penal nacional permite al demandado que al contestar la demanda que se le formula por el actor civil, además de las defensas que pueda introducir en el escrito de responde, le contrademande por los derechos insatisfechos que él mismo y con idéntica fuente que la constitutiva del objeto del proceso, o conexas con ella, quiera invocar en ese mismo proceso.

Este instituto, bajo la nominación de reconvencción, está previsto y regulado en el Código Nacional de Procedimientos en lo Civil (arts. 357 y 358) al que expresamente remite el Penal (art. 102).

Las exigencias que aquél impone, aparte de la de vertirse en el mismo escrito de responde a la demanda y ajustarse a las reglas vigentes a su respecto (art. 357, CPCCN), se nuclean, con calidad de determinar su improcedencia, en el extremo de que la invocación se refiera a pretensiones que se relacionen o deriven de la misma relación jurídica, una vinculación nacida de la misma fuente.

El hecho o hechos sobre los que asienta su pretensión deben ser narrados en forma clara, precisa y ordenada, como se exige para la demanda, señalando la vinculación que los estrecha con los que fundan esta última y la forma en que se genera un derecho que se admite como una suerte de compensación con el que el actor pretende.

De esta contrademanda se debe correr traslado al actor civil en su calidad, ahora de demandado, para que la conteste en el término de ley ///

que no puede ser sino el de seis días -igual que el concedido en el primer traslado- y no el que la ley civil prevé. Si bien el Código Procesal Penal nada dice al respecto, el criterio contrario rompería el equilibrio entre las partes en sede penal.

La finalidad de este instituto de la reconvencción es, fundamentalmente, el de economía procesal, más que el de evitación de sentencia contradictoria, situaciones que podrían producirse en caso de que el demandado originario, no pudiendo contrademandar en el mismo proceso, tuviera que promover a su vez un proceso por separado para que se le reconozca su derecho compensatorio.

Resulta, en verdad, un poco difícil imaginar esta situación base de la reconvencción cuando se trata de un hecho delictivo que genera a su vez daño civil, hecho en el que desde luego no hay relación bilateral ni acuerdo constitutivo previo del que nazcan o puedan nacer obligaciones a equilibrar o compensar ². Pero que sea difícil no quiere decir que sea imposible en la multifacética actividad humana y las posibles circunstancias que rodean al hecho. Por ejemplo, ¿no sería admisible en el caso de que por lesiones causadas por culpa o imprudencia, el demandado hubiera cubierto de inicio parte de o todo el tratamiento recuperatorio del daño causado por ese mismo hecho y ahora se lo demandare por todo?

En este caso de la reconvencción, la acción civil vuelve a escapar del ritmo acelerado que le impone la penal y, no sólo ello, sino que, incluso durante su trámite y la traba definitiva de la litis, impone a la marcha penal un compás de espera.

V. REBELDÍA ³

La rebeldía o contumacia es un instituto jurídico procesal estrechamente vinculado con el estado de presencia en el proceso en que deben permanecer las partes, de modo tal que, cuando él no es respetado ///

2 CREUS, C, La Acción Resarcitoria..., pág. 199, nro. 4, si bien admite cierta posibilidad a la reconvencción en el caso de ser viable la acción civil de un coimputado contra el otro, aun cuando tal situación no se base en el mismo hecho, sino en el que cada uno imputa al otro, dice concretamente: "Podemos sostener inicialmente, que la reconvencción en su propiedad de instituto procesal carece de viabilidad en la acción civil insertada en el proceso penal, porque su naturaleza repugna al contenido y objetivo que a ésta se le puede otorgar en dicho proceso".

3 PALACIO, Lino E., Manual..., pág., 277, Parte Civil. ODERIGO, M. A., Derecho Procesal Penal, T. I, 1952, págs. 234 y 235.

por cualquiera de ellas se genera, con relación a la que se sustrae, la condición de rebelde o contumaz. Pero debe aclararse de inmediato que no se trata de cualquier ausencia, sino una de grado total sobrevenida en el proceso cuando ya en él tuvo la parte una constitución y presencia real, o puede tenerla, por estar concretamente individualizada, identificada y localizada en un domicilio verdadero en el que se le notifica válidamente y, ni en uno ni en el otro, comparece a la citación. Repetimos, debe tratarse de una ausencia total, en cuanto la parte desaparece del proceso con permanencia en ese estado negativo. La ausencia o sustracción, tras la notificación de meros actos procesales de simple trámite, no la constituye, sino que sólo es una mera disposición de su propio derecho, disposición que sólo le hace perder el momento de usar del mismo.

En cambio, la rebeldía o contumacia genera otro tipo de consecuencias mucho más graves, en cuanto, sin temor a dudas, ingresan en el campo de las sanciones procesales. La extensión y la gravedad de éstas varía según que la sustracción total se produzca en el ámbito del procesal penal o en el del civil.

En el primero de ellos, atento su propia naturaleza y caracteres, como así también los de su propio objeto procesal y los del derecho de fondo que aspira realizar, ese sometimiento y consecuente rebeldía o contumacia no existe sino para la parte acusada, para el imputado y, además, es de carácter material, físico; es su persona la que está sometida y a disposición del proceso para el cumplimiento de los dictados del juez, durante todo el curso de su trámite. Debe comparecer cada vez que lo llamen para los actos que se decretan y, al final, para cumplir la pena que se le imponga. Si a ello se sustrajere, su ausencia tras la rebeldía o contumacia, se sanciona imponiéndole el sometimiento por la fuerza, mediante su privación de libertad decretando su detención. Ese es el efecto principal, sin perjuicio de los jurídicos que se puedan derivar, de los cuales el más grave es la paralización del curso del proceso, según el estado en que se encuentre.

Ese es el motivo por el cual la rebeldía o contumacia en el procedimiento penal recibe un tratamiento regulador, en los artículos 288 a 292, que le es propio y específico y que resulta totalmente inadecuado e inaplicable al proceso civil.

Por el contrario, en lo civil este instituto no ofrece ese perfil de gravedad personal que ostenta el penal. Ya, en la actualidad de las legislaciones en general y en la nuestra en particular, el sometimiento físico, material, la compulsión personal, ha sido abandonado. Se ha instituido la carga procesal de estar presente, pero limitada a lo que la parte ///

en realidad quiera hacer. Cuando la sustracción de presencia, tras la real y efectiva notificación de la citación al concretamente individualizado e identificado, se produjera respecto de actos en los que debe intervenir, se coloca en situación de ausencia sobre la que, si la parte contraria la solicita, se declara el estado de rebeldía.

Pero ese estado, a diferencia del penal, no genera medidas físicas de sometimiento personal, sino que se resume en el efecto de tener por notificado al ausente, respecto de un proceso que sigue su curso -no se paraliza como el penal- de las resoluciones o providencias que se vayan dictando, incluida la final y, según las circunstancias, poder tenerlo por confeso respecto de los hechos y responsabilidades que la contraria le endilgue (art. 60, CPCCN). Por tal motivo la rebeldía es aplicable a ambas partes en cuanto generen su ausencia total.

Esa es la razón por la que el instituto que tratamos se encuentra concreta y específicamente regulado por la ley procesal civil para su propio uso, el que, en principio y en algunos aspectos específicos, resulta de aplicación improcedente a la materia penal y el propio de ésta para aquélla.

El Código Procesal Penal nacional no regula, para la actuación civil indemnizatoria de tramitación conjunta con la penal -en la misma sede-, nada sobre la rebeldía de las partes civiles. Este extremo impone hacer las siguientes consideraciones:

- 1) Debe aplicarse en el caso de ser necesario la legislación procesal civil.
- 2) Esta suerte de integración es improcedente con relación a la parte actora, toda vez que la ley penal fulmina su ausencia eliminándola como tal del proceso en cuanto la tiene por desistida de la acción promovida con alcance de renuncia (art. 94, Cód. Proc. Pen.).
- 3) No puede ignorarse el particular carácter que confiere al proceso civil dentro del penal, el extremo de que se someta a las partes privadas a un período instructorio obligatorio, en el que debe necesariamente producirse, como condición de procedencia, la constitución de las partes. Si el actor lo hiciera antes del auto de procesamiento, y, tras la notificación real, efectiva y concreta de la citación al tercero civil demandado, éste no se presentare en el término impuesto, cumplido el previo pedido del actor, sería procedente la declaración de la rebeldía (art. 59, CPCCN). Ello tiene una importancia relevante en cuanto la actora, en tal situación, puede pedir se le imponga al rebelde un embargo preventivo suficiente para cubrir el daño sufrido que en ese acto estime, con más lo que se presupueste para responder por intereses y costas (art. 63, CPCCN).

Esta posibilidad procesal de obtener un embargo en oportunidad anterior al dictado del auto de procesamiento se concuerda con la previsión del artículo 518, última parte, del Código Procesal Penal. Se trata de un embargo total, como hemos señalado, y no de una mera ampliación como la que prevé el artículo 519 del mismo Código.

4) La vigencia instructoria respecto de la parte civil demandada, debidamente notificada y constituida como tal, que haya respondido con presencia a la citación, genera una situación *sui generis* en este proceso civil en sede penal, en lo que hace a la ausencia de responde del demandado civil citado en traslado de la demanda (art. 101, Cód. Proc. Pen.). Y ello por cuanto en este evento y situación, se divide el acto en responde y presencia, que en lo procesal civil es uno solo.

En este punto podría considerarse que, habiendo estado a derecho el citado en oportunidad de su constitución en la etapa instructoria, su ausencia al responde de la demanda no sería sino el uso de su facultad de disponer de sus actos procesales, en cuya consecuencia no cabría la rebeldía, sino sólo la pérdida del derecho de contestar en el futuro, ello sin pérdida de las otras oportunidades para actos diferentes y subsiguientes al renunciado.

Esta posición deja en el aire el grave problema, respecto de los hechos que excediendo el objeto procesal común en orden a los hechos generadores del daño penal, entran en el propio del civil, respecto de los cuales, en oportunidad de la liberación de la dependencia y accesoriedad de ambas acciones al dictarse sentencia absolutoria penal (art. 16, Cód. Proc. Pen.), el juez puede dictar sentencia en lo civil. En ese momento reaparecería el régimen de verdad formal, por acuerdo sobre los hechos entre las partes, extremo que ante el silencio, es propio de la rebeldía. Si no se admitiera el acuse de ésta en la oportunidad que analizamos, ese sistema no podría funcionar y se seguiría con una suerte de dependencia y accesoriedad que ya no existe ministerio legis.

5) Fuera de estos supuestos se hace más difícil encontrar oportunidad para una rebeldía de la demandada, por cuanto los que siguen son actos de libre disponibilidad, en los que la ausencia podrá operar para la pérdida de oportunidad, pero no para generar confesión en el área estrictamente privada y para el evento de la liberación de dependencia y accesoriedad que comentamos.

Pero esta imposibilidad aparente no cierra la aplicación del instituto, cuando en oportunidad concreta y especial se encuentren reunidos los presupuestos de su procedencia.

CAPÍTULO XII

EXCEPCIONES

SUMARIO: I. Concepto. Finalidad. Clasificación. Enunciación.-II. Fórmula legal y naturaleza de la enumeración.- III. Oportunidad de oposición.- IV. Trámite.-V. Las excepciones perentorias y el orden público.- VI. Fuero de atracción.-

I. CONCEPTO. FINALIDAD. CLASIFICACIÓN. ENUNCIACIÓN ¹

Contra el ataque que implica en el proceso el planteamiento de la pretensión mediante el ejercicio de la acción, se alza la oposición, con la aspiración de que se rechace o amaine aquélla e, incluso, de que se cierre la vía jurisdiccional abierta, por defectuosa. Esta actitud constituye lo que genéricamente es defensa.

Dentro de ella caben distintas formas de rechazo que van desde la simple negación del hecho o de la responsabilidad, con la acreditación suficiente para que la pretensión por falta de base fáctica caiga porque no se dan los extremos materiales previstos por la norma para que el derecho sustancial invocado por el accionante se realice.

Pero también dentro de tal marco de oposición se inserta la invocación de hechos que, previstos por la ley de fondo, fundan reacciones neutralizantes de la pretensión actora, como lo son el pago, novación, compensación, prescripción, o los vicios de error, dolo, simulación o fraude. Tienen, a diferencia de lo que ocurre con la simple negación, la característica de que sin desconocerse por el demandado el hecho constitutivo invocado por el actor, se alega un hecho impeditivo, extintivo o modificadorio, que se constituye como obstáculo para el reconoci- ///

¹ Ver FORNATTI, E., Excepciones Previas en el Proceso Penal, págs. 83 a 96; PALACIO, Lino E., Manual..., T. I, págs. 401 a 415.

miento de la pretensión jurídica. Estas formas de oposición reciben el nombre específico de defensas. Y, dado su fuente, defensas civiles.

Claramente se destaca que estas oposiciones (tanto la simple negación, como las defensas específicas) operan directa y concretamente sobre extremos del derecho de fondo para que no se realice su materialización en el reconocimiento por la sentencia. En una palabra, el demandado se defiende del derecho material.

Aparte de ellas, nítidamente diferenciadas y también dentro del marco de oposición, se presentan las que se distinguen como las excepciones. Estas son también defensas, pero que operan, sin cuestionar el derecho del actor, impugnando la validez del instrumento procesal elegido por éste para el caso. El derecho que anima su fundamento no es el material, sino el formal, y su regulación está en los códigos de procedimiento.

Así, estos remedios defensivos se polarizan en señalar el incumplimiento de las formalidades que la ley impone a la demanda como forma apta para abrir la instancia y de ésta surge la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda. También dentro de lo adjetivo, esa demanda debe presentarse ante un juez que tenga habilitada legalmente competencia sobre el caso y, si así no fuere, se torna viable la excepción de falta de competencia de jurisdicción. Pero el que cumpla esa presentación, peticionante, debe ser una persona, física o jurídica, que como titular del derecho afectado presente la calidad de damnificado, es decir la que soporta el daño. Lo que ocurre a este respecto es que, a diferencia de lo que pasa en sede civil, en la penal se limita su alcance a sólo el daño directo derivado del evento, y únicamente con relación al titular de derecho afectado por éste, eliminándose el que se extiende a otros vinculados por un nexo sustentado en causa adicional, es decir el daño indirecto. Por supuesto que este reconocimiento legal al titular, se extiende a sus herederos en proporción a su porción hereditaria. El sujeto que no reúna la calidad exigida por la ley, no está legitimado para actuar y, en consecuencia, su presentación -ello no obstante- da origen a un proceso nulo. El remedio formal para este supuesto es el de la excepción de falta de acción "porque no se puede promover". Milita asimismo dentro de ese formalismo la exigencia de que el que se presenta ante la jurisdicción a petionar tenga capacidad procesal para ello y si no la tuviere, para evitar un juicio nulo, se alza la excepción de falta de personería. No es extraño a este campo la evitación de desgaste inútil de la jurisdicción que repite un juicio que tiene su idéntico ya en trámite, con el consiguiente peligro de fallos contrarios, por lo que como modo de evitarlo acuña la excepción de litis pendencia.

El propósito asignado a estas excepciones es el de impedir que se promueva un proceso condenado por su defecto a la intrascendencia; por ello se oponen a que se entre a la etapa de juicio. De ahí su carácter de previas y de especial pronunciamiento, demorando, dilatando la entrada al juicio. Por ello se distinguen como dilatorias.

El elenco de estas excepciones se aumenta con la que pretende que, previo al desgaste que implica el desarrollo de un proceso y los gastos que él genera, tanto por costos como por reparación de daños que, por improcedente, generó, se exija al actor que no tiene residencia, domicilio, ni bienes inmuebles en el territorio del tribunal, que asegure su responsabilidad futura. Ese remedio formal previo es el que recibe el nombre de excepción de arraigo.

Más aún, este cuadro opositor a la procedencia de constitución y trámite de un proceso, fundado en vicios que lo afectan y lo tornan en inválido como instrumento de justicia, se enriquece con algunas defensas de fondo, propias de los códigos sustanciales, que, de prosperar, extinguen la acción y terminan con el proceso, como son la cosa juzgada y la prescripción. Estos remedios drásticos, propios del derecho de fondo, son admitidos ello no obstante, como defensas formales porque por su naturaleza evitan la promoción y tramitación de un juicio inocuo porque no están dados los extremos para su existencia. Pero, siendo que estas defensas aniquilan el proceso como instrumento de reclamo, pero no tocan al derecho de fondo, se las trae como formales al grupo de las excepciones y, revistando en sus filas, por su efecto drástico y terminante, reciben el nombre procesal de excepciones perentorias.

De todo ello y a modo de síntesis, resulta que la oposición puede ser:

1) Las excepciones que, sin extinguir la acción, la paralizan y según la regulación de los códigos de procedimiento, pueden oponerse como artículos de previo y especial pronunciamiento antes de contestar la demanda, siendo su finalidad que se regularice dicho proceso antes de entrar al juicio. Ellas son las excepciones dilatorias.

2) Las excepciones que extinguen la acción y su fuente es el derecho de fondo, pero que las leyes procesales, dado su fuerza expeditiva, permiten deducirlas como de previo y especial pronunciamiento. Son las excepciones perentorias.

3) Ese cuadro de oposición se integra, además de las excepciones, pero con la diferencia total de que se invocan en la contestación misma de la demanda y se resuelven por el juez al dictar la sentencia, con las llamadas defensas civiles generales que se fundan en hechos impeditivos, extintivos o modificativos.

II. FÓRMULA LEGAL Y NATURALEZA DE LA ENUMERACIÓN

La expresión legal que instituye las excepciones bajo sus dos clases, como medios defensivos formales, es aquella que aceptada en general, dice:

1) Falta de jurisdicción o de competencia.

2) Falta de acción, porque no se pudo promover o no fue legalmente promovida, o no pudiere ser proseguida, o estuviere extinguida la acción.

Esta fórmula es la de la ley procesal penal nacional, pero es también la aceptada por la doctrina civil para analizar esta institución y es comprensiva de todas las formas que en detalle enumera la ley procesal civil ².

En forma general, válida para todas las ramas del derecho formal, esta enumeración que realiza la ley es de número cerrado. Ellas y no más son las defensas formales admitidas. Ellas se limitan a atacar la validez del instrumento para recurrir a la jurisdicción, pero no admiten que se invada el campo propio y exclusivo del proceso total, cual es el de resolver sobre el fondo del asunto. La vía de la excepción es impropia para atacar el fondo.

La letra legal nacional es clara al respecto en cuanto al hablar de excepciones oponibles, coloca a las defensas civiles articulables fuera de su cuadro, en cuanto distingue: "...oponer las excepciones y las defensas civiles..." (art. 101, Cód. Proc. Pen.). En tanto, el Código Procesal Civil confiere oportunidad para las primeras en un término del traslado más corto que la oportunidad que da para las segundas que abarca todo el lapso para el responde de la demanda.

Por cierto que en lo que hace a las excepciones procesales, tanto dilatorias como perentorias, no resta ninguna duda de que, como defensas formales, impugnativas de la validez instrumental, con aspiración de evitación a la entrada al juicio, ellas son oponibles como cuestión previa por separado del cuerpo de la defensa integral que constituye la contestación de la demanda.

2 CREUS, C, La Acción Resarcitoria..., pág. 187: "...Las excepciones de previo y especial pronunciamiento son comunes para ambas acciones..." y enumera las señaladas en el texto, respecto de las cuales dice: "...las mismas pueden ser interpuestas por las partes civiles en cuanto correspondan a su posición en la acción respectiva".

PALACIO, Lino E., Manual..., T. I, pág. 404. La enumeración abarca las señaladas.

Código de Procedimientos en Materia Penal de la Nación de 1889 (derogado), art. 443.

En tanto que las defensas civiles a que se refiere el artículo 101 del Código de Procedimientos en lo Penal, como oponibles por el demandado, siendo defensa de fondo que cuestiona el derecho del actor, yendo más allá -superando- la mera negación de los hechos en que se funda este último, deben insertarse en el texto de la contestación de la demanda, son ajenas a las excepciones, y su resolución queda reservada a la sentencia en sí.

III. OPORTUNIDAD DE OPOSICIÓN

Se presenta de nuevo en este tópico la incidencia conflictiva que ejerce el período instructorio obligatorio a que debe someterse el damnificado civil que aspire, como actor civil, constituirse como parte en el proceso civil reparatorio en sede penal, ejercitando acción civil conjunta con la acción represiva. Esa incidencia altera la cronología a que se ajusta el proceso civil reparatorio en sede propia.

En efecto, ese sometimiento obliga al damnificado civil a desdoblar su persona en actor por un lado y pretendiente por otro, en cuanto se constituye en un primer momento y demanda después. Ese primer paso es el que arrastra o puede arrastrar consigo los vicios formales que sustentan el régimen evitativo de las excepciones procesales y sería ese momento el oportuno para impugnar su constitución como actor civil.

Pero la ley procesal penal nacional no prevé la facultad de saneamiento a cargo del juez para que, de oficio, pueda rechazar la constitución defectuosa, ni tampoco lo hace en orden al régimen de oposición autónomo, específico y separado del de las excepciones, que minuciosamente regulan los modelos de nuestra ley, en los que si bien se admite el de las excepciones lo es sin perjuicio del de la oposición. Hay así tres remedios: 1) la oposición; 2) la excepción y 3) la facultad oficiosa del juez.

Por sobre ello, para mal, nuestra ley procesal penal se aparta totalmente del régimen excepcionante que ella impone para su propia materia penal en que permite el ejercicio de ellas en el curso instructorio (arts. 339 y 349) y antes de las vistas para la clausura. Y, expresamente, por el régimen del artículo 101 reduce la posibilidad de excepcionar civilmente a la única oportunidad contemporánea a la del responde de la demanda. Esta particularización cierra la posibilidad de usar las penales y su oportunidad primigenia que hubiera permitido por vía de excepción oponerse a la constitución. Para reforzar su limitación agrega en el artículo 102: "El trámite de las excepciones... se regirá por las res- ///

pectivas disposiciones del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación".

Pero no satisfecho el legislador con tal mutilación agrega: "La resolución de las excepciones podrá, sin embargo ser diferida por el tribunal para la sentencia por auto fundado", mandando continuar con el proceso, ofreciéndose la prueba aún pendiente tal resolución (art. 103).

Ningún Código que haya servido de modelo al nacional, autoriza tal diferimiento que, a lo sumo, es llevado al inicio del juicio.

En síntesis, la única oportunidad para oponer excepciones civiles en el Código nacional es, al serle conferida al demandado la vista para contestar traslado de la demanda³.

Y en lo que hace al término para hacerlo se lo unifica con el de la contestación de la demanda. Es decir, hay un solo término de seis días. La letra del artículo 101 es terminante al respecto en cuanto dice: "En el mismo plazo podrá oponer las excepciones y defensas civiles que estime pertinentes y reconvenir...". No obsta a esta observación la previsión del artículo 102, en cuanto fija la reducción de los términos a sólo tres días, por cuanto ello es únicamente para la tramitación de las excepciones ya introducidas.

IV. TRÁMITE

Opuestas las excepciones y abierta la vía incidental al respecto, todo se tramita con ajuste a la regulación impuesta por el Código Procesal Civil, modificándose solamente la medida de los plazos que en todos los casos será de tres días (art. 102, Cód. Proc. Pen.).

En lo que hace a la oportunidad de resolución de la incidencia, la norma penal autoriza que pueda ser diferida por el tribunal para la sentencia por auto fundado.

Este punto ya lo señalamos anteriormente. Pero queremos insistir en esta oportunidad.

Con esta permisón, el legislador consolida la subalternización de la acción civil cuyo ejercicio autoriza en sede penal, sometiendo, en ///

3 Nótese la tajante diferencia en el Código de Córdoba y los que le siguen, en los que las oportunidades para excepciones son: "...el trámite de la oposición..., vencida esa oportunidad pueden interponerse durante el trámite de la clausura y elevación a juicio, y, superada dicha etapa, durante los actos preliminares del juicio. Los distintos estadios van descartando, sucesivamente, las posibilidades de oposición...", CREUS, C, La Acción Re-sarcitoria...,pág. 187.

aras de una pretendida velocidad de lo penal, los derechos de las partes civiles a punto tal que los obliga a soportar todo un proceso que, a la postre, puede resultar inocuo por inexistente sí al final se hiciere lugar a las excepciones que lo impugnen por violación de las formas. Ningún argumento puede justificar dicho diferimiento, que, incluso, llega a cortar toda posibilidad de apelación, dado su ubicación en la etapa final del juicio.

En nuestra opinión esta norma perfila una clara violación al derecho de defensa.

V. LAS EXCEPCIONES PERENTORIAS Y EL ORDEN PÚBLICO

En el ámbito del proceso penal se enrolan en el grupo de excepciones perentorias la amnistía, el indulto, la cosa juzgada y la prescripción, a todas las cuales se les reconoce un efecto extintivo que, por ser de orden público, opera aun sin articulación de parte y sin límite de oportunidad en el trámite de todo el proceso y en el estado de cualquier instancia.

De las citadas, las dos primeras son específicas penales pero no tienen validez en lo civil. En efecto, respecto de ellas claramente la ley que las instituye, tras imponer la extensión represiva, deja a salvo la responsabilidad civil que conserva⁴.

En tanto, la cosa juzgada y la prescripción conservan para lo civil su operatividad yugulatoria de la acción, pero sólo para cuando la parte la invoque y articule; no son imponibles de oficio ante el silencio de las partes.

La de prescripción en el área civil propia tiene una oportunidad específica de interposición límite, luego de la cual cesa su posibilidad. Es tal la diferencia que esta defensa formal tiene con la penal que la doctrina ha llegado a decir que ambos institutos lo único que tienen en común es el nombre⁵.

VI. FUERO DE ATRACCIÓN

La competencia acordada a los jueces que intervienen en procesos civiles o comerciales en los cuales se pretende el cobro de un crédito, cede por declinación legal cuando, ante el fallecimiento del demandado- ///

4 Arts. 61 y 68, Cód. Pen.

5 VERA BARROS, O.N., La Prescripción Penal en el Código Penal, págs. 46/54.

do, se abre su juicio sucesorio. Este, como universal que es, atrae al área de la competencia en que está radicado a todos esos juicios que deberán tramitar bajo el mismo juez. Claro se perfila así un criterio institucional de unidad de sucesión que determina una masa única de responde a los acreedores, con un verdadero inventario para la transmisión del patrimonio.

Este fuero de atracción está instituido con esa finalidad de fondo por los artículos 3262,3279 y 3284 del Código Civil, y, salvo muy contadas opiniones disidentes, es de orden público.

De esta manera cualquier violación al fuero, determinante de una tramitación procesal independiente del sucesorio, generaría la oportunidad de interposición de la excepción de incompetencia como remedio para su corrección.

Pero, según opinión doctrinaria y jurisprudencial casi unánime, quedan fuera del fuero de atracción todos los juicios que los herederos o la sucesión promuevan contra sus deudores por el cobro o el recupero de bienes ⁶.

De esta manera viene a resultar que el haber sucesorio puede disminuir, para su transmisión, ante la acción ineludiblemente incidente sobre él, por la acción de sus acreedores. Ello influirá sobre lo que puedan recibir sus herederos, pero también, ante la posibilidad de que se agote, con relación a todos los acreedores.

Pero, con la exclusión de la sucesión o herederos hacia terceros, lo que se vería excluido es la posibilidad de existencia misma o de aumento del haber; de que a él y en forma conocida para todos, incluidos todos los acreedores, vengan todos los bienes que se incorporen a través de juicios que aquéllos ganen.

Supongamos el caso de un sujeto al que le falsificaran una serie de documentos en cuya virtud pierde su patrimonio. Promueve proceso penal y también el civil en un esfuerzo por recuperar sus bienes. O el supuesto de la víctima de un delito de lesiones culposas que promueve acción penal y civil indemnizatoria en el mismo fuero, en el propósito de cubrir todo el daño que se le ha causado.

En los casos supuestos la reparación civil perseguida también se supone que integraría la totalidad de sus bienes.

Dentro de lo supuesto también suma que, luego de la promoción, el damnificado fallece. Se abre su sucesión. Ella atrae a todos los jui- ///

6 ETKIN, Alberto M, Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XII, págs. 797 a 881, en particular pág. XXII, nro. 204, "Fuero de atracción en los juicios universales - Causas en que el causante o la sucesión son actores", pág. 861.

cios que sus acreedores tienen promovidos en su contra. Pero no hay patrimonio para responder. Ello no obstante que los juicios promovidos por el causante o sus herederos en la forma supuesta, se ganen y se recuperen bienes que por vía del delito hubieren salido del haber o se perciban reparaciones millonarias y todo ello, por descentralizado, disperso, fuera de la atracción del juicio, por silencio, no venga al universal.

Si cubriendo la injusticia que estos supuestos representan se admitiera que para estos procesos recuperatorios en favor de la sucesión, es también aplicable el fuero de atracción, ¿cómo jugaría éste dentro del proceso penal en cuyo seno se tramita el civil - en la misma sede-por reparación del daño causado por el delito? ¿Podrá separar ambos procesos y llevarse el civil? ¿Impediría el penal ese tratamiento?

CAPÍTULO XIII

PRUEBA

SUMARIO: I. Ofrecimiento.- II. Pruebas y modo de ofrecerlas y producirlas.-III. Limitaciones sobre la prueba.- IV. Tratamiento.- V. Producción de la prueba.-VI. Alegato, acusación y defensa.-VII. Medidas para mejor proveer.- VIII. Acta de debate.-

I. OFRECIMIENTO

La particularísima estructura del proceso civil indemnizatorio tramitado junto con el represivo en sede penal, entre cuyos caracteres específicos resalta su etapa previa instructoria, precisamente por este último rasgo, ofrece una regulación especial en materia de prueba, tanto en lo que hace a la apertura de la oportunidad, como a su ofrecimiento y concreta producción. Luce como determinante de este aspecto, también el sometimiento que le impone la forma del proceso penal.

Para éste, los elementos probatorios acopiados en la instrucción sumarial tienen relevancia en tanto y cuanto se los traiga a la etapa del juicio, ya por la acusación, ya por la defensa, e incluso ante el silencio de ellas, por el propio tribunal por disposición de su presidente (art. 356, Cód. Proc. Pen.). Lo que no llegue al juicio; lo que quede sólo en el sumario, no existe.

Si bien en materia del proceso civil conjunto la situación creada a su respecto superaría esta problemática en cuanto en él ya hay una traba de litis civil (arts. 93 y 101, Cód. Proc. Pen.) -que no existe en lo penal-lo que obliga a invocar y usar la prueba instructoria, especialmente la documental, no puede producirse un apartamiento de las normas procesales penales, por lo que debe someterse también a ellas, con la característica de que de la traba misma de la litis resulta ya un ofrecimiento tácito de prueba, que es la invocada como sustento de cada una de las ///

afirmaciones o negativas ya cumplidas tanto en la demanda como en su responde.

Por esa razón y sin distinción respecto de ninguna, producida la radicación de la causa en el tribunal, su presidente convocará a todas las partes (y las civiles lo son) para que comparezcan a juicio por el término de diez días. Oportunidad ésta en la que, por secretaría, se les pondrá a su disposición toda la causa, sus incidentes y agregados, como así también los efectos secuestrados y demás elementos procesales que existieren, para que sobre su consideración ofrezcan la prueba de su parte de la que intenten valerse (art. 354, Cód. Proc. Pen.).

También es ésa la oportunidad para que recusen al tribunal o a alguno de sus miembros si lo estiman corresponder.

Lo importante es que ese lapso de diez días es para ofrecer la prueba; que no se divide en sector o lapso parcial alguno para el ofrecimiento de la testimonial ni ninguna otra, como podría ser en algún ordenamiento civil. Toda la prueba.

Más aún, si bien esa oportunidad tiene su preclusión, no la tiene en forma absoluta, por cuanto, excediendo los diez días de citación mencionados y hasta antes del inicio mismo del "debate" (sin perjuicio de la oficiosidad del tribunal), por medio del presidente, a pedido de alguna de las partes (la civil es la que nos interesa) podrán ordenarse los actos de instrucción suplementaria indispensables que se hubieren omitido o denegado (art. 357, Cód. Proc. Pen.). Esos actos, en cualesquiera de sus formas, son probatorios. Esa prueba se acumula al proceso, ya en juicio, por obra de sus propios jueces (ver art. cit., últ. parte).

Y también, aun excedidos en mucho los diez días de ofrecimiento, se permite por la ley dicha acumulación, en pleno curso del "debate", cuando se tenga conocimiento de nuevos medios de prueba manifiestamente útiles, o se hicieren indispensables otros ya conocidos, de los cuales las partes -incluidas las civiles- pidan la recepción; acto este que puede operarse aun de oficio (art. 388, Cód. Proc. Pen.). Con esta previsión se supera en sede penal para la materia civil todo el régimen específico de la prueba nueva propio del código adjetivo privado que de tal manera resulta inaplicable.

La que antecede es la óptica vigente en el proceso civil indemnizatorio conjunto, en orden a oportunidad de ofrecimiento de la prueba.

Claramente el régimen procesal civil en lo penal se aparta de sus reglas propias para adaptarse y seguir las que le impone el sistema represivo.

II. PRUEBAS Y MODO DE OFRECERLAS Y PRODUCIRLAS

Cualquier medio de prueba puede ser ofrecido en esa oportunidad con los recaudos, formalidades y posibilidades que a continuación se consideran.

En primer lugar es necesario ofrecer claramente las constancias probatorias obrantes en el sumario, que ya son base de la demanda y de su contestación, aspecto en el que lo civil supera a lo penal, en el que todavía no hay traba de litis, si así pudiera nominarse a la acusación y defensa. Para que tengan existencia en el juicio deben ser ofrecidas concretamente en el lapso de citación a juicio.

Este sistema legal obliga a distinguir entre prueba vieja y nueva (la primera la instrucción ya producida; la segunda la que se va a aplicar); por cuanto respecto de la primera se prevén ciertos recaudos a cumplir.

Así, en lo que hace a la de testigos que ya han declarado en el sumario y se aspira a que sean prueba de juicio, deberán ser indicados con sus datos personales y referencia de fojas en que ya han depuesto. Respecto de ellos la ley distingue el caso en el que con lo ya declarado es suficiente, por lo que podrá solicitarse que a este respecto no se los traiga a la audiencia y sólo se lean en ella sus testimonios y se asiente constancia de ello en el acta. Y así se decretará haciendo lugar cuando haya conformidad de las partes y el tribunal lo acepte (art. 355, cit.).

Fuera de este supuesto, puede darse el caso de que la parte que los ofrece, considere que estos testigos pueden ampliar sus dichos o aclararlos, por lo que pide traerlos a la audiencia para tal efecto. Presentes en el acto pueden ser preguntados y repreguntados por las partes y el tribunal, teniendo a tal efecto en cuenta la regla del artículo 389 que señala la forma de hacerlo.

Pero puede tratarse de testigos nuevos -que nunca han depuesto con anterioridad en autos- por lo que la exigencia en este caso es mayor, en cuanto impone la plena individualización de cada uno y la expresión, bajo pena de inadmisibilidad, de los hechos sobre los cuáles serán examinados. Nosotros consideramos que este recaudo se satisface plenamente y en forma concreta acompañando el interrogatorio a que será sometido cada uno porque en ello luce ese extremo, sin perjuicio de que en el curso de la declaración se le pueda ampliar y repreguntar sobre los mismos hechos (arts. 356 y 389, Cód. Proc. Pen.). Este sistema de acompañar obligatoriamente, con el ofrecimiento, era el del Código viejo.

En cuanto al número de testigos en general que se puede ofrecer, la ley procesal penal no impone limitación a ninguna de las partes, sino que se reduce a indicar que, en lo posible, sea el menor a que se pueda llegar ofreciendo a aquellos que del hecho tengan mayor y más amplio conocimiento (art. 355, cit.).

En este estado debe dejarse aclarado que en esta materia el cambio es radical con relación al régimen civil propio, por cuanto el mismo actor puede ofrecerse y el demandado pedirlo, como el tribunal disponerlo de oficio, como testigo y, por ende, ser sometido a careos (arts. 96 y 276, Cód. Proc. Pen.). Ese dispositivo nos parece una aberración, por cuanto en el afán represivo se subalternizan los derechos del privado que aspira a una reparación.

En este régimen no existe límite mínimo de edad, por lo que el niño puede declarar válidamente como testigo, estando eximido de prestar el juramento de verdad y de ser advertido del falso testimonio (art. 249), por lo que aun siendo inimputable su dicho será probatorio para el criterio del juez (art. 241).

Las formalidades a que se sujetarán los testigos al deponer y el tribunal al tomar el testimonio, son las previstas por los artículos 239 a 252 del Código Procesal Penal nacional, ampliadas en lo que hace a esta etapa del juicio, por el artículo 384 en cuanto a que no pueden estar juntos ni antes, durante o después de la declaración mientras dure el interés procesal a su respecto.

Por cierto que ninguno puede llevar notas y leer sus declaraciones, pero, en esta parte del proceso, al testigo que ya declaró en instrucción, en algunos casos se le puede poner de manifiesto su anterior dicho y leerse en audiencia su anterior testimonio (art. 391).

Los peritos, aparte de las reglas que regulan su actuación en juicio (arts. 253 a 267), son considerados en lo que hace a su ofrecimiento en esta etapa del juicio, en cuanto a que si se trata de peritos que ya se han expedido en instrucción, sólo se leerán sus pericias, pudiendo, en presencia, pedírseles ampliaciones. Pero si se tratara de puntos nuevos, los peritos pueden ser otros de nombramiento nuevo (arts. 355 y 383).

Al o a los peritos, además de la consulta de las constancias y documentos del proceso, se les permite estar presentes en el curso del "debate" pudiendo ser citados a la audiencia cuantas veces sea necesario. El propósito es el de que el perito conozca todas las circunstancias fácticas y personales del proceso para poder expedirse sobre los puntos de pericia y que, si ya lo hizo, los pueda aclarar en la medida en que el tribunal lo estime necesario (art. 383).

En lo que respecta al resto de los medios probatorios ellos pueden ser ofrecidos, tanto en lo que hace a los ya obrantes en el sumario, como los nuevos que hayan de traerse al juicio. Lo importante es lo que para esta etapa del proceso y en la audiencia, señala la ley: a) los elementos de convicción que hayan sido secuestrados se presentarán, según el caso, a las partes y a los testigos, a quienes se les invitará a reconocerlos y a declarar lo que fuere pertinente (art. 385); b) cuando fuere necesario, el tribunal de oficio o a pedido de parte, podrá disponer que se practique la inspección de un lugar, con la presencia de las partes; ello incluye la posibilidad de que se ofrezca el reconocimiento de personas y la realización de careos (art. 387); c) se podrán ofrecer los documentos y constancias en acta, de instrucción o nuevas, que sean útiles y su lectura en audiencia (art. 392).

Incluso en ese ofrecimiento de prueba se incluirá el pedido de informes que se estime proceder, siendo luego su contestación -glosada en cuaderno- leída en audiencia.

Debe tenerse muy presente que la ley procesal civil no clausura el número ni clases de medios de prueba que pueden ofrecerse abriendo la posibilidad de usar de otros no previstos que puedan proporcionar la ciencia y el futuro, los que "se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez" (art. 378, CPCCN). Previsión esta que se armoniza con la estructura sistemática del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, por lo que es plenamente aplicable en esta materia y sobre este punto que tratamos.

Como pauta general para la apreciación de la pertinencia de la prueba que ofrezca la parte civil, debe tenerse en cuenta que ella aspira legítimamente a acreditar la real existencia del hecho y todas sus circunstancias, como así también la responsabilidad del o los imputados, con todo lo demás que, en vinculación con ello, haga a la existencia de perjuicio, su alcance y montos, referidos tanto al imputado como al tercero civil responsable, extremo este último que también debe probarse (art. 91).

Por cierto que paralelamente la parte demandada tiene la misma amplitud para que su prueba, ofrecida y realizada, tienda a apartar su responsabilidad total o parcial.

III. LIMITACIONES SOBRE LA PRUEBA ¹

Las leyes civiles pueden excluir la admisibilidad de determinados medios de prueba como ocurre en los testigos cuando el signatario de un documento dado en blanco impugne su contenido (art. 1017, Cód. Civ.), o cuando los excluya como prueba de los contratos por suma superior a determinado monto, los que deben probarse por escrito (art. 1193, id.). O, por el contrario, pueden reducir los medios de prueba a uno solo, como ocurre con la acreditación de la demencia, que sólo puede hacerse por peritos médicos (art. 142, ibid.); otro caso de limitación probatoria se da en el de la defunción de las personas (arts. 103 a 109).

Se pueden dar muchos más tanto del Código citado, como de otros ordenamientos privados.

La ley procesal penal de la Nación en su artículo 206 establece que "no regirán en la instrucción las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba...".

La única limitación que conserva es la referente al estado civil de las personas (art. 206 cit., últ. parte).

Muchísimo cuidado deben tener los sujetos procesales (juez, acusador, defensa), tanto penales como civiles, sobre esta materia, por cuanto la exclusión de limitación es sólo para la etapa instructoria del proceso. Ello supone, salvada la misma, que en la del juicio las limitaciones son plenas.

En el afán acreditante de la verdad real como núcleo del proceso penal se han conglomerado los medios probatorios, masificándolos en una simplicidad por cuya vía la prueba sólo sirve para fundar un requerimiento de elevación ajuicio en lo penal o articular la demanda en lo civil. Pero no para continuar hacia una sentencia condenatoria, por cuanto la prueba despojada de los recaudos de ley es inocua.

Sería difícil para el juez resolver en su momento, al dictar sentencia, la validez de hechos que se basen en prueba prohibida por la ley civil, como sería la de un contrato de monto que descalifica la testimonial y en instrucción se lo hubiere sustentado en prueba libre como simple hecho, u ocurriera lo mismo con un documento en blanco impugnado; o se pretendiere apreciar la capacidad de las partes por testigos o por actos.

¹ PALACIO, Lino E., Manual..., T. I, págs. 439 a 441.

El Código Procesal Civil de la Nación (art. 378) admite amplitud de prueba, pero siempre que la propuesta ya producida no esté expresamente prohibida para el caso.

Estas prohibiciones son las limitaciones que la ley adjetiva penal nacional deja sin efecto para instrucción.

Lo que antecede nos lleva a alertar sobre que en todos los casos cuando se abre el período de juicio, la prueba que se ofrezca, tanto para civil como para penal, debe cubrir el vacío dejado por la de instrucción que obvió la limitación vigente. De lo contrario el punto, por lo menos en el campo civil, carecerá de prueba.

IV. TRATAMIENTO

El ofrecimiento de prueba, presentado ante el presidente, será tratado por el tribunal, el que debe proveer a su respecto en lo que hace a su aceptación o rechazo. Lo primero se cumple por simple decreto, debiendo posteriormente y a su respecto, el presidente ordenar su recepción oportuna; ello supone la fijación de audiencias, libramiento de oficios, citación de peritos y señalamiento de puntos, en su caso nombramiento de peritos y recepción de aceptación y juramento, etcétera.

En cuanto a lo segundo, esto es el rechazo de la prueba ofrecida, tratado también por el tribunal, lo debe hacer por auto fundado. Los motivos en que se asentará tal denegatoria no serán otros que: a) la impertinencia de la ofrecida, esto es que ella no se adecúa al contenido concreto del objeto del proceso; se ha roto con ella la congruencia procesal; está fuera de tema; b) resulta superabundante, va más allá de lo necesario; la acreditación del extremo a probar se satisface con mucho menos de lo ofrecido.

Este rechazo puede ser impugnado por la parte respectiva, la que goza a tal efecto de un único remedio que es el del recurso de reposición por ante el mismo tribunal (arts. 446,440 y 25, Cód. Proc. Pen.).

Puede plantearse una situación muy comprometida si esa denegatoria y el rechazo de la reposición hicieren imposible una probanza que luego, al dictarse la sentencia, resultare verdaderamente relevante y que por su ausencia se malograre el derecho de la parte que la ofreció y se vio privada de ella. Por esto y para poder repararlo, el oferente que considera que tal prueba que le ha sido rechazada tiene o puede llegar a tener esa trascendencia debe plantear ante su denegatoria el caso federal, para en su momento, si se diere la necesidad, poder recurrir extraordinariamente, por arbitrariedad.

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación, en su artículo 440, prevé para los casos de providencia agravante dictada en el curso del "debate" el recurso de reposición. En el supuesto de denegatoria de nuevas pruebas, de interrogatorios, reserva de elementos de convicción (ver arts. 381, 385, 387, 388 y 389) y puesta de manifiesto por el recurrente de reposición la incidencia de esos medios de prueba sobre los extremos de la figura de fondo materia del proceso no sólo penal sino civil -especialmente respecto de la existencia, calidad y extensión del daño privado-, si ello no obstante el impugnatorio fuere rechazado y mantenida la negativa, inmediatamente el perdedor puede hacer expresa reserva de casación (art. 440, cit.). Si al dictarse la sentencia ella no aplicara la figura sustancial invocada por el reponente por falta de acreditación de sus extremos y ello estuviere vinculado con la reserva de casación, este recurso sería deducible como caso de procedencia especial (arts. 440, 456, inc. 1º, 457 y 462).

El artículo 440 citado, tal como está redactado es incomprendible, por cuanto ha sido mal copiado de su fuente: el artículo 473 del Código de Procedimientos en lo Penal de Córdoba. Le faltan dos renglones. Pero yendo a tal fuente, la solución que propugnamos se torna viable (arts. 397, 459, 462 y 469).

V. PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

En el proceso escrito está regulado el procedimiento en cuanto a la producción de la prueba de cada parte. Para ello se instituye la formación de legajos -llamados cuadernos de prueba- que se rotulan con la misma carátula que la causa principal, pero agregando a modo de distintivo prueba parte actora o demandada.

Cada uno de ellos está abierto sobre la base del escrito de ofrecimiento de sus respectivas pruebas y le sigue a continuación el proveído del tribunal, haciendo lugar o denegando lo propuesto. En el segundo supuesto, se tramita también allí el recurso de reposición que pudiere deducirse. Todo por cierto por escrito.

Destácase a esta altura que hasta aquí no hay diferencia entre el procedimiento escrito común y el del proceso penal conjunto con el civil indemnizatorio, por cuanto en la etapa de ofrecimiento de la prueba se está en pleno período de "juicio", y en él las diligencias preliminares son totalmente escritas, con especial previsión legal en el sentido de que la prueba ofrecida sea proveída por el tribunal, debiendo luego decretarse el diligenciamiento de las admitidas, por parte del presidente, ///

que fija las audiencias, libra los oficios, acumula los documentos agregados, etcétera. Más aún, si hubiere una impugnación o tacha probatoria, allí debe tramitar y estar a disposición de las partes y resolverse.

En su respectivo cuaderno se agregarán las contestaciones de informes, las declaraciones escritas de testigos con privilegio funcional, las producidas por exhorto y sus medios careos, la prueba documental pedida por el tribunal, las pericias evacuadas por escrito. Y respecto de todo ello, también se glosarán las presentaciones con los pedidos de aclaración, ampliación, información o declaración o documentación complementaria emergente de la originaria.

Todas estas constancias deben ser leídas en la audiencia del "debate", abriéndose la oportunidad de conocimiento completo por las partes, su debate e impugnación. De todo se dejará constancia en acta.

Particular problema presentan los expedientes (judiciales, administrativos, etc.) que fueran ofrecidos y aceptados como prueba para ser agregados en su totalidad, por cuanto ellos se receptan en el respectivo cuaderno, pero su contenido debe ser oralizado y publicitado en el "debate", para total conocimiento de las partes, del tribunal y del público. Su abordaje no puede hacerse sino por oralización, hay que leerlos. No hay problema con las constancias del proceso penal que opera como cuestión prejudicial, por cuanto hay que tener en cuenta que si ello es difícil estando radicado el proceso civil indemnizatorio en sede propia, no lo es cuando el penal y el civil tramitan juntos y el objeto procesal de ambos está estrechamente consustanciado. Pero sí hay problema cuando se trata de otros procesos agregados. Su lectura puede ser retardataria e innecesaria.

Para evitar en lo posible esta situación es necesario que las partes, teniendo previamente a su disposición en secretaría los procesos en cuestión, señalen al tribunal las piezas valiosas a su propósito y que sean éstas las leídas y no todo el proceso. Cumplida la medida y su efectivización se dejará constancia en el acta.

Especial importancia tiene este trámite por cuanto, además de economizar tiempo y esfuerzo, permite a las partes un contralor detallado sobre la prueba que se pretende usar, e impugnar, fortalecer o ampliar su valor acreditante.

La ley aspira a una producción ordenada de la prueba para asegurar, en lo posible, su mejor manejo en el momento de su uso en los alegatos y en la sentencia, sobre todo cuando esa prueba es integrada y compleja. Por ello señala un orden sistemático de producción, el que no obstante y según las exigencias que estime el tribunal podrá ser alterado (art. 382).

Los cuadernos de cita se cerrarán tras la clausura del "debate", se agregarán a las actuaciones con el acta de ley y todo el conjunto pasará a la deliberación.

VI. ALEGATO, ACUSACIÓN Y DEFENSA

El período de "debate" en el juicio penal-civil se cierra con una discusión final, que adviene una vez terminada la recepción de las pruebas y comprende, a cargo de cada una de las partes, la consideración crítica de las producidas a su petición, con más lo que resulte de la de las otras partes y la generada, también, de oficio por el propio tribunal.

Por plena aplicación del principio de congruencia, dentro del objeto del proceso, la posición asumida por cada una de las partes en pugna debe correlacionarse con la prueba en que pretende ampararse y que por ello debe ser puesta de resalto. El ordenamiento sistemático de esos elementos de juicio -de todos- supone el agrupamiento por cada tipo de prueba y su interrelación, formando un todo o plexo probatorio uniforme. Plexo probatorio que va acompañado del comentario razonado, lógico, que va poniendo de resalto el acierto y verdad de cada una de las afirmaciones que la parte ha realizado en su postura de cargo o de descargo (acusación o defensa) oportunamente asumida y concretada. Esa actividad, esa síntesis ordenada y valorativa, es lo que se llama "alegato", que completa su concepto si le agregamos la calificación de "bien probado".

Este alegato de cada una de las partes, se corona, para este proceso penal-civil, según expreso mandato de la ley, con su conclusión, que según sea la parte y su posición procesal, será de cargo o de descargo. El primero corrobora la atribución o enrostramiento de un hecho y la responsabilidad por sus consecuencias, con aspiración de sanción punitiva o reparatoria. Ese atribuir es acusar.

Y son acusadores -atribuidores- tanto el fiscal, como el querellante, como también el actor civil.

Por ello y el orden que la ley asigna: actor civil, querellante y ministerio fiscal, cada uno de los acusadores, cerrará su alegato con su acusación: exposición de su pretensión condenatoria punitiva o indemnizatoria.

Frente a ellos, los enrostrados (acusados) a quienes se aspira condenar, tras su alegato harán su defensa, es decir su descargo desincriminante.

Entre los acusadores está el actor civil demandante y entre los acusados, el imputado demandado y el tercero civil por él responsable.

Cada uno de ellos y en el orden señalado, expondrá ante el tribunal en forma oral. El único que puede hacerlo por escrito mediante un memorial, es el actor civil.

En el caso de que lo hiciere en forma verbal, tal actividad podrá estar a cargo del mismo civilmente demandante o de su representante.

Para el supuesto de que fuere el imputado, su letrado defensor penal, para el caso de que no hubiere reserva, será su apoderado civil y tendrá a su cargo el responde oral (arts. 104 y 393, Cód. Proc. Pen.).

VII MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER

Con carácter excepcional la ley reconoce al tribunal la facultad de, si lo estimare de absoluta necesidad, recibir nuevas pruebas o ampliar las ya recibidas y así lo decretará. Esta actividad adviene al proceso luego del cierre del debate y en plena etapa de deliberación para sentencia y surge en oportunidad del desarrollo de este último episodio (art. 397, Cód. Proc. Pen.).

Todas las partes, penales y civiles, se encuentran en autos sometidas a las resultas de las nuevas pruebas o aclaraciones. Por cierto que sobre estos extremos nuevos ninguna de ellas ha alegado por cuanto a la oportunidad legal de hacerlo, los elementos nuevos no existían. Por esa razón y para no cercenar su derecho definitivo, es que la ley manda que se reabra el "debate" exclusivamente sobre esos nuevos puntos, con lo que se da oportunidad a todos para ajustar su alegato y consiguiente acusación o defensa. Las partes civiles no son ajenas a tal eventualidad y derechos (art. 397, cit.).

Después de ello, se produce la clausura y se reinicia la deliberación para arribar al dictado de la sentencia.

VIII. ACTA DE DEBATE

Al cierre del "debate" normal y, eventualmente, también para el del "debate" en medidas para mejor proveer, el secretario del tribunal debe levantar un acta en la que consten las alternativas del proceso, tanto en lo penal como en lo civil, en sus pasos y en su contenido, dejándose constancia, a pedido de parte, o por iniciativa del tribunal de los pasajes relevantes de las distintas probanzas, lo que debe ser ordenado ///

de oficio o a petición de parte inmediatamente después de acaecido lo que se quiere asentar. Pero con la aclaración de que si se diere el caso de alguna omisión ello no generará su nulidad (salvo que lo omitido esté impuesto como asentable por ley), sin perjuicio de que se deban incorporar a ella las observaciones y constancias pedidas y dispuestas, cuando al leerse por el secretario y ponerse el acta a la firma de las partes y el tribunal, éstos advirtieran las omisiones (arts. 394 y 395, Cód. Proc. Pen.).

Estimamos necesario detenernos expresamente en esta parte, en cuanto a que es indispensable que se opere o exija el asiento detallado en acta en casos en que la eventualidad pueda incidir luego en la viabilidad de un recurso extraordinario, o en la comisión de falso testimonio. En esos casos dado la oralidad sin constancia conservatoria, el vacío se torna en imposibilidad de conocimiento por parte del nuevo tribunal interviniente, el que por ello no puede resolver sobre el punto que se lleva a sus estrados.

CAPÍTULO XIV

SENTENCIA

SUMARIO: I. Concepto.-II. Situación en el proceso penal-civil. - III. Monto del perjuicio y su apreciación penal.-IV. Estructura.-V. Deliberación.-VI. Emisión de la sentencia.- VII. Notificación.- VIII. Posibilidad de condena civil aun en defecto de prueba.- IX. La sentencia civil y el recurso de casación.- X. Ejecución.- XI. Percepción de la indemnización y el recurso de revisión.-

I. CONCEPTO

La sentencia es el acto cumbre de todo el proceso; es aquel al que se encaminan todos los otros que se van encadenando desde el inicio en que se produce un mero aporte de conocimiento que se constituye en mera hipótesis de trabajo. Sobre ésta, mediante el acopio de mayor conocimiento emergente de actos de investigación del hecho y concreción del responsable, se perfecciona el bosquejo de la verdad que, respecto de estos dos últimos elementos, es lo que se persigue alcanzar.

Al arribar al conocimiento integral, llega el momento procesal de juzgar, lo cual resulta de una operación lógica que consiste en fundar la existencia acreditada del objeto procesal; esto es: hecho y sujeto, es decir afirmar el fundamento de hecho de la conclusión y enfrentarlo luego con la tabla de valor que es la ley y si se produce la conjunción, subsunción o adecuación del hecho al derecho, aparece la legitimidad de la pretensión que fundó la acción como promotora del proceso: la conclusión que de ello se deriva es el pronunciamiento de la sentencia haciendo lugar a la pretensión.

El alma de esta situación procesal única y definitiva, que es la sentencia, que cierra el ciclo de las múltiples y transitorias situaciones que le preceden como mera vía o camino, está constituida por la verdad so- ///

bre el objeto procesal. Esta verdad, que cierra la reconstrucción, como actual y permanente, de un hecho y su responsable pertenecientes al pasado, puede resultar de un mero acuerdo entre las partes en cuanto una afirma un hecho y la otra lo acepta expresamente o guarda silencio estando obligada a contestar, esa verdad es la que se conoce como formal.

Frente a esta última se alza la real, que se presenta sustentada en un conjunto de elementos de juicio de valor probatorio autónomo, con prescindencia de la aceptación de las partes. Esta es la verdad real; la coincidencia aceptada de la convicción, de lo admitido subjetivamente con lo que se estima la verdad absoluta, lo que constituye la certeza. Ello sin perjuicio de que como valor subjetivo pueda ser errónea (error judicial).

Esa tabla de valores con la que se enfrenta comparativamente el hecho, es la del derecho en cuyo marco se entronizó la pretensión al promoverse la acción. Ese marco puede ser de derecho público (penal - causa penal) y concluirá en la aceptación de una pretensión punitiva o su rechazo; condena o absolución.

Como que puede serlo también de derecho privado (en lo que a nosotros nos interesa: la indemnización civil - causa civil) y, en su caso, concluirá en la aceptación de una pretensión reparatoria del daño causado o su rechazo; aceptando la demanda o rechazándola.

En sede penal, con ocasión de un hecho que se sostiene constitutivo de delito, al lado del proceso penal (en pos de la pena) puede tramitar el civil (en pos de la indemnización), subordinado, por cierto, a la estructura del primero, pero en forma autónoma en lo que hace a la sentencia. Ello es así conforme los artículos 1096, Código Civil; 14 a 17 y 29, Código Penal; 87 a 96, 97 al 03, 346, 354 a 359, 374 a 404, 516, 518 y 519, Código Procesal Penal nacional.

El concepto de la sentencia que se ha expuesto precedentemente es válido genéricamente tanto para lo penal como para lo civil y aplicable, por ende, a los dos aspectos conjuntos en sede penal.

Con ajuste a tal criterio es que se explica que toda sentencia (tanto civil como penal) esté rodeada de formalidades genéricamente idénticas, referidas a la fecha y lugar en que se dicta; indicación concreta del proceso en que se emita; el tribunal que lo hace; nombre y apellido de las partes; exposición del o de los hechos constitutivos de su objeto y la responsabilidad endilgada; sus pruebas; pretensión y excepción; análisis de las cuestiones y conclusiones motivadas de hecho y derecho en que se fundamente; ley aplicable; parte dispositiva y la firma de los jueces y secretario (ver en forma paralela arts. 163, 164, 272 y 281, CPCCN y los arts. 398 y 399, Cód. Proc. Pen.).

De lo expuesto resulta la autosuficiencia de la sentencia en cuanto ella exhibe en su texto todo el contenido válido del proceso, la subsunción de su objeto en el derecho material y la declaración imperativa de su conclusión, con fuerza de ejecución. Ella es el único acto procesal que se separa del proceso y tiene vida propia integral universal.

II. SITUACIÓN EN EL PROCESO PENAL-CIVIL

Cuando la acción reparatoria civil ha sido ejercitada en sede penal conexas con la represiva (arts. 14, 16 y 93, Cód. Proc. Pen.), la oportunidad de la sentencia llega en forma contemporánea para ambas (arts. 16, 2do. ap., 396, 399 y 403, id.). El tiempo procesal es el mismo; lo que varía es el tiempo lógico. Esto último porque tanto la pretensión pública como la privada deben ser resueltas en sus respectivas sentencias - integrantes de un mismo acto- pero en el orden lógico su materialización debe concretarse primero sobre lo penal por imperio de la prejudicialidad que impone el artículo 1101 del Código Civil y sus consecuencias reguladas por los artículos 1102 y 1103 de este Código.

El cuadro genérico impuesto por las leyes procesales funcionará para ambos pronunciamientos en forma similar como guía, pero en lo específico de cada materia cada resolución tiene sus exigencias propias que deben, en la particularización, ser plenamente satisfechas, bajo sanción de nulidad. Esa especialización la da concretamente el derecho de fondo a aplicarse. El objeto procesal de cada proceso funcionará con relación a tal derecho. Así se dará la diferencia y la latitud de tratamiento.

En lo represivo se desarrollará el análisis en función del delito y daño penal y su reacción (pena o medida de seguridad), como en lo civil lo será en torno al ilícito y al daño privado y su sanción (indemnización).

Cierto es que tanto una como otra lesión se corporizan sobre el mismo hecho, pero también es cierto que movilizan diferentes institutos jurídicos con extremos y alcances diferentes que demandan, no sólo un estudio por separado sino, también, consideración de extremos que les son propios y exclusivos¹.

¹ Transcribimos el siguiente fallo porque da cabal detalle de la minucia fundante de una sentencia sobre nuestra materia con ajuste a las exigencias de ley:

"DAÑOS Y PERJUICIOS - Responsabilidad por el delito de homicidio culposo - Indemnización para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto - Determinación del quantum.

Aun en el supuesto de que el hecho fuere el mismo y que él, existiendo, sea constitutivo de delito penal por el que deba responder civilmente tanto el imputado como el tercero por él responsable legalmente, será necesario tratar, por sobre el límite de lo penal y más allá de él, todo lo que hace al daño civil, el perjuicio causado, su tipo, monto de la indemnización y su clase, o la restitución y reparación, como así también la verdadera y real responsabilidad del tercero. Todo ello no admite remisión al texto penal, por cuanto es materia diferente de ella; tiene que estar inserto en la sentencia civil.

Todo esto, por cierto, sin perjuicio de que previamente a la sentencia civil, tras la conclusión de la penal, deban tratarse las excepciones procesales civiles diferidas (arts. 102, últ. parte, 398, 1ra. parte; y 399,

-
- 1- La obligación del autor de un homicidio culposo de pagar lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, si bien queda librado en relación a su quantum a la prudencia de los jueces (art. 1084, Cód. Civ.), no puede depender de una valoración absolutamente libre reservada al subjetivismo del juzgador, ni tampoco resultar de una mera enunciación de pautas, realizada de manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce, en el caso concreto, al resultado a que se arriba; por el contrario, tiene que ser el fruto de un razonamiento exteriorizado en la sentencia sobre bases objetivas y cuyo desenvolvimiento pueda ser controlado desde la óptica de la sana crítica racional.
 - 2- En materia de la indemnización establecida para la viuda e hijos del muerto por el art. 1084, Cód. Civ., hay que determinar primeramente cuál es la pérdida anual que éstos sufren por la muerte del causante; para ello habrá que basarse, no en el importe neto de las ganancias que éste percibiera durante aquel período, sino en la parte que realmente destinaba a la atención de los requerimientos de su familia, deduciendo la que dirigía a la satisfacción de sus propias necesidades y bienestar personal. Obtenido el importe de la pérdida anual sufrida por los aludidos herederos, la forma más equitativa de indemnizarlos será la de otorgarles un capital que, colocado a un interés puro del 6%, les proporcione una renta anual equivalente a la que dejaron de percibir por la muerte del causante. Este mecanismo sólo puede tener eficacia a los fines de un cálculo básico, que seguramente deberá ser corregido, incluso mediante procedimientos matemáticos, en virtud de diferentes circunstancias: variantes del ingreso en más o en menos; sobrevida estimativa de los actores y lapso de minoridad sobreviniente o incapacidad de los hijos; probable término de vida útil de la víctima; percepción de pensiones y otros beneficios previsionales derivados de la muerte de aquél, etcétera.
 - 3- En materia de la indemnización del art. 1084, Cód. Civ., la verdad está en el justo medio; ella no puede adscribirse al puro arbitrio judicial, sin parámetro objetivo alguno, ni puede limitarse a una sumatoria de operaciones matemáticas. Estas darán la base económica de la masa a resarcir, al paso que aquel prudente arbitrio llenará -con equidad- las incógnitas (extensión de la vida útil, capacidad futura de incrementar ingresos, etc.) y hará jugar principios legales que llevan a morigerar las sumas matemáticamente resultantes, en base a consideraciones éticas (el agente obró con dolo o culpa), o en razón del emplazamiento jurídico patrimonial de las partes (cotejo entre la víctima y el autor del daño y sus respectivas situaciones de pobreza o riqueza, etc.).

Tribunal Sup. Just. Córdoba, Sala Penal, 22-III-1984, "Marshall, Daniel A.", J.A., 1985-1-214.

Cód. Proc. Pen.), de modo que si se hiciera lugar a ellas, incluida la oposición a la constitución del actor civil, todo quedaría sin efecto, se agotaría en forma anormal el proceso civil y no habría sentencia. Si esas defensas formales fueren rechazadas, entonces se dictará la sentencia civil. O que, por el contrario, en lo penal se considere que el hecho y sus circunstancias carecen de calidad delictiva, ya porque no está tipificado como tal o por ausencia de responsabilidad típica, y por todo ello se absuelva, pero no obstante el hecho es ilícito civil, y como tal ha causado perjuicio, y se tiene al responsable y al tercero. La acción civil en esta situación se autonomiza con todos sus caracteres propios; no hay prejudicialidad penal válida, las figuras civiles juegan a pleno y todo ello demanda que la sentencia civil que el juez tiene obligación de dictar (arts. 16, 2da. parte y 402, Cód. Proc. Pen.), satisfaga todos los extremos impuestos por el artículo 163 del Código formal civil, especialmente los de los incisos 3º, 4º y 5º, 6º y 8º, como así también la exigencia del artículo 165, idem.

Hay que tener mucho cuidado, tanto por el lado del órgano jurisdiccional que dicta la sentencia, como por las partes que la reciben, por el respeto de esas formas, que aparte de producir en su omisión, la nulidad de la resolución (art. 404, Cód. Proc. Pen.), llegan a comprometer el recurso de casación.

III. MONTO DEL PERJUICIO Y SU APRECIACIÓN PENAL

El juez penal, al dictar sentencia condenatoria en su campo específico y hacer lugar a la demanda reparatoria civil puede, respecto de esta última, salvar la situación negativa que se le presentaría a la acción civil en sede propia, si acreditado que hubo daño no se determinara su entidad. Y lo puede hacer porque la ley penal -art. 29, inc. 1º, Cód. Penal- lo autoriza a fijar en defecto de prueba el monto de la indemnización.

Pero eso demanda que la sentencia penal sea condenatoria. Si no lo fuere no lo puede hacer. Y, además, al autonomizarse la acción civil en sede penal al absolverse, y recobrase todas las exigencias propias civiles, en la sentencia que admita la indemnización de daños y perjuicios se fijará su importe en cantidad líquida o se establecerá, por lo menos las bases sobre las que haya de hacerse la liquidación (art. 165, CPCCN). Se vinculan así las exigencias de los artículos 330, inciso 6º y última parte, y 163, inciso 6º.

IV. ESTRUCTURA

La sentencia, a diferencia de todos los demás actos procesales que le preceden y le sirven de presupuestos, es autónoma y en esa calidad trasciende los límites concretos del proceso, y por sí misma, genera consecuencias que surgen de ella. Por esa razón es que debe ser auto-suficiente; esto es, que de la sentencia surja toda la realidad del proceso recogida por ella. El proceso -el expediente- queda en el archivo; su sentencia -testimoniada- se desprende de él y se constituye en título para ejecutar. En lo penal: nadie entra en prisión sin ese título y el alcaide que recepciona sin ese título habilitante de alojamiento comete el delito de privación ilegal de la libertad. No se puede cobrar una multa ni quitar capacidades, sin ella. En lo civil indemnizatorio no hay cobro ni reclamo de él (ejecución) sin ella.

Permítasenos glosar esta afirmación con la letra misma del Código Procesal Penal nacional, en cuanto abre sobre la base de la sentencia toda la actuación que pone a cargo del juez de ejecución: el primer elemento es la sentencia (arts. 493 a 514).

Idéntica situación se prevé para la sentencia civil. Más aún por cuanto prevé que la dictada en lo penal, pueda desprenderse de este fuero y vaya a ejecutarse en el civil (art. 516, Cód. Proc. Pen.).

Esa autosuficiencia de la sentencia está fundada en su estructura que le confiere la ley, la que en realidad es válida para todos los casos.

Así el artículo 399 del Código Procesal Penal nacional establece que la sentencia contendrá:

1) la fecha y el lugar. Aparte de que es recaudo de todos los actos jurídicos, su vigencia en este particular, hace a la determinación de si se cumplió con la competencia del tribunal, por un lado, y por el otro da la base para la cuenta del término para su dictado (fecha cierre del debate -fecha emisión sentencia; ver arts. 396 y 400, 2do. párr. infine).

2) la mención del tribunal que la pronuncia; el nombre y apellido del fiscal... no hace otra cosa que coadyuvar a la individualización del proceso y la competencia y jurisdicción del órgano.

Esa individualización del proceso se completa con la del resto de las partes, por nombre y apellido y calidad.

3) las condiciones personales del imputado o los datos que sirvan para identificarlo. Este no es sino el sujeto obligado por la sentencia, o el que se libera en el proceso, extremo por el cual, no ya en esta parte sino en todo su desarrollo se ocupa de esa individualización, como resulta de los artículos 176, 193, incisos 3° y 4°, 184, inciso 8° y última ///

parte, 297, 305 y si esta individualización no se hiciere o se la hiciere en forma insuficiente, la sentencia será nula (art. 404, inc. 1º).

4) la enunciación del hecho y las circunstancias que hayan sido materia de acusación. Este y su responsable constituyen la materia misma de todo el proceso y en función del primero surge la responsabilidad del segundo. Su exposición no constituye otra cosa que la fundamentación fáctica a que ya nos hemos referido y de ella resultará la congruencia que hace a la validez o nulidad de la sentencia (art. 404, inc. 3º, cit.).

5) la exposición sucinta de los motivos de hecho y de derecho en que se fundamenta. Este requisito unido al siguiente: las disposiciones legales que se apliquen, son los que configuran la calificación, la subsunción y adecuación jurídica que funda la conclusión a que se arribe.

7) parte dispositiva que no es sino la que recepta lo que se concluye resolviendo en orden a la cuestión peticionada. Y lo hace:

a) absolviendo, en cuyo caso ordenará, cuando fuere el caso, la libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente, o la aplicación de medidas de seguridad.

En este caso, dada la independencia en orden al proceso civil conjunto, producida al momento de la sentencia (art. 16, 2da. parte, Cód. Proc. Pen.), se pronunciará, civilmente, ordenando la restitución o indemnización demandadas, es decir resuelve la cuestión civil (art. 402, Cód. Proc. Pen.).

b) condenando, en cuyo caso fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de las costas.

Dispondrá también, cuando la acción civil hubiere sido ejercida, la restitución del objeto materia del delito, la indemnización del daño causado y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones (art. 403, Cód. Proc. Pen.).

El defecto en el cumplimiento de todas y cada una de las exigencias citadas, lleva a la nulidad de la sentencia tal como lo fulmina el artículo 404 citado.

Las pautas que hemos analizado parecen estar referidas únicamente a la materia penal, pero no es así; incluyen en cada rubro no sólo la materia penal sino también la civil. La exposición de los hechos, sus circunstancias y modalidades, con la previsión también del daño y su extensión y su clase, con la cita de su encuadramiento legal, integran la sentencia civil y, tras la adecuación legal, desembocará en la parte dispositiva, haciendo lugar a la demanda o rechazándola.

Lo que ocurre es que no debe olvidarse que son -contemporáneamente-dos sentencias que resuelven sendos procesos acumulados. Por esa razón, tanto lo fáctico, como la responsabilidad y la adecuación de ello a la reparación del perjuicio causado y su específico encuadramiento legal, insertan su realidad en el pronunciamiento con sus capítulos propios.

Ello surge de la última parte del artículo 402 y de la segunda parte del artículo 403 del Código Procesal Penal nacional.

V. DELIBERACIÓN

Ese análisis detallado y paulatino que en el acto de la sentencia debe hacerse y que precedentemente hemos resaltado, se corrobora, además, en toda su extensión con la etapa previa al dictado de la sentencia que se impone como "deliberación" (arts. 396 y 398, Cód. Proc. Pen.).

En efecto, la ley procesal penal nacional recoge en sus artículos 396 y 397 una realidad que se da en todos los tribunales colegiados, en cuanto a que cada uno de sus miembros emite su opinión en forma fundada sobre cada uno de los puntos sometidos a proceso. Esa opinión es lo que se rotula "voto" y es de su juego numérico de donde surgen -por mayoría o unanimidad- los distintos rubros de la sentencia que se han analizado.

La estructura y contenido de esos votos, en el afán de que no quede tema sin resolver, han sido enumerados y ordenados por la ley, incluso en lo que hace al orden de su emisión, que depende de un sorteo previo que debe hacer el secretario (art. 398).

Al resolver este punto, el Código, como norma de deliberación, en el citado artículo 398, dice que el tribunal resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio, fijándolas, en lo posible, dentro del siguiente orden:

a) las incidentales que hubieren sido diferidas, que no son sino las de las excepciones civiles (art. 102, 3er. ap., Cód. Proc. Pen.).

b) las relativas a la existencia del hecho delictuoso, participación del imputado, calificación legal que corresponda, sanción aplicable, que en forma sistemática no es sino lo referido a los distintos contenidos de la sentencia, que ya hemos señalado y que engloban también los extremos civiles, tal como resulta de:

c) ...restitución, reparación o indemnización más demandas y costas.

Estos votos deben ser motivados, respecto de cada una de las cuestiones que debe abarcar el fallo; decidiéndose por mayoría. Esa fundamentación que debe insertarse en el voto que luego dará el contenido de la sentencia en cada una de las formas que pueda adoptar (penal y civil), necesariamente debe asentarse y exponerse en esos documentos, por cuanto el sistema de valoración de la prueba a considerar adoptado por la ley formal es el de la sana crítica, en cuya esencia está la obligación de enumerar y desarrollar los fundamentos en que se asienta (art. 398, 2do. ap. in fine).

VI. EMISIÓN DE LA SENTENCIA

Sobre las opiniones vertidas por los jueces en sus respectivos votos se redacta la sentencia, recogiendo el criterio unánime, en cuyo caso se redacta un texto único. Pero si hubiera disidencia parcial, se redacta un texto por la mayoría y por la minoría en disidencia se asienta su voto.

El texto íntegro de la misma se perfila en la forma que ya hemos analizado precedentemente; se lo hace por escrito y se la agrega al expediente, firmado por los jueces y por el secretario.

Si al momento de la emisión y firma, alguno de los jueces estuviere impedido de suscribirla, el acto valdrá sin su participación, siempre y cuando entre los otros dos no hubiere disidencia. Caso contrario, como no es posible, dado la oralidad y ausencia de documentación escrita sobre el desarrollo del juicio incorporar para emitir sentencia un nuevo juez, hay que hacer el debate de nuevo, con la incorporación de un nuevo juez reemplazante que asista a todo su curso (arts. 399, últ. parte y 365, Cód. Proc. Pen.).

En ese momento del juzgamiento la sentencia penal se dicta primero, en el mismo acto escrito y llenando a su respecto todas las exigencias que se han señalado; y luego, a continuación, se hace lo propio con la civil, cualquiera que fuere el resultado penal, cumpliendo también a su respecto los recaudos ya señalados.

Tanto la penal como la civil presentan una particularidad estampada por el Código para ambas y que consiste en la posibilidad que confiere al tribunal, para el caso de que el asunto fuere muy complejo, o la hora fuere muy avanzada, de diferir el dictado de la sentencia en lo que hace a la redacción de todo su cuerpo: esto es los fundamentos y considerandos, reduciéndose sólo a la emisión de la parte dispositiva penal y civil.

La redacción de la sentencia queda así diferida para hacerla después de leídas las partes dispositivas, esto es la resolución: condena -absolución penal; aceptación - rechazo de la demanda civil, gozando para ello de un término total de cinco días a contar desde el cese del debate.

Mientras tanto el tribunal en una audiencia fijada por el mismo al momento de cerrar el debate, para que concurren las partes a escuchar la sentencia, les lee esa parte dispositiva (art. 400, 2do. párr.).

Esto, en nuestra opinión, no tiene sentido por cuanto, a partir de la lectura, las partes están ya notificadas (art. 400), pero no corre ningún término hasta que no se lean los fundamentos y por lo demás, se suma a esta ausencia de efectos, el hecho de que las partes no saben (ni en lo penal ni en lo civil) por qué se dictó ese veredicto. Todo ello amén de que no llegare a surgir, como la experiencia lo ha demostrado, que al asentar concretamente y por escrito el fundamento, éste se resista o por insuficiencia o por duda a avalar el veredicto; el resultado de este último es inconvencible, ya está notificado. ¿Qué obstáculo hay para redactar y emitir la sentencia completa, tomándose todo el término de los cinco días legales?

VII. NOTIFICACIÓN

Como ya lo hemos mencionado, la sentencia tiene un régimen de notificación específico y se opera en una audiencia que al efecto el tribunal deja fijada el mismo día que cierra el debate y a la que deben concurrir todas las partes.

En esa audiencia, el presidente del tribunal debe leer bajo pena de nulidad todo el texto de la sentencia; sea que se lo desdoble en parte dispositiva, el primer momento; sea que se dé oportunidad para la redacción total. Todo debe ser leído en esa audiencia.

A partir de ese momento tanto lo civil como lo penal quedan terminados y la instancia cerrada, abriéndose para el caso, o la vía recursiva por impugnación o la ejecutiva.

VIII. POSIBILIDAD DE CONDENA CIVIL AUN EN DEFECTO DE PRUEBA

Es necesario destacar que el Código Penal al aceptar en su letra la posibilidad de que la sentencia condenatoria penal se expida también sobre la acción civil indemnizatoria ejercitada en sede represiva con- ///

juntamente, lo hace confiriendo a esta jurisdicción una mayor latitud decisoria que modifica la específica de la sede civil.

Ello es así en cuanto expresamente dice que en orden a la indemnización del daño moral y material causado a la víctima, a su familia o a un tercero, el tribunal podrá fijar su monto en defecto de plena prueba (art. 29, inc. 1º, Cód. Pen.).

Tal posibilidad que torna viable lo que, en idéntica situación, en sede civil determinarían el rechazo total o parcial de la demanda en la medida de la citada insuficiencia de prueba, tiene su raíz en la doctrina positivista italiana que, recepcionada en el Proyecto de Código Penal Argentino de 1891 e informó el Proyecto de 1916/17, cuajó, conservando su inspiración doctrinaria, aunque modificada en su alcance, convertido en optativo, en el Código Penal vigente.

La idea central de esa orientación es la de que la sentencia debe proveer la reparación integral del desequilibrio producido por el hecho ilícito, volviendo las cosas al estado en que se encontraban al momento anterior a la producción de este último. Ese logro se alcanza para esa doctrina, con la sanción penal (pena - medida de seguridad) en cuanto retribuye el daño causado por el delito y reequilibra, por un lado; y por el otro, con la sanción restitución o indemnización en relación al perjuicio causado en cuanto en lo civil repara el daño producido.

Esa reparación integral, restitutoria de una situación anterior al hecho, debía producirse necesariamente y es por ello que, por admitida y juzgada la situación condenatoria penal (hecho existente y responsabilidad), sobre la misma base admitida la existencia de la lesión civil y aunque su magnitud no hubiere alcanzado a ser probada en totalidad, el juez debía aceptar la demanda y fijar los montos conforme su prudencial criterio. En síntesis: aún en esa situación deficiente el sistema analizado es positivo.

Lo que antecede nos conduce a afirmar que si la parte civil, actuando en sede penal en pretensión reparatoria, lo hace en plenitud, descartando la oficiosidad del proceso penal al que adhiere, y produciendo minucioso impulso y acertada prueba y salvando cada situación procesal como lo haría en sede civil, con idéntico propósito y dedicación, su resultado va a ser superior, por cuanto obtendrá sobre el punto una sentencia rápida, exacta, y sin demora a la espera de la resolución penal, como ocurre en sede civil (arts. 1101 a 1103, Cód. Civ.).

IX. LA SENTENCIA CIVIL Y EL RECURSO DE CASACIÓN

Este punto lo introducimos en esta forma entrelazada por cuanto sirve para poner de manifiesto la importancia de cumplir, en el desarrollo de la sentencia civil, con la enunciación de las cuestiones planteadas en función del objeto procesal materia de litis, para luego continuar tratando los extremos específicos de la reparación del perjuicio que se demanda, su acreditación por los medios de prueba acumulados y su validez institucional según el derecho de fondo cuya actuación se pretende. Pero el minucioso detalle debe abarcar distintivamente el tipo de daño en torno al cual se nuclea el análisis, y respecto de él, si cabe institucionalmente, sus formas o componentes y la evaluación concreta por rubros; la determinación de su valor, que, definitivamente, se traducirá en la parte dispositiva.

Sobre esa base cada parte tendrá a su disposición el conocimiento pleno de los fundamentos fácticos y legales sobre los que se asienta el desarrollo lógico del pensamiento jurisdiccional, pudiendo de tal manera apreciar su acierto o desacierto.

Porque es sobre esto y su coincidencia o rechazo con lo postulado en su propio favor que cada parte podrá estar satisfecha o agraviada con lo resuelto. Sobre lo primero consentirá el fallo; sobre lo segundo tratará de impugnarlo por la vía recursiva a su disposición.

El recurso reconocido por la ley contra la sentencia definitiva civil en sede penal es el de casación (arts. 456 a 473); ningún otro (con ello por cierto no eliminamos el de inconstitucionalidad reducida, ni el extraordinario amplio).

Significamos con ello que, dado que el juicio tramita en instancia única (art. 25, Cód. Proc. Pen.), su sentencia definitiva no puede ser revisada fácticamente por otra instancia. La alzada se abre a su respecto únicamente con relación al derecho aplicable (en casi la totalidad de los casos) por la vía extraordinaria de la casación, no como una simple instancia más, como podría apreciarse a la ligera de la lectura de las normas procesales que autorizan el recurso respecto de las personas (arts. 458 a 462) que parecerían fincar su procedencia sólo en cuanto se dé el simple agravio de la no coincidencia entre lo aspirado o esperado y lo que, en definitiva, resolvió el tribunal oral (caso del actor civil cuando su pretensión quedó por debajo en la cantidad que señala el artículo 462 o, lisa y llanamente, se rechaza su demanda).

Si todo se redujera simplemente a ello, este recurso no pasaría de ser una simple apelación encubierta. No es así. La situación prevista para que surja el agravio es compleja, en cuanto se funda, sí, en el fra- ///

caso de lo aspirado; pero, además, porque tal fracaso se debe a que, en su resolución definitiva (art. 457), no aplicó el derecho sustancial (ya por inobservancia o errónea interpretación -art. 456, inc. 1º) o se apartó de las formas esenciales del procedimiento garantizador (art. 456, inc. 2º).

Es sobre tal condición esencial del apartamiento del derecho que funciona este recurso cuya finalidad está en la anulación con ajuste y dictado de nuevo fallo en alzada (casación), o nulidad de procedimiento con retorno a su origen para corregir y arribo normal al nuevo fallo (nulidad procesal). Es decir que tiende a la custodia de la vigencia y aplicación del derecho al caso (arts. 470 y 471).

En lo que a nuestra materia se refiere, la sentencia civil impone a su artífice que señale minuciosamente los hechos y los extremos con importancia institucional y los analice en función de su prueba, admitiendo o rechazando su relevancia según el pensamiento jurídico del juez que va dejando expuesto en su pronunciamiento. Si de todo ello emerge que el resultado negativo a que arriba la sentencia, ya por rechazo de la demanda, ya por disminución de los montos reconocidos en la medida señalada por la ley, se debe a un apartamiento del derecho sustancial o formal con incidencia definitiva, el recurso será procedente o no según el caso emergente de esa sentencia.

Hemos resaltado lo que antecede para destacar la importancia de que la sentencia civil cumpla con todos los detalles que le imponen las normas procesales civiles, sobre todo, además, que esa sentencia civil puede en su caso ser autónoma en sede penal, que es cuando se libera la acción civil de su subalternización de la penal cuando la materia represiva ha sido absuelta.

X. EJECUCIÓN

Una vez que la sentencia queda firme, por consentida o por pronunciamiento de alzada, entra en la etapa de ejecución; debe cumplirse.

Si se hubiere hecho lugar a la demanda, ya sea que acompañe a la sentencia penal condenatoria, ya que tras la absolución en este campo, se dictare la civil y se haga lugar a la demanda, en ambos casos, pueden darse dos situaciones:

a) Que la sentencia que condena a restitución, reparación e indemnización de daños, satisfacción de costas y pago de gastos, sea inmediatamente ejecutable en cuanto no necesite de un trámite posterior de fijación o ajuste o liquidación de su monto, o pueda ser cumplida por ///

simple orden del tribunal (como por ejemplo que las cosas a restituir estén a su disposición); casos, ambos, en los que el cumplimiento se lleva a cabo en la misma sede penal, tras la orden emitida por el tribunal que juzgó, ante el pedido de la parte ganadora.

b) Que los extremos señalados no se den y que, por una u otra situación, se deban cumplir trámites previamente por lo que tal actividad demanda que se cierre la vía en sede penal y la ejecución deba hacerse en sede civil.

Ambas posibilidades están instituidas por el artículos 516 del Código Procesal Penal, y en su momento hemos criticado el sistema adoptado por la ley en cuanto envía al ejecutante -cualesquiera sean sus fundamentos- a sede extraña a la de su juez penal, desjerarquizando el valor de su tiempo. Debe promover un incidente y cumplir todos los pasos que prevea la ley en el caso de que se trate, ante una jurisdicción que jamás tuvo conocimiento del principal ni de sus incidencias cautelares. Por cierto que en ese trámite la sede penal va a perder tiempo, pero nos preguntamos si este valor puede desjerarquizar el propio valor del tiempo de los justiciables que, en nuestra opinión, es superior.

Pese a tal observación, el régimen señalado es la ley vigente. Por respeto ciudadano el legislador debería arbitrar uno que no convirtiera en viajero al litigante.

XI. PERCEPCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN Y EL RECURSO DE REVISIÓN

Por cierto que la sentencia que corona el final de un proceso y queda firme se convierte en título de ejecución y, cubierta por la validez de la cosa juzgada, torna en irretornable el debate que pueda comprometer la reparación cumplida.

Pero en la ley procesal penal hay un caso en el que esa solidez cede paso a la caída de la sentencia y obliga a la devolución de lo recibido por reparación.

Esta particular situación se da cuando, después de pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia penal conjunta con la civil y al estar ejecutando la primera y cumplida la indemnización de la segunda, adviene a la realidad otra sentencia dictada en otro proceso, ajeno al primero, que quedando firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, se pronuncia en forma totalmente incompatible con aquélla.

La ley prevé esa incompatibilidad, ese rechazo recíproco, cuando la segunda condena lo hace respecto a otro sujeto por el mismo hecho que el primero y cuando se determina en ambos que el autor fue una ///

sola y única persona. Es obvio lo inconciliable de ambos pronunciamientos. Situación que se da también cuando se determinare, luego de la condena firme y ejecutando, por otra sentencia también firme, que la primera se sustenta en testimonio o documento que en la segunda se declaran falsos. O, en la segunda, que el juez de la primera hubiera caído en cohecho o prevaricato (art. 479, Cód. Proc. Pen.).

Dado la enormidad del evento, la ley prevé que por vía del recurso de revisión que regula (art. 480), de acreditarse tales extremos, se pueda reconsiderar la sentencia originaria con miras a declarar su nulidad (art. 485).

Si tal situación se diera y, en su oportunidad en el mismo proceso en sede penal, se hubiere ejercitado también la acción civil reparatoria y se hubiera condenado y percibido indemnizaciones, los que entonces cobraron, ante la nulidad por vía de revisión, deben devolver lo percibido, siempre y cuando se les hubiere dado oportuna intervención como parte en el trámite de la revisión (art. 487, Cód. Proc. Pen.).

CAPÍTULO XV

RECURSOS

SUMARIO: I. Impugnación.- II. Pretendida fundamentación de la limitación. -III. Sistemática de la ley en materia recursiva.- IV. Recaudos generales.- V. Recursos en particular: a) reposición; b) apelación; c) casación; d) inconstitucionalidad; e) inconstitucionalidad federal; f) revisión; g) adhesión.-

I. IMPUGNACIÓN

Toda resolución dictada en el proceso, sea sentencia, auto o simple decreto (art. 122, Cód. Proc. Pen.), puede ser impugnada por las partes en cuanto éstas la consideren defectuosa, improcedente, infundada o apartada del derecho y, por ello, sea denegatoria de una pretensión, de trámite o definitiva, en todo lo cual fundan su agravio y aspiran a que, corrigiéndose el desvío que motivó su reacción, ya por el mismo órgano que dictó la resolución originaria, ya por otro diferente y superior, se dicte una nueva modificando, en parte (reformular) o en todo (revocar), la decisión anterior que los agraviaba.

Esa tacha de inadecuación a lo que se estima proceder y la correlativa petición de su corrección -que se rotulan recursos- se instrumenta por las leyes adjetivas en un sistema de medios perfectamente delimitado y regulado.

Tales remedios para los agravios procesales conforman estructuras genéricamente idénticas en todas las leyes procesales, en cada una de las cuales hay siempre un capítulo que prevé, clasifica y regula estos medios adecuados a lo específico de cada materia propia de la ley adjetiva de que se trate. Así se aprecia respecto de lo civil, penal, administrativo, etcétera.

En nuestra materia reparatoria civil, el Código adjetivo nacional cuenta con su sistema propio. Pero cuando se da el caso de que la acción reparatoria del daño causado por un hecho delictivo criminal, se promueve y tramita en sede penal en conexidad con lo represivo, esa regulación es inaplicable.

Lo que antecede estimamos que demanda una explicación amplia.

El régimen formal penal nacional no produce en este punto de impugnación recursiva remisión alguna al civil, como pasa con la regulación de la demanda (art. 93), reconvención, contestaciones de ellas (art. 101), excepciones (art. 102), detalles de embargos e inhibiciones (art. 520), etcétera, sino que, exhibiendo para su propia materia el suyo específico, lo extiende, en lo que fuere procedente y admisible, a la cuestión civil conjunta.

Ese todo se recorta desde afuera con prohibiciones para la parte civil de recurrir para unos casos y para otros guarda silencio, como si el punto se le hubiere escapado al legislador, el que, también, luce una línea elaborativa de las normas con clara tendencia subalternizante del derecho de las víctimas que por un lado anuncia respetar y por el otro se lo quita.

Cabal demostración de esto último se pone de manifiesto cuando, tras admitir el ejercicio por el damnificado de la acción civil reparatoria ante el mismo tribunal en que se promovió la acción penal (arts. 14,80, inc. a] y 87), lo obliga a constituirse en actor civil, como requisito ineludible, en el lapso instructorio (art. 90), y consecuente con esa posición le reconoce que tendrá en el proceso la intervención necesaria para acreditar la existencia del hecho delictuoso y los daños y perjuicios que le haya causado, y reclamar las medidas cautelares... (art. 91).

Pero no escapa a nadie que tal estructura hace que su materia reciba amplia cabida en los límites del artículo 193 en cuanto anuncia la finalidad de la instrucción, abarcando el daño penal en sí y el civil. Por ello es que el artículo 194 le impone al juez proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos, sin perjuicio de que, en la medida legal, lo pueda hacer el agente fiscal (art. 196).

Tal es la razón por la que a las partes, a todas (la civil también), se las faculta para pedir medidas acreditantes en función de esa finalidad instructoria, si bien su producción dependerá del criterio técnico del juez, sin posibilidad de recurso alguno si no fuere admitida (arts. 199 y 203, últ. parte).

Este sistema aparentemente armónico para la totalidad de las partes, se derrumba para la parte civil actora cuando, después de haber acumulado en el proceso todos los elementos posibles para la prueba de su ///

objeto (en la medida exigida en instrucción) y el juez estimare haber cumplido con los artículos 193 y 306, la vista que la ley manda conferir para que los acusadores se expidan sobre el mérito de lo realizado se corre sólo para el querellante y el agente fiscal (art. 346), a los que se les reconoce la facultad de pedir medidas para completar la instrucción si estimaren que ella es incompleta, o, si estuviere colmada que soliciten sobreseimiento o, en su caso, acusen para elevación a juicio (art. 347). Allí no se nombra al, también acusador, "actor civil", sino que hay que ir a buscarlo al artículo 93, en el que se prevé la notificación de la vista de mérito citada (art. 346) y manda que, dentro del término de tres días, podrá concretar la demanda. Omite la remisión al artículo 347 y le priva al actor civil de la oportunidad de reclamo de medidas si considera incompleta la instrucción.

Como esto último es inadmisibles, ya anteriormente hemos señalado que la jurisprudencia habrá de admitir un amplio derecho del actor sobre este punto. Pero no obstante, el sistema se resquebraja en perjuicio de la parte damnificada.

Aunque este anuncio no es sino el marco de lo peor del cuadro.

Si el agente fiscal no acusase y pidiese sobreseimiento (art. 347, inc. 2o, últ. parte) y el juez, o la Cámara, estuvieran de acuerdo (art. 348), al decretarse, la parte civil actora no tiene nada que hacer, por cuanto para ella esta resolución es irrecurrible (art. 95).

Como que tampoco tiene nada que hacer si al regularizar la situación procesal del reo, tras la indagatoria, el juez lo sobreseye (arts. 309 y 336). Nótese respecto de esto que hay una flagrante colisión de finalidades y resultados en este punto por cuanto, por un lado, con mano abierta a pleno, la ley le reconoce al actor civil su aspiración reparatoria como ya lo hemos resaltado y nuclea el alcance del esfuerzo investigatorio en el que participa en el artículo 193 y, luego de todo el trabajo, en el paralelo artículo 336, paso a paso, contempla la posibilidad de que los extremos de aquél no se hayan cumplido y por ello cierra el caso sin posibilidad alguna de recursos para el actor civil.

En el análisis particular de cada recurso señalaremos algunos vacíos de la ley que permiten, en cierta medida, aventar la situación, pero son muy reducidos.

Lo único que queda frente a la posición del legislador asumida en esta ley, y la situación en que coloca al actor civil, es la de reclamarle que no se puede subalternizar en esa forma a la víctima y pasar por sobre sus derechos en la forma en que se lo hace. Si se lo admite en sede penal para reclamar su reparación se lo debe respetar en la plenitud de sus derechos.

Por ello la ley procesal penal nacional debe ser reformada en respeto del actor civil que debe ser conservado en sede penal, pero con posibilidades formales plenas.

II. PRETENDIDA FUNDAMENTACIÓN DE LA LIMITACIÓN

Se ha sostenido que el actor civil en sede penal no es parte en el proceso represivo por lo que, en tal situación, no puede ejercitar impugnación contra actos específicos de ese proceso. Algo así como si la materia en la que se encuentra inmerso por propio consentimiento legal, le fuera extraña.

Creemos que tal argumento no es feliz; por lo menos en nuestra opinión, no se adecúa a la realidad. Por ello debe ser rechazado y, por ende, también su consecuencia eliminatoria.

Y, es así, porque no puede dejarse de lado que, por ser el "mismo hecho la fuente" generadora de consecuencias jurídicas, por el daño penal abran cauce en sede represiva y, por el daño civil, lo hacen en sede privada y que por esa comunidad se permite su coexistencia accionaría en sede penal.

Ello así porque, dada esa comunidad fáctica generadora, en la invocación, acreditación y análisis como fundamentos de ambas pretensiones de derecho de fondo (la penal y la civil), se admite el ejercicio de la acción civil insertada en el proceso penal y por ello se llega a señalar, según esa opinión, la existencia en un solo proceso de dos objetos procesales: uno principal, esencial y básico que es el penal y otro secundario, accesorio y eventual que es el civil. Y sobre esa base de jerarquías, pese a que se trata del mismo hecho fundante y que ambas acciones trabajan sobre lo mismo reconocidos por la ley, a la segunda se la separa de la primera y se la desconoce al final cuando adviene el resultado.

Es así y no varía ni aun cuando, en vez de un proceso con dos objetos procesales por el ejercicio de dos acciones en la misma sede, pueda llegarse a sostener que se trata de dos procesos conexos por la causa, por cuanto también en ese caso se considera inferior al civil en cuanto no se le permite impugnar un resultado negativo nada menos que sobre la acreditación del hecho básico y esencial fundante de la pretensión civil.

Para todos los casos o supuestos en que nos coloquemos no debe dejarse de lado que el actor civil, autorizado por ley, tiene todas las facultades actuantes para la acreditación de un objeto procesal que básicamente - ///

camente, en el punto de partida, es el mismo que el penal. No se puede dividir esa finalidad común en forma tal que, en definitiva, se borre a la parte civil como si fuera ajena a la materia, a su propia materia, fincando todo en un simple encasillamiento de "partes" que no es real.

III. SISTEMÁTICA DE LA LEY EN MATERIA RECURSIVA

La ley procesal penal nacional dedica a la materia de impugnación recursiva una regulación que se extiende desde el artículo 432 al 489, divididos en siete capítulos, de los cuales el primero reúne una serie de reglas generales aplicables a todos los recursos y en los restantes (hasta el VII) trata cada recurso en particular.

Los que se admiten por ese Código, con la aclaración especial de que no tendrán vigencia sino esos remedios que sean expresamente establecidos por la ley (art. 432), son: 1) reposición; 2) apelación; 3) casación; 4) inconstitucionalidad; 5) queja; y 6) revisión. Debe agregarse a esta enumeración una forma retardada de recurrir, que es la adhesión. Todos ellos están insertos en su texto.

Fuera de ese grupo y especializando el actuar de la Cámara de Casación en cuanto a la determinación de la ley aplicable, unificada, la Ley Orgánica de Tribunales 24.050 instituye y regula el recurso de inaplicabilidad de ley (sentencia plenaria, arts. 10 y 11).

También apartado del texto del Código, se encuentra dentro de la batería de recursos de derecho procesal penal nacional, en el ámbito de la ley de acción de habeas corpus, el de consulta (art. 10, ley 23.098).

Nosotros consideramos que es también recurso de consulta ante la Cámara de Apelaciones, la elevación a ella por el juez de instrucción cuando éste no se encuentra de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el agente fiscal, o, pese a estarlo, el querellante, con criterio diferente, acuse (art. 348, Cód. Proc. Pen.).

Pero el sistema se completa, además, con las provisiones dispersas en la letra del Código y que, en institutos específicos, prevén la posibilidad de recurso indicando el que se trate, o, lisa y llanamente, lo eliminan como improcedente, o guardan silencio sobre ambos extremos.

IV. RECAUDOS GENERALES

Tal como ya lo señaláramos, en su primera parte la regulación recursiva (arts. 432 a 445) impone una serie de exigencias de procedencia ///

que deben ser respetadas, por igual, en lo que hace a: la admisión por la ley del recurso de que se trate, las personas a quienes se les reconoce el derecho de recurrir, los casos de procedencia, el tipo de resolución recurrible, el tiempo para hacerlo, la forma de concreción, la motivación, el alcance de la concesión, los efectos, la adhesión, la posibilidad de desistir del recurso ya promovido, el rechazo por parte del tribunal que no lo admite y el tipo de competencia que abre el recurso al tribunal de alzada (arts. 432 a 445).

V. RECURSOS EN PARTICULAR

En lo que hace a las previsiones propias de cada uno nos remitimos a las reglas del Código, pero ello no obsta a que, dentro de su respectivo cuadro, señalemos y comentemos su particularizada aplicación a la materia civil.

a) Reposición

Este recurso que aspira a que el mismo órgano que dictó la resolución agravianante, cuando lo ha hecho sin escuchar antes a las partes, es decir, de oficio (sin sustanciación previa), pueda reconsiderarla y revocarla por contrario imperio, sobre la base, admisible, de los fundamentos impugnantes del recurrente, tiene una regulación que varía, en cuanto a trámite, cuando se trate del ámbito instructorio o del juicio. Y en este último, también, cuando se dé el caso durante el estadio de las diligencias preliminares o en el del debate (ver arts. 25, 440, 447 y 448).

Pero en lo que hace a la materia civil sufre una serie de distorsiones:

1) no puede deducirse contra el auto de sobreseimiento oficioso (dictado sin sustanciación previa) por cuanto ese tipo de pronunciamiento es declarado irrecurrible para la parte civil, aun cuando se expida sobre la causa misma de la petición reparatoria (arts. 95, 193 y 336), a la que se quita la calidad de materia civil (art. 436);

2) es procedente, por cierto, respecto de toda otra resolución relativa al objeto procesal civil (art. 436), adecuando su trámite al impuesto según la etapa instructoria o a la del juicio y, en consecuencia, según el caso, con instancia doble o única, pudiendo dejarse hecha la reserva de la casación cuando se dieren sus presupuestos;

3) en nuestra opinión procede asimismo en el caso de que el juez en la oportunidad de regularización de la situación procesal del impu- ///

tado ya indagado (art. 306), declare la falta de mérito para decretar su procesamiento o su sobreseimiento (art. 309).

En efecto, la citada declaración de falta de mérito procede en cuanto, al valorar los elementos de juicio colectados hasta ese momento, el juez considere que éstos no tienen relevancia acreditante como para estimar que existe un hecho delictivo y que el imputado pueda ser admitido como culpable partícipe de éste y que, en consecuencia, no es decretable su procesamiento.

Pero cuando tal convicción judicial no satisface el grado de inmovible por cuanto aún la marcha de la instrucción puede alcanzar la incorporación de medios probatorios posibles y relativamente inmediatos, pero debe para ello necesariamente exceder el límite de diez días impuesto por el artículo 306 prosiguiéndose la investigación, no procede aún el dictado de sobreseimiento (arts. 309 y 336).

Entonces, la falencia cognoscitiva que soporta el juez y que se estima reparable no queda ninguna duda de que se nuclea en: 1) hecho delictivo y 2) sujeto responsable, lo cual no es sino el objeto procesal penal, pero también lo es de lo civil, en cuanto ese hecho es la causa de ambos daños: el penal (el delito mismo) y el civil (el perjuicio). Sin esa raíz común no hay posibilidad alguna para ambos procesos ni para el sistema que los auna en sede represiva.

Siendo que el núcleo de esta declaración de falta de mérito es el hecho mismo común a ambas acciones, la procedencia del recurso de reposición no choca con la limitación del artículo 436 reducida sólo a lo concerniente a la acción civil. Es materia civil porque se refiere a la causa fuente.

Tampoco choca con la letra del artículo 311 por cuanto los recurrentes que él prevé son sólo por vía de apelación; no dice nada del de reposición y, por lo demás, no queda duda alguna de que se está refiriendo sólo a la parte penal.

No hay prohibición expresa de procedencia de este recurso con relación específica a esta resolución y ella se refiere a la base misma de la petición civil.

Incluso sería viable el recurso de apelación, como lo fundaremos al tratar de él a continuación.

b) Apelación

Este recurso que aspira a que el agravio lo considere otro tribunal superior al que dictó la resolución impugnada y que sobre la base de los argumentos que ante él se expongan se revoque en todo o en parte lo re- ///

currido, es un remedio correctivo que, en sede penal, ha perdido gran parte de su grandeza de otrora durante la vigencia del viejo Código de Procedimientos en Materia Penal. Entonces, la Cámara de Apelaciones que entendía en él, era tribunal de alzada para las cuestiones planteadas durante todo el curso del proceso (instrucción y plenario) incluida la sentencia. Sumaba a sus facultades la de interpretación jurisprudencial plenaria unificatoria (doctrina aplicable) de las leyes penales de fondo y forma.

Todo ello ha sido borrado por el nuevo Código Procesal Penal. Hoy la Cámara citada sólo es tribunal de alzada para los problemas del período instructorio. Así es porque todo lo que era el antiguo plenario, hoy es lo que se llama "juicio" (oral, público y continuo) que tramita ante tribunales de juicio, y lo hace, por expresa disposición legal (art. 25), en instancia única, y el único recurso que se admite contra sus resoluciones es el de reposición y de sus sentencias sólo se puede llevar el caso ante un tribunal de carácter extraordinario y limitado -Cámara de Casación- para que ajuste los pronunciamientos a las leyes y a la interpretación de ellas, cuando ello hubiere sido violado (art. 456).

Basta, hoy, con que las resoluciones que el nuevo Código formal prevé como recurribles por apelación (sobreseimientos, interlocutorios, resoluciones declaradas apelables en particular y las que causen gravamen irreparable -art. 449-) sean dictadas ya en la etapa del juicio (fuera de instrucción) para que no sean apelables. No hay segunda instancia instituida para ello.

Por cierto que si el recurso de apelación fuere interponible, en la etapa instructoria y con relación a la materia civil, debe cumplirse con todos los extremos formales que impone la ley adjetiva penal en sus previsiones generales, siéndole también aplicables las facultades adhesivas, de efecto extensivo y el suspensivo o no, según fuere el caso (arts. 432 a 445). Punto este que, de darse, remite al interesado a tales reglas de clara exposición en la ley.

Aun cuando las ocasiones de apelación para la parte civil, dado que en la instrucción, si bien tiene la facultad de pedir medidas, su denegatoria no es recurrible (art. 199) y considerando que se le niegan facultades recursivas contra resoluciones que hagan al objeto penal por no ser parte a su respecto (art. 95), aun así, queda una zona neutra de comunidad de objeto procesal que genera la necesidad de detenerse en el punto.

Así, dado la letra del artículo 91, el actor civil tendrá en el proceso la intervención necesaria para acreditar la existencia del hecho y los daños y perjuicios que le haya causado, y reclamar las medidas cautelares ///

y restituciones, reparaciones e indemnizaciones correspondientes, todo lo cual se concuerda, en lo que hace al hecho en sí y su responsable con los extremos de los incisos 1o al 4o del artículo 193 y respecto del daño causado y la intervención del damnificado accionando civilmente en reparación, con los del inciso 5o de dicha norma, en función de la previsión de la del artículo 14 concordante con el 87, todo lo cual se resume en el párrafo segundo del artículo 403 del Código Procesal Penal. Ahora bien, para asegurar la efectividad del cumplimiento de la sentencia futura que hiciera lugar a la acción civil reparatoria, el régimen cautelar del artículo 518 prevé el embargo en cantidad suficiente para garantizar la indemnización civil y costas y también, si el demandado no tuviere bienes, puede ordenar con el mismo fin la inhibición de bienes. Si se tiene en cuenta que dicha medida cautelar debe ser decretada en el auto de procesamiento (arts. 518, 1ra. parte y 306), aun cuando el artículo 311 no lo incluya entre los resultados para apelar al auto de cita, el actor civil puede hacerlo cuando se da esa situación de insuficiencia cautelar ínsita en el auto comentado conforme la regla general autorizante del artículo 436, concordado con el interés que prevé el artículo 519.

Entendemos que, también en materia cautelar, el aparentemente limitado derecho que acuerda el tercer apartado del artículo 518 para pedir embargo anticipado al auto de procesamiento, se extiende, para el caso de urgencia o peligro en la demora, al actor civil, caucionando conforme el régimen procesal civil en los términos del artículo 520 del penal que a él remite.

Y no es ajena la instancia de apelación para todo el régimen de excepciones civiles a que se refiere el artículo 101, con el trámite de los artículos 102 y 103. Pero, aún más, en nuestra opinión y considerando que en el nuevo régimen procesal penal nacional no existe instituido medio específico alguno para oponerse a la constitución de parte actora cuando a su respecto se considera impugnabile por violación de forma o carencia de legitimidad, quedando sólo para ello el uso, al final de la instrucción, de las causales de excepción, si el incidente respectivo (art. 103) fuere diferido para resolver en la sentencia (art. 102, últ. parte), se genera un agravio para los demandados de carácter irreparable en materia civil (art. 436) -que no admite la tardía resolución cuando ya se llevó a cabo todo el proceso-, que fundaría la apelación para reclamar la inmediata resolución antes de entrar al plenario del juicio.

Y en esta parte nosotros reiteramos lo que dijimos respecto de la apelabilidad y su relación con el recurso de reposición contra el auto que decreta la falta de mérito (art. 309 y punto V-a de este capítulo).

No debe dejarse de lado en este momento el hecho de que las nulidades de los actos jurídicos procesales, en el proceso penal que recepta al civil por objeto procesal conexo en la causa, son comunes a ambos intereses (civil y penal) porque la materia base de procedimiento y finalidad es la misma, por lo que las garantías procesales encajadas en las formas impuestas a los actos bajo sanción de nulidad, caducidad o inadmisibilidad también son válidas para todos. De este modo el vicio puede ser denunciado por la parte civil e impugnado por la vía incidental legal (arts. 166 y 170 in fine).

Su resolución, según la etapa del planteo (art. 170), será apelable si se da en la instructoria antes de su clausura (art. 353), dejando de ser así de superarse la misma y entrar a la del juicio. Las nulidades de orden público (arts. 161 y 171, ler. párr. infine) podrán ser señaladas, denunciadas e incluso impulsadas en reparación oficiosa por todas las partes -incluida la civil- en cualquier estado del juicio.

c) Casación

Este recurso, de flamante creación en el ámbito nacional procesal penal, es de carácter extraordinario en cuanto, como vehículo de impugnación, opera sólo sobre cuestiones de derecho, cuando a su respecto, en las resoluciones que admite como impugnables, se hubiere producido una inobservancia o errónea interpretación del derecho sustancial o violación de las normas procesales impuestas bajo sanción de nulidad, caducidad o inadmisibilidad (arts. 456 y 457 a 461).

Este recurso es perfectamente ejercitable por las partes civiles conforme la facultación y límite acordados por los artículos 461 y 462, siempre y cuando se trate del tipo de resoluciones a que se refiere el artículo 457 y se den los motivos que prevé el artículo 456.

La situación del actor civil se refuerza aún más con la previsión del artículo 436 que le autoriza a recurrir en general de las resoluciones judiciales cuando ellas conciernan a la acción por él interpuesta.

En el ámbito del derecho civil reparatorio ejercitado por la respectiva acción, es incuestionable que el actor civil, en la misma forma que lo puede hacer el acusador penal, podrá agravarse y recurrir en casación cuando la respectiva resolución sobre su propia materia se aparte del derecho sustancial que debería aplicar (inobservancia) o lo aplique mal (errónea interpretación) y también es claro que se puede agraviar y recurrir cuando el vicio estuviere en los actos procesales que prevé el artículo 456, inciso 2°.

Ya no es tan claro y el problema surgiría cuando, como lo hemos venido sosteniendo, el agravio se centre en iguales vicios o motivos que, haciendo directamente a la materia penal, invaliden al hecho (recuérdese que es causa común de ambos daños - penal y civil-) o la responsabilidad de su sujeto y lo tornen en inocuo (art. 336) como causa de consecuencias jurídicas.

Por cierto que por esa vía, el juez, prescindente de la ley de fondo o equivocado en su interpretación, actúa dentro del campo exclusivo penal del que se ha aspirado eliminar al actor civil por no ser parte en él. Pero también es cierto que ese hecho y ese responsable son la causa -la fuente-, no sólo de la consecuencia penal, sino, también, de la civil. De esta manera la extirpación producida en lo penal, se extiende a lo civil y le cercena la causa a la obligación de reparar el perjuicio invocado por el actor civil, por aplicación lisa, llana y directa de las previsiones de los artículos 1101 y 1102 del Código Civil.

De esta manera se cercena en su causa misma (el hecho relevante) la cuestión civil introducida por el actor como su propia materia y que según expresa previsión legal (art. 193 en función del 91 y del 199, Cód. Proc. Pen.) es base concreta de su actuación procesal y finalidad a alcanzar (arts. 14,87,403,2do. ap., idem y art. 29, Cód. Pen.) Esto se refiere básicamente a la inobservancia o errónea interpretación de la ley sustancial penal o a vicios esenciales del procedimiento represivo (art. 456, Cód. Proc. Pen.), pero al atacar la causa fuente civil, torna viable el recurso de casación '.

Y lo mismo pasaría con cualquier acto procesal que, siendo del área penal, tuviera los vicios de nulidad, inadmisibilidad o caducidad, oportunamente observados, y que incidieren en la regularidad legal de procedencia para la acreditación del hecho y participación base común, tanto de la responsabilidad penal como de la civil respectivamente.

Nos preocupa la facultación que, en orden a la ampliación de la acusación por parte del fiscal, se concede cuando del pleno debate o de la indagatoria a que se somete al procesado en esta etapa, surgieren otros hechos que integren el delito continuado atribuido, o circunstan- ///

1 T.S.J., Sala Penal, AI, n° 42,1 I-VII-1986, "Lozano, Hugo A. s/homicidio culposo, Recurso de Casación": "...3) con arreglo a lo dispuesto... el actor civil podrá recurrir de las resoluciones jurisdiccionales sólo en lo concerniente a la acción por él interpuesta y tal exigencia no es respetada no sólo cuando en forma desembozada aquél ataca la sentencia discutiendo la absolución del imputado desde el punto de vista penal, estando ausente el recurso del Ministerio Fiscal, sino cuando al impugnar el presupuesto fác-

tico de la responsabilidad civil, implícitamente, se ataca el aspecto de hecho que da lugar a la absolución del imputado, desde aquel enfoque (penal)".

cias agravantes de calificación (art. 381). Y nos preocupa por cuanto no se prevé idéntica atribución para el acusador civil, que es el actor.

Téngase en cuenta a este respecto que el actor civil ya ha tenido que concretar su demanda (art. 93) con ajuste a la letra del artículo 330 del Código Procesal Civil y Comercial, por lo que ha fijado ya las bases fácticas, legales y los montos reparatorios demandados. Y, paralelamente, los demandados civiles le han contestado (art. 101), por lo que ya ha quedado trabada la litis (art. 351, 2do. ap.).

El cambio de situación que prevé la norma del artículo 381 incide en las bases mismas de la causa de reparar el daño (no es lo mismo la sustracción progresiva de unas perlas del collar del famoso ejemplo de delito continuado, que un mayor número de ellas o todas), y la falta de intervención del actor civil para que amplíe a este, respecto su demanda y la fijación de un monto reparatorio o restitutorio mayor que el de la traba de la litis, generaría una violación al derecho de igualdad procesal, como así también un posible agravio al derecho de defensa en juicio.

Para aventar el perjuicio procesal que ello puede producir, bastaría, en nuestra opinión, que el actor civil en la oportunidad de la vista al fiscal por la previsión del artículo 381, pidiera, a igual oportunidad acusatoria, se le confiriera a él idéntica vista, dejando planteada la observación de casación y el caso federal por violación de la garantía de defensa en juicio, igualdad procesal y debido proceso por aplicación analógica de las normas de oportunidades insertas en el artículo 167, incisos 2° y 3° en función del artículo 381 del Código Procesal Penal.

Sobre tales enfoques interpretativos no sería aventurado afirmar que la ley procesal penal nacional ha creado para la materia civil indemnizatoria anexa al proceso penal en su propia sede, un recurso extraordinario ante una Cámara muy especial con alcance jurisdiccional para todo el país en distrito nacional único, que no existe en la jurisdicción y competencia específicamente civil dentro de su propio fuero. Recurso este que es el analizado de casación y que transmite sus caracteres, trámite y finalidad al de inconstitucionalidad limitada que regula a continuación.

Este tribunal superior, abierta su instancia por cualquiera de las dos vías de acceso citadas, tiene por finalidad fijar la doctrina aplicable y, sobre su base, corregir las desviaciones que se hubieren producido en la instancia inferior. Pero además, por vía del recurso de inaplicabilidad de ley que instituye la ley orgánica en su artículo 11, tiene por supremo objeto unificar la interpretación y aplicación de las leyes represivas de fondo y forma y también de la ley sustancial civil.

La materia analizada, en la competencia civil específica es propia de la segunda instancia centrada en las cámaras de apelaciones que, por recurso ordinario, entienden en la alzada tanto del hecho como del derecho; pero en la sede penal esa segunda instancia ordinaria no existe para la resolución definitiva por cuanto ésta se dicta en instancia única del tribunal oral criminal, o del juez que actúa como tal. Únicamente se da la instancia extraordinaria, sólo por desviación del derecho (inobservancia o errónea interpretación), ante la alzada de casación. Reemplaza con alcance nacional, en unidad de distrito, a la segunda instancia (cámaras) de lo civil.

Sobre los parámetros formales de ley y en cada caso particular el ejercicio y trámite de este recurso, debe adecuarse a las exigencias de los artículos 463 a 472 del Código Procesal Penal.

d) Inconstitucionalidad

Este recurso, también instituido por la nueva ley procesal penal nacional (arts. 474 y 475), es, al igual que el de casación, de carácter extraordinario porque limita su alcance al derecho aplicable, abstracción hecha de los hechos que los admite tal como lo hizo la resolución en alzada.

Pero el derecho que reconoce como materia a discutir no es el mismo que funda el recurso de casación, sino que aquí el Código lo especializa por jerarquización máxima, centrándolo en la ley misma, ordenanza, decreto o reglamento que estatuya sobre materia regida por la Constitución, en cuanto hubieren sido cuestionados como espúeos por violación de la Constitución Nacional. Es decir, la única discusión que admite como fundante de este recurso es la impugnación de la norma como, ella misma, contraria a la ley fundamental y, ello no obstante, la resolución la hubiere considerado válida y resuelto el proceso en su función.

Es absolutamente incuestionable que este caso se puede presentar en orden al objeto procesal civil conexo con el penal, y sobre la tacha de espúrea de la norma, la resolución hubiere hecho caso omiso.

Al igual que lo expusimos respecto del recurso de casación, el problema se extiende a cuando lo atacado sea la parte penal y con ella la validez del pronunciamiento y su incidencia en lo civil, porque, igual que allá, la causa de las consecuencias jurídicas es común a ambos derechos.

Corroborra esta afirmación la letra del artículo 475 en lo que hace a la similitud de ambos recursos, e imponiendo la obligación de pro- ///

nunciarse en el fallo definitivo sobre la constitucionalidad o no de la materia tratada y confirmará o revocará el pronunciamiento recurrido. Todo ello lleva en remisión al recurso de casación y a lo que de él hemos afirmado.

e) Inconstitucionalidad federal

Es el que abre la vía de acceso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando una sentencia definitiva resultare violatoria de derechos o garantías constitucionales, y está instituido por la ley 48, en su artículo 14, en torno al cual regula los requisitos de interposición y casos de procedencia. Las formalidades de su trámite han sido previstas por los artículos 256 a 259 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La ley 48 lo es de la Nación y se encuentra por encima del Código formal penal, el que, por esa razón (art. 31, Const. Nac.) no le ha introducido ninguna modificación, conservándose de tal suerte, su plena vigencia.

Si se da el caso de su procedencia, todo debe regularse conforme las previsiones de la ley 48 y del Código Procesal Civil y Comercial.

f) Revisión

Este recurso es específico de la materia penal, se deduce ante la Cámara de Casación en forma directa por el condenado por sentencia firme y que está ejecutando, cuando otra sentencia, también firme y en vías de ejecución, entrare en colisión con ella a punto tal de ser inconciliables, ya sea por pronunciarse sobre la misma materia en situación de total rechazo la una con la otra, ya sea porque la segunda demuestre que el testimonio o el documento sobre que se asentó la primera era falso, o que el juez que la dictó cohecho o prevaricó (art. 479, Cód. Proc. Pen.).

Luce claro que el núcleo de este recurso es el error judicial y a su reparación tiende por vía de la declaración de nulidad del fallo espúreo (art. 485).

Si esta materia hubiere estado en su momento vinculada a acción civil reparatoria en la misma sede penal y a la condena penal se le hubiere agregado la civil, el triunfo de este recurso hace caer la sentencia civil y, por su consecuencia, el actor que entonces cobró debe devolver. Pero esto siempre y cuando al promoverse la revisión se le hubiere dado vista al actor, para que pueda intervenir en la cuestión (art. 487).

Por esta consecuencia citamos este recurso.

g) Adhesión

En el capítulo de reglas generales aplicables a todos los recursos (arts. 432 a 446) el nuevo Código Procesal Penal de la Nación acuña uno nuevo que no hace sino revivir antiguos tiempos de la vigencia del viejo Código nacional, y que es el recurso de adhesión (art. 439).

Esta forma impugnativa es, en realidad, un recurso temporalmente retardado, en cuanto por vencido el término acordado para interponer la apelación, casación o inconstitucionalidad (arts. 450,463 y 475), se le restituye el mismo, cuando el proceso es llevado a la instancia de alzada por el recurso de otra de las partes, durante un nuevo término de tres días que está dado por la vigencia del llamado tiempo de emplazamiento (art. 451), citado en el decreto de elevación dictado por el tribunal de origen y que comienza a correr desde la entrada de la causa a la secretaría de la alzada.

Lo único que se concede como nueva oportunidad es el término, por cuanto todos los otros recaudos exigidos en lo que hace tanto a que el proveído sea recurrible por esa parte y que tenga interés legítimo, como que lo haga por escrito y exponga sus motivos (art. 438), le son imponibles bajo pena de inadmisibilidad. La previsión específicamente propia de la materia indemnizatoria, en el ámbito recursivo privado y, por ende, también aplicable a la adhesión, es que la materia cuestionada en la impugnación sea concerniente a la acción civil introducida en el proceso (art. 436 en función de los arts. 91 y 95).

En cuanto al recurso interpuesto al que puede adherir el actor civil, lo es tanto respecto de sus contrarios como acusados (tanto el imputado como tal, como demandado y tercero en esa situación), tanto en lo que hace a la materia específicamente civil, como también en lo que en lo penal hace al hecho como causa de responsabilidad indemnizatoria (arts. 91, 193 y 194), tal como lo hemos sostenido precedentemente. Nosotros afirmamos que se acuerda sólo respecto de los contrarios, pero la Cámara de Casación ha resuelto en plenario que es viable respecto de todas las partes, incluida la coparte (ver in re Cámara Nacional de Casación Penal, 16-IX-1993, Sala II, causa nro. 24, "Cevasco, Luis s/ rec. de casación"; y Moras Mom, J.R., Manual de Derecho Procesal Penal, 4a ed., Abeledo-Perrot, págs. 357/361).

La base de esa interpretación está en que la ley no distingue la parte a quién se concede, extremo éste que lo extiende a todas. Pero lo cierto es que esta posición llevaría también a la viabilidad de la adhesión entre demandados, imputados y viceversa, superponiendo dos veces la calidad de parte en la alzada desde el momento que respecto de este ///

186

grupo la ley acuerda de pleno derecho el efecto extensivo en beneficio sin haber recurrido (art. 441).

Todo el resto del trámite ante la instancia superior, ya convertida la parte en recurrente, se rige por los artículos que regulan el respectivo recurso en idéntica situación que la de la parte originaria en la instancia y en la misma medida en que su respectivo recurso la abrió (art. 445).

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I

HECHO Y CONSECUENCIA

I. Hecho. Concepto. Clases. Consecuencias	9
II. Hecho y derecho sustancial	14
III. Acción . Concepto. Clasificación	15
1) Acción penal	16
2)Acción civil	18
IV. Principio de independencia de las acciones	18
V. Síntesis sinóptica	20

CAPÍTULO II

JURISDICCIÓN Y PROCESO

I. Función específica del juez en general	21
II. El proceso en general como medio de conocer y juzgar	22
III. Objeto procesal como identificación procesal	23
IV. Jurisdicción, proceso y contenido propios	25
1) Penal	25
2) Civil	26
V. Génesis y características propias de los procesos civil y penal	27
VI. Posibilidad de unificación	29

CAPÍTULO III

EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL EN SEDE PENAL

I. Presupuesto	31
II. El problema ante la ley positiva anterior y su interpretación	32
III. Nuevo enfoque legal, jurisprudencial y doctrinario	33
IV. Régimen del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Principio de dependencia y accesoriedad. Caracteres generales	37

**CAPÍTULO IV
COEXISTENCIA PROCESAL**

I. Cambio de circunstancias	41
II. Fundamentos de la anterior concepción	42
III. Modificación impuesta por la ley	44
IV. Nueva suerte de conexidad	46
V. Modificación de la regla de accesoriadad	47
VI. Guía de desarrollo	48

**CAPÍTULO V
INFLUENCIA DE LA SENTENCIA PENAL SOBRE LA CIVIL**

I. Situación que se crea	49
II. Mecánica de la solución	50
III. Naturaleza jurídica	51
IV. La obligación de espera y la garantía de defensa	52

**CAPÍTULO VI
LA INSTRUCCIÓN**

(I) Constitución del actor civil

I. Concepto. Su función y carácter en el proceso civil conjunto con el penal	57
II. La discrecionalidad técnica del juez instructor	59
III. Caso especial de los delitos de acción privada	61
IV. Promoción de la instrucción pública civil	62
a) Legitimidad	63
b) Capacidad	65
c) Constitución	66
d) Motivación fundante de la acción	68
e) Oportunidad	70
f) Tratamiento	72
g) Unificación de, representación	75

**CAPÍTULO VII
LA INSTRUCCIÓN (II)
Constitución del demandado**

I Demandado	77
a) Concepto	77
b) Personas que pueden serlo	78
c) Constitución	82

e) Efectos de la constitución en parte demandada	83
f) Incomparecencia del tercero ante la citación	84
g) Caducidad de la intervención de los demandados	84
II. Oposición a la constitución del actor civil	85
a) Concepto	85
b) Ausencia de régimen de oposición en el Código nacional	85
III. Las excepciones procesales civiles, como único recurso de oposición	89

CAPÍTULO VIII
ACTIVIDAD CAUTELAR CIVIL
Embargo e inhibición

I. Distorsión impuesta por la sede penal	91
II. Proceso legalmente abierto	91
III. Obligación del juez penal de comprobar la extensión del daño causado por el delito	94
IV. Oportunidad procesal para decretar el embargo o inhibición	96
V. Adelanto de la oportunidad para decretar la cautela	97
VI. Caucciones	97
VII. Levantamiento de la cautela	98

CAPÍTULO IX
LA DEMANDA (I)

I. Vista para la formulación de la demanda	101
II. Posibilidades como consecuencia del mérito	102
III. Imposibilidad de toda continuidad civil ante el sobreseimiento	103
IV. Imposición legal de ajustarse a la ley procesal civil	105
V. Demanda. Concepto general. Ordinarización	106
Improcedencia de algunos recaudos civiles	106
VI. Particularidad del sistema analizado	108

CAPÍTULO X
LA DEMANDA (II)

I. Estructura de la demanda	111
II. Consecuencia derivada	112
III. Oportunidad	113

V. Puntos que debe cubrir la demanda	117
1) Individualización del demandante (inc. 1º)	118
2) Individualización del demandado (inc. 2º)	118
3) Cosa demandada designándola con toda exactitud (inc. 3º)	119
4) Hechos en que se funde explicados claramente (inc 4º)	120
5) Derecho expuesto sucintamente (inc. 5º)	121
6) Petición (inc. 6º)	122

CAPÍTULO XI CONTESTACIÓN DE DEMANDA

I. Tratamiento de la demanda presentada	123
II. Evacuación del traslado conferido	125
III. Situación derivada de la contestación	125
IV. Reconvención	127
V. Rebeldía	128

CAPÍTULO XII EXCEPCIONES

I. Concepto. Finalidad. Clasificación. Enunciación	133
II. Fórmula legal y naturaleza de la enumeración	136
III. Oportunidad de oposición	137
IV. Trámite	138
V. Las excepciones perentorias y el orden público	139
VI. Fuero de atracción	139
VI. Emisión de la sentencia	163
VII. Notificación	164
VIII. Posibilidad de condena civil aun en defecto de prueba	164
IX. La sentencia civil y el recurso de casación	166
X. Ejecución	167
XI. Percepción de la indemnización y el recurso de revisión	168

**CAPÍTULO XIII
PRUEBA**

I. Ofrecimiento	143
II. Pruebas y modo de ofrecerlas y producirlas	145
III. Limitaciones sobre la prueba	148
IV. Tratamiento	149
V. Producción de la prueba	150
VI. Alegato, acusación y defensa	152
VII. Medidas para mejor proveer	153
VIII. Acta de debate	153

**CAPÍTULO XIV
SENTENCIA**

I. Concepto	155
II. Situación en el proceso penal-civil	157
III. Monto del perjuicio y su apreciación penal	159
IV. Estructura	160
V. Deliberación	162

**CAPÍTULO XV
RECURSOS**

I. Impugnación	171
II. Pretendida fundamentación de la limitación	174
III. Sistemática de la ley en materia recursiva	175
IV. Recaudos generales	175
V. Recursos en particular	176
a) Reposición	176
b) Apelación	177
c) Casación	180
d) Inconstitucionalidad	183
e) Inconstitucionalidad federal	184
f) Revisión	184
g) Adhesión	185

