

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretaria de Cámara

REGISTRO NRO. 15.486 .4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 6 días del mes de septiembre del año dos mil once, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente, y los doctores Augusto M. Diez Ojeda y Mariano González Palazzo como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, Nadia A. Perez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 1/7 vta. de la presente causa Nro. 13.139 del Registro de esta Sala, caratulada: **“DIEGUEZ HERRERA, Esteban s/recurso de casación”**; de la que **RESULTA:**

I. Que la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, provincia de Buenos Aires, en la causa Nro. 9.537 de su Registro, con fecha 15 de septiembre de de 2010, resolvió: **CONFIRMAR** el auto apelado de fs. 145/150 en cuanto había dispuesto desestimar la denuncia formulada por Esteban Julián Diéguez Herrera por no constituir delito el hecho denunciado (art. 180 último párrafo del C.P.P.N.) - (fs. 8/17).

II. Que contra dicha decisión, los pretensos querellantes, Esteban J. Diéguez Herrera y Natalia Thomson, por su propio derecho, interpusieron el recurso de casación de fs. 1/7, concedido a fs. 19/19 vta. y mantenido a fs. 26.

III. Los recurrentes, con invocación de ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N., plantearon la falta de fundamentación y arbitrariedad de lo resuelto (en los términos de los arts. 123 y 404 inc. 2º) del código adjetivo) porque se ha cercenado la posibilidad de que la apelación del pretense querellante pueda constituir alguna vía efectiva autónoma de la decisión de la fiscalía de promover la desestimación de la denuncia. A tales fines, citaron los fallos “Tarifeño”, “Eurnekian”, “Quiroga” y “Santillán” de la C.S.J.N.

Postularon que en la decisión en crisis se ha verificado -según

su entender- una errónea aplicación de la ley procesal, respecto de que es el Ministerio Público el órgano a quien la ley estrictamente faculta en estos casos (denuncia) para dar inicio a la investigación penal por delitos de acción pública (art. 5 del código de rito), resultando vinculante para la jurisdicción el temperamento promovido por su representante, propiciándose una hermenéutica restringida de esas normas, en franca coalición con el art. 2 del mismo código adjetivo.

Recordaron que en nuestro ordenamiento no se recepta el principio de oportunidad, sino el de legalidad procesal lo cual implica que, a contrario de lo sostenido, la ley lo determina a promover toda investigación cuando existan sospechas de que se ha cometido un hecho delictivo.

Indicaron como perjuicio de imposible subsanación posterior:

a) Del hecho de cercenar la posibilidad de que la apelación del pretense querellante pueda constituir alguna vía efectiva de la decisión de la fiscalía de promover la desestimación y de allí, el gravamen de imposible reparación ulterior.

b) De la desprotección de la víctima y el testigo en juicio (art. 79 del C.P.P.N.) que se concretaría en caso de resultar rechazada la pretensión en cuestión.

c) De la imposibilidad de la averiguación de la verdad real de los sucesos sospechados de criminalidad, que a la postre tornarían inocua la salvaguarda de los derechos y garantías relativas a la arbitrariedad sufrida por el cese en las tareas de una empleada del Poder Judicial de la Nación.

d) De la posible reiteración de las agresiones y/o persecución que pueda emanar de órganos del Estado por la circunstancia de haber auxiliado a la administración de justicia al presentarme a declarar como testigo ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación.

e) De la pérdida de chances en cuanto a la profesional y/o académico, de resultar la conclusión del proceso penal sin el castigo y reproche penal a los responsables de tales irracionales hechos, que marcan la conducta contraria de los que la sostienen en cuanto a su probidad”.

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretaria de Cámara

Hicieron expresa reserva del caso federal.

IV. Que, superada la etapa prevista en el art. 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Mariano González Palazzo y Augusto M. Diez Ojeda

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Previo a cualquier análisis acerca de los agravios recursivos traídos a estudio en esta instancia, es menester destacar que el recurrente cumple con los requisitos de impugnabilidad subjetiva previstos para el recurso de casación.

En efecto, ya ha tenido esta Cámara oportunidad de pronunciarse en el sentido de que el pretense querellante posee la facultad de recurrir ante esta instancia, dado que *"...a quien se le ha denegado su pretensión para asumir tal función procesal (querellante) no agota su capacidad recursiva en la apelación ante la segunda instancia correspondiente, sino que, en búsqueda de una decisión fundada por parte del Tribunal que se ha pronunciado, derecho innegable que se ampara en la garantía constitucional del debido proceso contemplado en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional, tiene la facultad de acudir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del recurso extraordinario, y, lógicamente, a esta Cámara Nacional de Casación Penal a través del recurso de casación"* (causa Nro. 553 "CELLES, Francisco y CELLES, Mabel Beatriz s/recurso de casación", Reg. Nro. 869 de esta Sala, rta. el 23/6/97; en este mismo sentido, causa Nro. 37 de la Sala I "BORENHOLTZ, Bernardo s/recurso de casación", Reg. Nro. 44, rta. el 28/9/93 y Fallo Plenario n° 11, "Zichy Thyssen" de 23 de junio de 2007).

Esta idea es compatible con la instauración de este órgano judicial "intermedio" a quien ha sido confiada la reparación de los perjuicios irrogados a las partes en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante

la Corte Suprema, sino también porque su intervención -atento a su especificidad- aseguraría que el objeto a revisar por el Máximo Tribunal fuese “un producto seguramente más elaborado” (cfr. Fallos 318:514, *in re* “Girolodi, Horacio D. y otro s/ recurso de casación”; 325:1549; entre otros).

II. Respecto de la cuestión medular en cuanto a que si ante un pedido de desestimación por parte del Ministerio Público Fiscal, el pretense querellante se encuentra en condiciones de impulsar la prosecución del sumario, habré de opinar por la afirmativa.

Ya he tenido oportunidad de sostener en la causa nro. 5304 del Registro de esa Sala “PETRI, Sergio Daniel s/recurso de casación” Reg. Nro. 7426.4, rta. el 11/05/06) que si la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha investido al querellante de la autonomía necesaria para -postulada la absolución por el Ministerio Público Fiscal- requerir válidamente la imposición de una sentencia condenatoria en ejercicio de la acción penal pública en la oportunidad procesal del art. 393 del C.P.P.N. que habilite al Tribunal a dictar sentencia de mérito -conforme la conocida doctrina establecida en el fallo “SANTILLÁN”(Fallos: 321:2021)-, dicha circunstancia lo autorizaría también a solicitar al Tribunal la continuación del proceso al inicio de su trámite en la etapa sumaria.

Es decir es indistinto que el proceso se haya válidamente iniciado por requerimiento fiscal de instrucción, por prevención policial o por el querellante particular, toda vez que precisamente lo estipula el art. 82 del código instrumental cuando establece que dicha figura o parte de la pesquisa podrá “*como tal impulsar el proceso*”.

Así, el máximo Tribunal ha señalado que “Si bien incumbe a la discreción del legislador regular el marco y las condiciones del ejercicio de la acción penal y la participación asignada al querellante particular en su promoción y desarrollo, todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretaria de Cámara

una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma. Ello en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado en el art. 18 de la Carta Magna, y cuyo alcance, como la posibilidad de concurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a otros derechos de los litigantes (Fallos 199:617; 305:2150, entre otros) es coincidente con el que reconocen los arts. 8º, párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 41.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.” (Fallos: 321:2021).

Así las cosas la garantía del debido proceso, que exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557; entre otros), ampara a todas las partes del proceso penal como es el caso de la presunta víctima devenida en querellante.

Es en tal sentido que se ha tomado en cuenta, válidamente, en el plenario “Kosuta”, el reconocimiento expreso efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto afirmó que “todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho de obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma” (con la cita del célebre fallo “Otto Wald”: Fallos 268:266, considerando 2º, entre otros). Y que ello lo era en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el artículo 18 de la Carta Magna, y cuyo alcance, como posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (con la cita de Fallos: 199:617; 305:2150, entre otros), indiscutiblemente, es coincidente con el que reconocen los artículos 8º, párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Clausurar al presunto damnificado por un delito de acción

pública la posibilidad de obtener un pronunciamiento jurisdiccional de mérito en las postrimerías del debate oral y público por decisión irrecurrible de un único funcionario no parece la mejor manera de garantizar la libre defensa en juicio, prerrogativa propia del hombre abarcativa de todos sus derechos como ciudadano o habitante de la República, tales como su vida, su honra, su propiedad” (cfr. mi voto en disidencia en causa Nro. 335 “SANTILLÁN, Francisco Agustín s/recurso de casación”, Reg. Nro. 585, rta. el 15/5/96, en el mismo proceso y en idéntico sentido en que la C.S.J.N. adoptara la reconocida doctrina que lleva ese nombre) - (Fallos 321:2021).

Frente a la posición del *a quo* en cuanto a que *“la intervención en el proceso penal asignada al acusador privado cabe señalar que se trata de un intervención conjunta o adhesiva, toda vez que carece de autonomía en el ejercicio de la pretensión penal pues las únicas dos formas de iniciación del proceso son a través del requerimiento de instrucción o de prevención policial”*, cabe preguntarse “¿cómo podría defenderse la víctima de un delito de acción pública si por la inacción del fiscal no pudiera incitar ella el proceso penal para la reparación del daño que le ha sido inferido, sea este daño patrimonial o no? ...La imputación gravísima de este derecho de defensa, y la indefensión total en que quedaría la víctima del delito de acción pública cuando faltara la acusación fiscal, nos proporciona un criterio standard de rango constitucional que nos parece muy difícil de desplazar o negar con alegatos de cualquier otra índole (“Es inconstitucional inhibir la actividad del particular querellante y del juez cuando en lo delitos de acción pública falta la intervención del Ministerio Público”; Bidart Campos, Germán: ED t. 137;104).

Lo dicho para el momento de los alegatos vale, con más razón aún, para la instrucción.

Por otra parte de la motivación del fallo “Quiroga” (Fallos 327:5863) se advierte que el más Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 348 del C.P.P.N. por entender que dicho mecanismo, principalmente vulnera el artículo 120 de la Constitución

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretaria de Cámara

Nacional, en cuanto consagra la independencia del Ministerio Público.

Así, “si el acusador declina la prosecución del proceso el juzgador no puede suplantarle en su rol sin romper el juego de equilibrio entre las partes, resignando la imparcialidad y afectando las garantías que la Constitución Nacional y la ley consideran vigentes desde la imputación.” En este sentido, los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni estimaron necesario aclarar que la doctrina sentada en “Quiroga” no se aplica “... a los supuestos en que la discrepancia se plantea entre el Fiscal - que se manifiesta en favor del sobreseimiento, y el querellante, que pretende que la causa sea elevada a juicio. En tales casos, en principio, no es posible suponer una afectación genérica a la imparcialidad del Tribunal, en la medida en que su intervención queda limitada a asegurar que el querellante pueda ejercer el derecho que la ley le concede a ser oído en un juicio oral y público ... ni una afectación intolerable a la independencia del Ministerio Público” -voto de los doctores Petracchi y Highton de Nolasco; los doctores Maqueda y Zaffaroni se expidieron en sentido similar-.

En el caso *sub examine* la falta de interés estatal en la prosecución del hecho denunciado, no impide a la víctima impulsar en solitario u autónoma el proceso, es decir por la sola instancia del particular ofendido.

La exigencia de la “acusación” -si se quiere respetar el debido proceso y el principio de imparcialidad- requiere que dicho acto provenga de un tercero imparcial, diferente de quien ha de juzgar, de manera que éste no este comprometido con la imputación que debe resolver. En base a ello es que no parece objetable que sea el querellante quien reclame al Tribunal la prosecución del proceso.

En esta línea argumental por más que en el precedente “Santillán” la participación que se habilitó se situaba en un segmento del proceso posterior al analizado en este caso, y en la cual, como advierte bien el “a quo” *“la causa había sido validamente iniciada y la etapa de la*

instrucción superada”; cierto es que nada impide habilitar la misma función para la etapa preliminar del proceso.

Cabe recordar que a través del plenario “Zichy Thyssen”, ésta Cámara resolvió definitivamente que el pretense querellante puede recurrir en Casación con el objeto de lograr ser tenido por parte y, como tal, recurrir aquellas decisiones que imposibiliten la comunicación de la pesquisa.

III. Por ello, en mérito a lo dicho, propongo hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 1/7, por los pretensos querellantes, Esteban J. Diéguez Herrera y Natalia Thomson, anular la resolución de fs. 8/17, sin costas (arts. 123, 172, 404 inc. 2º), 471, 530 y 531 del C.P.P.N.), y remitir la causa al tribunal de origen para su sustanciación y la continuación de la instrucción en los términos de los arts. 180 y 188 de código de forma.

El señor juez Mariano González Palazzo dijo:

Llegado el momento de emitir mi voto y luego del estudio de las presentes actuaciones entiendo que tal como me expedí oportunamente en la causa N° 11.367, **“SAVEGNANO DE LÓPEZ, Irene s/recurso de casación”**, reg. Nro. 14.113, de esta Sala IV, en donde hice mención a lo resuelto en oportunidad de ejercer como magistrado en la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la causa N° 28.445, **“GONCALVES, Oscar y otros s/asociación ilícita”**, rta. 21/07/06 en donde exprese *“...a partir del pedido de desestimación por inexistencia de delito formulado por el señor fiscal..., receptado por el señor magistrado de la primera instancia..., nos hallamos ante la carencia del impulso de la acción penal por parte de quien tiene dicha facultad a su cabeza. Ello torna necesario analizar la viabilidad de la legitimación activa del acusador particular toda vez que en este caso le competería seguir actuando en solitario durante el transcurso de la instrucción.*

Corresponde dejar a salvo que es criterio de la Sala..., a partir de doctrina sentada por la Corte Federal en el caso “Santillán” (Fallos: 321:2021), [que] el querellante se encuentra legitimado para impulsar en

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

solitario la causa penal en la etapa de juicio, sin que sea necesario, a tal efecto, el acompañamiento del Ministerio Público Fiscal. Se ha entendido de tal modo que asiste a todos los litigantes el derecho a obtener una sentencia fundada, y que para poder llegar a ese momento los efectos de "Santillán" deben retrotraerse desde el comienzo de la causa penal pues sino lo resuelto por el Alto Tribunal no tendría los alcances allí indicados....

También se ha sostenido que cuando hay un particular damnificado constituido en parte querellante y éste impulsa la acción, sin perjuicio de la opinión del Ministerio Público Fiscal, la jurisdicción se ve obligada a analizar la viabilidad del pedido, correspondiendo a la querella, en forma autónoma, impulsar los procedimientos al comienzo del asunto, conforme lo establecen los artículos 180 y concordantes del C.P.P.N., y al finalizar la instrucción, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 346 y concordantes del mismo cuerpo legal, para obtener la elevación a juicio, con las limitaciones correspondientes (C.N.C.P. Sala I, causa 7721 'Linares, Martín Maximiliano s/recurso de casación', rta. 6/6/2005).

Por ello, mal podrían ser garantizados los derechos de las víctimas, si sus pretensiones no pueden ser oídas por un juez competente con anterioridad al juicio, ya que es evidente que la conclusión del sumario en la etapa instructoria impide su análisis en el debate, cercenándose de este modo, y bajo un pretexto meramente formal, la garantía aludida..."

En esta inteligencia habré de coincidir con los argumentos desarrollados en el voto de mi distinguido colega que lidera el acuerdo Gustavo M. Hornos, y en consecuencia adhiero a la solución allí propuesta.

Así voto.

El señor juez **Augusto M. Diez Ojeda** dijo:

Que adhiere a los votos que anteceden.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 1/7, por los pretensos querellantes, Esteban J. Diéguez Herrera y Natalia Thomson, sin costas y, consecuentemente, **ANULAR** la resolución obrante a fs. 8/17 (arts. 123, 172, 404 inc. 2º), 471, 530 y 531 del C.P.P.N.), y remitir la causa al tribunal de origen para su sustanciación y la continuación de la instrucción en los términos de los arts. 180 y 188 de código de forma.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

AUGUSTO M. DIEZ OJEDA

Ante mí:

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara