

Causa N°1785/21, caratulada: "ACTUACIONES DE OFICIO S-HOMICIDIO SIMPLE S/ RECURSO DE CASACIÓN (DENUNCIADOS MOLINA Oscar - IBALO Diego - VÍCTIMA: Gusmán Gabriel Nicolás)"
SENTENCIA N°313

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los **veintidos días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno**, se reunieron los Sres. Vocales de la **Cámara de Casación de Paraná** Dres. Marcela DAVITE, Hugo PEROTTI y María del Luján GIORGIO, a los fines de deliberar y dictar sentencia en la causa N°1785/21, caratulada: **"ACTUACIONES DE OFICIO S-HOMICIDIO SIMPLE S/ RECURSO DE CASACIÓN (DENUNCIADOS MOLINA Oscar - IBALO Diego - VÍCTIMA: Gusmán Gabriel Nicolás)"**

Habiendo sido oportunamente realizado el sorteo de ley, resultó que los vocales debían emitir su voto en el siguiente orden: Marcela DAVITE, Hugo PEROTTI y María del Luján GIORGIO.

La Dra. Marcela DAVITE, dijo:

I. Por resolución de fecha 28 de mayo 2021, el Vocal Unipersonal de Juicio y Apelaciones N°9, Dr. José María CHEMEZ, resolvió:

"I) RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por el Señor Agente Fiscal, Dr. Juan F. RAMIREZ MONTRULL, contra el auto dictado por la Señora Jueza de Garantías N° 8, Dra. Elisa E. ZILLI, en fecha 21/04/2021, en el que se resolvió declarar la conversión de la acción pública en privada en el presente proceso, quedando la parte Querellante habilitada para continuar con la acusación en forma autónoma; el que se confirma en lo que ha sido materia de agravios."

II. Recurrieron en casación los representantes del Ministerio Público Fiscal y los representantes particulares de los acusados.

II.a). La Fiscalía entendió que la resolución referenciada resulta equiparable a definitiva; y señalaron, en cuanto a los antecedentes del caso, lo siguiente: Que en el Legajo Fiscal de referencia, se investigan las formas y circunstancias en las cuales falleciera Gabriel Nicolás Gusmán de un disparo de arma de fuego en la cabeza, el día 25 de septiembre de 2018, aproximadamente a las 12.15 hs, en proximidades a la plaza ubicada en calle 941 del barrio Capibá.

Que luego de una pormenorizada investigación preliminar, con intervención plena de la Querella, ante una petición de que se indague a los presuntos autores de disparos, los funcionarios policiales Ibaló y Molina, la UFI local actuante resolvió que no había méritos suficientes para ello a esa altura de la investigación y dispuso el Archivo de la causa, art.210 CPP, y su elevación a la Procuración General para su revisión automática –conforme la manda de rito-.-

La Procuración, resolvió confirmar el resolutivo de Archivo de fecha 4 de noviembre de 2020, sin perjuicio de que ulteriores probanzas permitan avanzar en la hipótesis que plantea la Querella, tal como lo dispone el art.210 2do. párrafo del CPP.

Señalaron que dicha resolución de la Procuración desbrozó las hipótesis que, -de manera confusa-, la reforma del CPP –ley 10317- ha dejado plasmado en el art.210, para situar la situación del sub examine en el supuesto tradicional Archivo, -antaño también denominado eufemísticamente reserva-, que es en realidad una declaración de insuficiencia probatoria, sea en su premisa fáctica o en la "adequatio legis ad factum", que no es definitiva

sino que puede modificarse si aparecen nuevos elementos, es decir enfáticamente provisoria y pasible de reapertura en tanto acaezcan estas nuevas probanzas. En dicha resolución, -al igual que en la primigenia confirmada-, se remarca la diferencia con las restantes hipótesis de la norma de rito, pues aquí no se vislumbra en absoluto una decisión del Ministerio Público Fiscal de abandono de la investigación, ni que aparezca una certeza negativa sobre ilicitud, culpabilidad o merecimiento de pena; sino solo un juicio provisorio de que los elementos colectados no permiten fundar la apertura de la etapa de plenario con mínimas expectativas de condena, la que puede variar en tanto el contexto probatorio se enriquezca con nuevas probanzas.

Agregaron que la Magistrada de Garantías -no obstante la oposición expresa del Ministerio Público Fiscal- entendió que era procedente la conversión de la acción pública en privada instada por la Querella, criterio compartido por el Vocal de apelación sin agregar otros fundamentos al auto recurrido que la alegada, -pese a su expresa negativa- renuncia del Ministerio Público Fiscal a continuar la acción. Que ello hace a la resolución carente de toda fundamentación, y por ende constitutiva de arbitrariedad, y a la vez de una gravedad institucional inusitada.

Para dar fundamento a su pedido destacaron que la política criminal en lo atinente a los sistemas de Enjuiciamiento Penal en el ámbito Continental Europeo e Iberoamericano, ha sido de paulatina implementación de modelos acusatorios. Que a la vez, se ha visto la evolución en lo que se denominó “revalorización de la víctima” en el reconocimiento Convencional y legal de amplios derechos de intervención, exista o no constitución como parte formal, -Querella-, y sin perjuicio de la tradicional institución de los llamados delitos de acción privada.

Destacaron que desde la instauración de mecanismos alternativos a la tradicional definición penal: penas o medidas de seguridad, se propusieron formas reparatorias o consensuales que contemplaran a la víctima y su necesidad concreta, en lo que se denominó “tercera vía”, y sin perjuicio, -en paralelo-, de lo atinente a su protección ante las graves violaciones a derechos humanos en los diversos regímenes genocidas que asolaron a nuestra región.

Que esta intervención partiva, -que hasta el momento llegaba hasta la llamada Querella adhesiva, es decir dependiente de la mantención pretensiva del Ministerio Público Fiscal-, avanzó hacia situaciones excepcionales en las que ante la renuncia del Ministerio Público Fiscal de continuar la investigación o de Acusar, -vgr. petición de sobreseimiento-, fuese admisible la “conversión de la Acción Pública”, en privada, tal como lo prevé nuestro art. 210, en su primer, cuarto y sexto párrafo; y asimismo en el art.400, -ambos ley 10.317, magüer la ya aceptada validez de la acusación privada y recurribilidad de la Querella en la parte final del Juicio Oral, pese a la no acusación Fiscal.

Señalaron que con fórmulas análogas prevén esta situación excepcional: el CPP de Santa Fe, Jujuy, Río Negro, Santiago del Estero, Chubut, Prov. de Buenos Aires y en la región, los enjuiciamientos de Chile, Guatemala y Costa Rica. Y destacaron que todos estos modelos de procedimiento no dejan dudas de la subsistencia del Principio de Legalidad Procesal en su idea de Oficialidad de la persecución penal legítima y a que esta excepcional delegación a la víctima constituida como parte Querellante, -sea que se refiera a oposición a soluciones de oportunidad o a rechazo de la ilicitud-, presuponen de modo imprescindible que el titular de la acción, el Ministerio Público Fiscal, haya manifestado expresamente su decisión de

abandono de la persecución.

Agregaron que, llevando la situación "ad absurdum", ello implicaría que cualquier desavenencia de la Querrela con el Ministerio Público Fiscal podría motivar a aquella a entender que puede "convertir" su acción y apropiársela ante lo que considerara falta de decisión acusatoria del Ministerio Público Fiscal, como si la acción penal no fuese uno de los rasgos elementales y sustanciales de la Modernidad desde la superación del feudalismo y la instauración de los Estados Nacionales.

Consideraron que éste es el yerro conceptual que padece la resolución de la Sra. Magistrada de Garantías y la confirmación del Vocal de Apelación, y que procuran que se revoque en aras de una interpretación conforme a la Constitución Provincial y Nacional, y orientada a sus fines político criminales.

Enfatizaron que consideran imprescindible una interpretación sistemática y racional del citado art. 210 CPP, en consonancia con el art. 400 del mismo cuerpo ritual para no quebrantar de modo grotesco los principios Constitucionales de Legalidad, -Oficialidad- de la persecución penal pública y la coherencia del sistema de reglas infraconstitucionales; y para no caer en una visión que torna al legislador en una caricatura antojadiza y autocontradictoria, y que en los hechos deriva en una lisa y llana privatización de la persecución penal.

Agregaron que, contrariamente a lo que se expresa en la resolución recurrida no se trata de un eufemismo la denominación de archivo provisorio, sino que por el contrario está así expresamente dispuesto, y esto es patente al especificar la posibilidad de reapertura de la investigación.

Explicaron que el art. 210 CPP en una poco clara redacción, contempla varios supuestos que deben distinguirse.

Consideraron así, que más allá de la expresión del primer párrafo, es sabido que el llamado archivo no es una resolución que supone un cierre definitivo del proceso con valor de cosa juzgada, y por ende es revocable aún de oficio cuando nuevos elementos probatorios desmientan aquel impedimento de proceder. Solo el sobreseimiento o la absolución firmes tienen aquel valor oclusivo.

Entendieron que la interpretación del art. 210 CPP supone al menos cuatro hipótesis diversas, siendo las primeras dos, las siguientes: la manifiesta y evidente no delictuosidad del hecho anoticiado, -en cualquiera de sus fases negativas, sea atipicidad, justificación, no culpabilidad o no punibilidad; y los criterios de oportunidad y prioridad.

Que en estos dos supuestos, y confirmada la resolución por la Fiscalía de Coordinación, ante la oposición de quien aparece como víctima, se halla la innovación del proceso adversarial de nuestra provincia, la potestad de que la víctima, -regla de competencia-, continúe la acción mediante su conversión en Privada, es decir en lo que se conoce en dogmática procesal como querrela autónoma, Art. 210 in fine CPP.-

La tercera hipótesis, se trata de las situaciones de conciliación concluida que poseen el sello de definitividad material de la solución compositiva.

Y finalmente en cuarto lugar, se halla en caso frecuente que nos ocupa y que debe ser netamente diferenciado de los anteriores, y es el antiguo archivo, que es en realidad una declaración de insuficiencia probatoria, sea en su premisa fáctica o en la "adequatio legis ad factum", que no es definitiva sino que puede modificarse si aparecen nuevos elementos. Es decir enfáticamente provisorio y pasible de reapertura en tanto acaezcan estas nuevas

probanzas.

Destacaron que este último caso, difiere claramente de los anteriores, aquí no se vislumbra en absoluto una decisión del Ministerio Público Fiscal de no investigar, ni que sea obvia la no ilicitud, inculpabilidad o exención de pena; sino que todo ello no puede fundarse con el rigor mínimo que una apertura de la etapa de plenario requiere.

Por ello es que no corresponde una eventual conversión de la acción, porque nunca el Ministerio Público Fiscal se ha de desentender de un hecho en el que se alega, -aunque no existan probanzas-, la vulneración de derechos humanos por parte del orden normativo en la función de seguridad ciudadana.

Refirieron que justamente por ello el art. 210, dispone: "...Si no se ha podido individualizar al autor o partícipe del hecho, resulta manifiesta la ausencia de elementos, o no se puede proceder, el Fiscal podrá disponer el archivo del legajo, que no obsta la reapertura de la investigación si esa situación varía...". Y destacaron que la alusión al art. 400 del CPP, a contrario sensu de la resolución recurrida lleva coherencia a su postura pues se trata de la situación en la que el Ministerio Público Fiscal peticiona el sobreseimiento, es decir el cierre anticipado, definitivo y con efecto de cosa juzgada.

Argumentaron que ante esta decisión definitiva del Ministerio Público Fiscal de interesar la desincriminación que supone la garantía de "ne bis in ídem", es lógico que se le pueda otorgar al Querellante la potestad de conversión y continuidad. Pero cuando el propio texto legal y el titular de la acción penal pública expresan sin ambages la provisoriedad del resolutivo, y ello no puede ser suplido por la opinión de la Querella ya que entonces el Magistrado Judicial por fuera de su rol imparcial asume una competencia que no le es propia.

Consideraron que, tanto la resolución de la Magistrada de Garantías, como la confirmación por parte del Vocal de Juicio configuran una situación de gravedad institucional pues afecta al rol constitucional y convencional del Ministerio Público Fiscal, lo que como ha dicho en reiteradas oportunidades la doctrina pretoriana de la CSJN, excede claramente el mero interés individual de las partes y afecta de modo directo al de la comunidad toda.

Por todo ello, solicitaron la revocación de los resolutivos de conversión de la acción penal pública en privada, ya sea a través de su anulación con reenvío, ya sea en el liso y llano rechazo de la pretensión de la Querella, art. 518 del CPP, atento a los motivos esgrimidos.

II.b) Por su parte, la Defensa Particular expresó que la resolución de fecha 28/05/2021 del Vocal de Juicio y Apelaciones N°9, es arbitraria en tanto conculca principios básicos del orden constitucional.

Señalaron que en el caso, el Querellante particular ha sido admitido formalmente como querellante autónomo por la Jueza de Garantías, Dra. Elisa Zilli y confirmada a través de la resolución impugnada, para que asuma la acusación pública dentro del proceso, y lo que se encuentra en discusión se vincula con la posibilidad de que, frente a la posición o temperamento adoptado por el Ministerio Público Fiscal, el Querellante pueda impulsar el proceso en soledad.

Explicaron que los agravia la resolución atacada porque es de innegable arbitrariedad el otorgamiento de facultades al Querellante Particular que la ley no reconoce, en contradicción con esta; y por ende resulta inconcebible que el ejercicio de la acción penal pública, cuando no ha sido renunciada, sea promovido sin la genuina participación del representante que el Estado ha instituido.

Sostuvieron que tal como lo refiere el Procurador, la figura del Querellante Autónomo procede cuando la Fiscalía decide cerrar definitivamente la investigación y el ejercicio de la acción pública de la que es titular. Esto surge del C.P.P., ya que cuando regula la institución del Querellante Autónomo lo hace siempre una vez que la acción pública ha dejado de ser ejercitada. Esto procede por el desistimiento de la acción por parte del Ministerio Público Fiscal, por el archivo definitivo luego del cumplimiento de una mediación o conciliación, o por haber instado el sobreseimiento junto con la Defensa (art. 210 y 400 del C.P.P.).

Que, en efecto, el art. 210 se encuentra dentro del CPP en el capítulo IV que regula la I.P.P. y hace referencia a lo atinente a las resoluciones que puede determinar el Fiscal cuando entiende que no están dadas las condiciones para la prosecución de la acción penal. Así, en el primer párrafo establece el desistimiento, que ocurre cuando el Fiscal entiende que el hecho no constituye un delito (atípico) y se establece la desestimación y el cierre definitivo del proceso.

En el segundo supuesto se prevé el archivo cuando, existiendo un hecho típico -o que en apariencias constituye un delito susceptible de iniciar una investigación- por falta de pruebas o por la no individualización del sujeto, el Fiscal decide su archivo provisorio, por lo que no obsta la reapertura de la investigación si esta situación varía. Y por último da una tercera posibilidad, que está dada por el archivo posterior a una mediación o conciliación (modo de finalización del proceso por salida alternativa), aclarando que puede permanecer el proceso latente, hasta tanto se cumplan las condiciones fijadas en la mediación o conciliación.

El mismo artículo establece la posibilidad de constituirse como Querellante Autónomo, quedando claro que la única posibilidad para ello está dada por la manifestación del Ministerio Público Fiscal de no continuar con la investigación cerrando definitivamente el proceso. Por esto es que se constituye en autónomo.

Destacaron que esta interpretación también es consecuente con lo dispuesto en el art. 400, que establece la posibilidad que ante el archivo o pedido de sobreseimiento por parte del Fiscal, el Querellante pueda transformar la acción en privada y continuar autónomamente. Esto surge, de la ubicación del art. 400 dentro del capítulo VII dedicado al sobreseimiento, que conlleva el cierre definitivo e irrevocable del proceso en relación al imputado a cuyo favor se dicta (art. 396). Es en este capítulo donde se incorpora el art. 400 que otorga la facultad del Querellante de transformar la acción en privada.

De este análisis concluyeron que no caben dudas que en todos los supuestos estamos hablando de una decisión de la Fiscalía de no continuar con el proceso respecto del imputado (por desistimiento, archivo definitivo por conciliación o mediación cumplida, o por sobreseimiento). No hay otra interpretación posible.

Por ello consideraron que lo que debemos preguntarnos es si aquí la Fiscalía renunció, desistió o archivó definitivamente el proceso, dando paso entonces a la posibilidad de la constitución de Querellante Autónomo. Y en este sentido es que señalan que surge con total claridad que la Fiscalía no renuncia, no desiste, no archiva definitivamente el proceso y mucho menos pide el sobreseimiento de los imputados, por lo que no están dadas las condiciones para la constitución de la Querrela autónoma.

Agregaron que esto reviste importancia por cuanto el titular de la acción penal es el Estado y es éste quien tiene la potestad, conforme a la Constitución y las leyes, de diagramar quién la va a ejercer. Que la regla es que la ejerza el órgano que el Estado predispone al efecto,

justamente el fiscal, pero no obstante nada impide que haciendo uso de la disponibilidad de la acción penal el mismo Estado habilite en algunos casos excepcionalmente que la víctima reemplace al Fiscal en el ejercicio de la acción penal, a través del mecanismo de conversión. Pero la participación del Ministerio Público Fiscal resulta condición necesaria para la iniciación del proceso penal, y para el ingreso a la instancia plenaria de todos sus protagonistas.

Se agraviaron en concreto por considerar que aquí no se trata de una discrepancia entre la Querrela y la Fiscalía, menos aún como lo sostiene el Vocal de Juicio y Apelaciones en su resolución, de que existe un intento de restringir derechos con el argumento de un archivo provisorio, ya que entienden que, por el contrario el Ministerio Público Fiscal está obligado por la ley a actuar de esa forma, debe apoyarse en el deber de objetividad durante toda la investigación.

Destacaron que no se trata de una cuestión antojadiza de la Fiscalía de no acusar, de relegar o abandonar la investigación, por el contrario ha quedado verificado y no es menor que durante dos años se hayan recibido más de 30 entrevistas, relevamientos planimétricos, fotográficos, balísticos, pericias etc. que conducen objetivamente a esta resolución procesal de carácter provisorio como es el archivo. Así pues, en su oportunidad, al otorgarle una vista al Fiscal General para que opine y defina ejerciendo adecuadamente su ministerio, la cuestión ha sido superada. En esta línea, la Procuración se expresó, sosteniendo, que el Ministerio Público no ha renunciado al ejercicio de la acción en el presente caso, sino que "...a partir de su rol objetivo efectuó un archivo provisorio en virtud de la evidencia agregada al legajo, indicando que con la misma no resulta posible proseguir hacia la instancia del debate oral..."

Expresaron que la ley no concede al Querellante poderes autónomos para la promoción del proceso, por lo que, asegurada la intervención del Ministerio Público, si éste no ha encontrado razón para poder avanzar en la investigación, no hay modo de obtener la prosecución del proceso contra la posición de la fiscalía. El ímpetu del proceso por delito de acción pública por el sólo ímpetu del Querellante, no sólo carece de base legal, y por ende afecta el art. 18 de la Constitución Nacional, sino que, además plantearía múltiples problemas sistémicos frente a un diseño procesal que ha sido concebido para ser impulsado con la intervención necesaria del Ministerio Público; cualquier decisión distinta implicaría sustituirse a la discreción ejercida por el Congreso de la Nación en la elaboración de ese sistema, en el marco de sus competencias constitucionales (voto del juez García). "Chiarelli, Mario D.", Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa nro. 13.080, sentencia del 20 de diciembre de 2010, reg. nro. 17.79.

Culminaron señalando que, como se ha sostenido... "puede el querellante, en su alegato final de signo acusador y al margen de la posición liberatoria que adopte la fiscalía, provocar el cierre del procedimiento principal con una condenación, pero de ninguna manera puede justificarse, en el marco de una interpretación armónica de los textos legales, que pueda abrirlos si no es en compañía de la acusación oficial [.....]" (Almeyra, Miguel Ángel, "de nuevo sobre el querellante particular" La Ley, 2006-C, pág. 121 – Sup. Penal 206 [abril], pág. 58).

Reiteraron que un requerimiento de elevación a juicio, es decir, apertura de una etapa de plenario requiere de una fundamentación con mínimo rigor. Es decir que las probanzas deben crear una convicción suficiente para sostener como probable la

participación punible del imputado en un hecho que le fuera intimidado.

Señalaron que haciendo una reseña de lo reconstruido por los fiscales actuantes, puede observarse que se acreditó no sólo que el barrio tiene un contexto conflictivo y altamente riesgoso para los vecinos, sino también que los funcionarios policiales fueron recibidos con disparos cuando arribaron al auxilio de los vecinos, de modo tal que fueron agredidos sin dar tiempo a una instancia de tratativas con el agresor. Incluso, testigos expresan que los funcionarios policiales que circulaban en el patrullero, le dan la voz de alto, haciendo sonar la sirena, desobedeciendo Gusmán a la autoridad policial, empuñando el arma de fuego de guerra en sus manos efectuando disparos en sentido contrario a la dirección en la que huía, o sea disparando hacia atrás en dirección a la policía.

Que del legajo de la fiscalía surge que los fiscales, tal como están obligados, han desarrollado una investigación seria y responsable, procurando alcanzar la verdad de lo ocurrido de acuerdo a criterios de objetividad y profesionalismo, en la cual se abordaron todas las circunstancias de cargo y de descargo que le valieron para visualizar objetivamente el caso sometido a su conocimiento.

Por ello, consideraron que no se puede convalidar la conversión de la acción por la mera disconformidad en la valoración de la prueba por parte del Querellante, que claramente tiene intereses porque implicaría manipular la tarea de persecución o subordinarla a objetivos cuya realización arrojarían resultados inesperados y ajenos a la realidad de los hechos o supondría extender o reducir el ámbito de punibilidad previsto por la ley.

Por todo ello, solicitaron que se revoque la resolución impugnada.

III.- Al momento de celebrarse la audiencia de casación, las partes realizaron sus alegatos en forma oral. La totalidad de lo allí dicho obra en el soporte videograbado, a continuación se hará una breve referencia a los puntos más importantes evitando la reiteración de los argumentos ya vertidos en los recursos.

III.a).- En primer lugar el Sr. Procurador General de la Provincia, Dr. Jorge A. GARCIA ratificó el recurso interpuesto y lo argumentado en su dictamen previo, de fecha 10 de marzo del corriente, oportunidad en la cual ratificó el archivo oportunamente dictado. Señaló que tanto la resolución de la Jueza de Garantías como la del Vocal de Juicio padecen del vicio de arbitrariedad, por tratarse de un acto de puro poder, que a la vez presenta una deficitaria interpretación del art. 73 inc. 4to, párrafo agregado por la ley que aprobó los criterios de oportunidad de las provincias; y que ese déficit atenta contra el monopolio en el sentido de la soberanía del orden jurídico. Agregó que el único discurso posible es el del Estado, la incorporación de la víctima es adhesiva y cuando se tiene esta salida, esta vía de escape de la conversión de la acción, debe darse siempre donde el discurso sigue siendo el discurso del orden jurídico legitimado y democrático de la república.

Refirió que se ha hecho caso omiso a los propios términos de la resolución de archivo, que es una creación jurisprudencial, para poner coto a algo que podría, en los plazos procesales que son ordenatorios, no resolverse. Las únicas decisiones definitivas son la absolución y la condena; el resto de las resoluciones son provisorias.

Aclaró que, precisamente en la resolución cuestionada, luego de largos períodos de investigación donde intervino activamente la Querella, se resolvió confirmar el archivo y allí se estableció expresamente que ello se hacía sin perjuicio de que ulteriores probanzas

permitan avanzar en la hipótesis que plantea la Querrela.

Consideró, que se trata de un problema de interpretación, y aquí hay una interpretación errada del art. 210 del CPP.

Señaló, que cuando se habla de la incorporación de la víctima se hace dentro del monopolio estatal de la violencia, el principio básico es el art. 71, y se previó para la criminalidad mediana y leve fundamentalmente, no para la mayor.

Destacó, que cuando establecemos esta idea de que la víctima puede privatizar el conflicto penal, hay que hacerse cargo de las dos caras, de darle participación, que es legítimo, pero no permitir que los privados manejen ese conflicto porque la terminación del conflicto también se hace a través del más fuerte. El orden jurídico estatal es el único orden racional posible; el privatizado es el uso del más fuerte, de la violencia. Esto lo dice Roxin. No se puede romantizar a los privados más allá de sus legítimos intereses.

El art. 73 inc. 4, responde a que la conversión está pensada para la criminalidad media y leve, toda continuación por la víctima presupone la renuncia del Ministerio Público Fiscal, porque este es el principio del art. 71. El único discurso racional posible es de los poderes judiciales, no el de la víctima, no se trata de derecho civil. Pero aquí, la Fiscalía no renunció sino que dio una resolución provisoria.

Cuando resolvieron, estas dos resoluciones de los magistrados hicieron un análisis literal del art. 210, que es un artículo que se realizó de manera apresurada en la legislación y que hay que revisarlo.

Explicó, que el nuevo art. 210 debe entenderse en cuatro supuestos. El primero, cuando el Fiscal en la primera resolución dice que no hay delito, es una decisión materialmente definitiva. La segunda materialmente también es definitiva y se da cuando la Fiscalía utiliza los criterios de oportunidad. Luego se contemplan las vías conciliatorias, que implican la definitividad de solución de conflictos. Y por último, para el caso del viejo archivo.

Destacó que, en resumen, el razonamiento errado de la Querrela y de los Magistrados es que parten de la falacia de la falsa premisa. Aquí, la falsa premisa consiste en que se trató de un caso de fusilamiento, un gatillo fácil, hay incluso testigos falsos que han declarado ante la fiscalía que dijeron que Gusmán fue muerto por un tiro a "quemarropa" cuando las pruebas recabadas, no por la policía sino por gendarmería, dicen lo contrario.

Agregó que los fallos atacados no tienen en cuenta el contexto conflictivo reinante en el Barrio Capibá. El Fiscal Badano esquivó balas cuando fueron con la policía después del hecho. No es un lugar donde podamos analizar en abstracto la posición, era un caos conflictivo de balaceras y donde el 911 registra llamadas de víctimas que dicen que Gusmán disparaba. Ellos concurren para frenar el conflicto, para hacer valer la justicia ante delitos en curso, y esto no se tiene en cuenta.

Señaló que el obrar de Gusmán en todo momento fue ilícito, no sólo se trató de una portación, sino que disparó contra personas; y esta actividad ilícita continuó aún con la llegada de la policía. Aclaró que la persona no tiene el deber de colaborar y autoincriminarse, pero sí de cesar la ilicitud y cesar la ilicitud implicaba tirar el arma, aunque no se entregue. Gusmán, no sólo no tiró el arma sino que siguió disparando contra los funcionarios policiales, en ese contexto es que se produce el deceso. Así señaló, que los cursos hipotéticos posibles son importantes para establecer no sólo la prueba sino los criterios normativos de imputación. Si Gusmán no hubiera fallecido, estaríamos hablando de

una resistencia a la autoridad, porque nunca cesó su accionar ilícito.

Destacó que esta decisión es provisoria y que con las pruebas que hay en este momento no es posible llevar a juicio una acusación seria con posibilidad de condena. La Fiscalía realizó una intensa investigación, hay una cantidad enorme de pruebas que están a disposición en el legajo, y en el que participó la Querella, y de ello surge que no se trata de un crimen de violencia estatal.

El Poder Judicial de Entre Ríos, en una cantidad enorme de causas, entre las que se encuentran Colman, Milessi y Gorosito, demostró que no es permisivo con el poder estatal y los delitos de funcionarios públicos.

Volvió a señalar que esta situación provisoria podría cambiar si hubiera prueba fehaciente de que los hechos ocurrieron como dicen los Querellantes, y en ese caso se llevará la causa a juicio.

Por todo ello, mantuvo el recurso Fiscal, entendió que la resolución es arbitraria y que debe ser anulada. Hizo reserva de gravedad institucional dado que esta cuestión hace a la función constitucional del Ministerio Público Fiscal.

III.b).- A su turno, el Dr. Miguel Angel CULLEN adhirió a los dichos del Procurador, y aclaró que se trata de un hecho desgraciado, y aquí no se interesa minimizar el dolor de las víctimas ni de la Querella que los representa.

Ratificó el recurso interpuesto y señaló que lo que tiene que discutirse es si el Estado puede prescindir de la titularidad de la acción penal cuando la Fiscalía no dice que no va a seguir investigando. La Fiscalía no puede seguir adelante pero está abierta a recibir elementos probatorios. Aclaró, que en su momento la Defensa tratará de poner un límite y exigirá una definición, pero la Fiscalía no está diciendo: "me voy, no me interesa la causa".

El archivo es provisorio, fue en vista al Procurador que ratificó su carácter provisorio y la Querella tiene todas las facultades que regula el código de arrimar todas las probanzas y tesis que considere necesarias y demostrar que existe una vertiente de investigación que podría confirmar su teoría. Pero hoy lo que existe, después de meses de investigación abierta a las partes, da como resultado que la Fiscalía entiende que con estos elementos no alcanza para pasar al otro estadio. Esto constituye un deber de la Fiscalía, no es antojadizo. Se llevó adelante una investigación racional, se esperaron las pericias, se tomaron testimoniales y todo acredita la racionalidad del archivo.

Destacó que ésta es la discusión: si en un Estado de Derecho, que dió preponderancia a la víctima, el Ministerio Público Fiscal ha perdido el monopolio del poder. El Estado tiene el patrimonio exclusivo del poder público el cual no perdió ni quiere renunciar. El CPP establece que cuando el Estado renuncia, desiste del ejercicio de la acción penal, puede constituirse el Querellante Particular y continuar la investigación. Pero el Estado debe haber desistido, eso es indisponible, y haber desistido por decisión propia por entender que no existen más elementos y que, con lo que se tiene, no alcanza para llevar a juicio. Eso no fue lo que ocurrió aquí, donde en dos oportunidades se aclaró que se trataba de una decisión provisoria.

La víctima, por su parte, está constituida como Querellante, tiene todos los elementos, las fuerzas a disposición, para traer las pruebas que aporten a la tesis que sostiene. Falta el requisito para constituirse como Querellante Autónomo, ya que de la interpretación armónica de los arts. 400 y 210, surge claro que el presupuesto de la constitución como Querellante Autónomo es el desistimiento de la acción por parte del

Ministerio Público Fiscal.

Señaló que no puede convalidarse un fallo que remite a épocas donde se permitía la conversión de la acción penal en una persecución privada, porque implica apartarse del Estado de derecho. La víctima tiene derecho a participar pero sólo puede tener carácter de autónomo en los casos que el Estado desista expresamente de la continuación y cierre definitivamente el proceso; sino no está habilitada la vía para el ejercicio de la querrela autónoma.

Concluyó que no puede permitirse que impere la venganza, y mantenernos fuera del Estado de Derecho que tiene y debe tener el monopolio de la fuerza pública. Por todo ello consideró que debe revocarse el fallo, mantenerse el archivo provisorio y la Querrela tendrá como carga incorporar o pedir las investigación necesaria para salir de este estado de provisionalidad. Después la Defensa pedirá que cierre definitivamente el proceso y ahí la Querrela podrá ser autónoma, pero esa es otra discusión.

III.c).- El Dr. José IPARRAGUIRRE, en representación de la Querrela Particular, señaló que no parten de una falsa premisa sino del análisis de la prueba que le plantearon a los Fiscales cuando les solicitaron que se le tome declaración de imputado a Molina y a Ibaló.

Señaló, que tanto en la sentencia de la Jueza de Garantías como la del Vocal de Apelación, cumplen acabadamente con el art. 210 y no hay ningún obstáculo legal para que no sea admitida y permitida la conversión de la acción pública en privada.

La Dra. Zilli analizó pormenorizadamente la norma y explícito el porqué de la procedencia de la conversión, e igual lo hizo el Dr. Chemez. La Jueza de Garantías dijo que el art. 210 del CPP no efectúa disquisición alguna entre causales o hipótesis de archivo y el Dr. Chemez lo ratificó. Este es el quid de la cuestión.

Señaló que se trata de un análisis que parte de una premisa errada que hace la Procuración y la Defensa, dado que en ningún párrafo de los arts. 210 ni 400 se hace referencia a la necesidad de un archivo definitivo para poder convertir la acción pública en privada. Y agregó que el Código Procesal de la provincia de Entre Ríos, a diferencia de otros códigos que circunscriben los casos y supuestos en que se puede avanzar, no hace esta diferenciación.

Expresó que las resoluciones cuestionadas señalan acertadamente que el planteo que hacen Defensa y Fiscalía consistente en que el archivo no es definitivo porque la Fiscalía puede reabrir la causa, no puede prosperar porque conlleva el riesgo de extinción de la acción penal por prescripción y la Querrela quedaría limitada en su accionar a la decisión del Ministerio Público Fiscal de reabrir o no la investigación, lo cual tornaría en letra muerta el derecho que otorga la ley a la víctima para avanzar.

La Jueza de Garantías tuvo en cuenta también que, en el caso concreto, resulta difícil suponer que eventualmente puedan aparecer nuevos elementos probatorios que permitieran al Ministerio Público Fiscal reabrir la investigación. Y al respecto agregó el Dr. Iparraguirre que ello resulta evidente no solo porque estamos cerca de cumplir los tres años de acaecido el hecho, sino porque ha quedado absolutamente claro que el Ministerio Público Fiscal tiene una posición tomada con respecto a lo que ocurrió el 25/09/2018 cuando perdió la vida Gusmán.

El Dr. Chemez dijo que la Fiscalía recurre al eufemismo de archivo provisorio con el

propósito de mantener vedado a la Querrela la conversión de la acción pública en privada a la espera de nuevos elementos de prueba; y que ello ha quedado demostrado ya que las razones de hecho y derecho que arguye el recurrente ponen de manifiesto que el acusador público decidió dar por concluida su investigación. Agregó que esta actitud que tiene la acusación pública, surge también de la propia resolución de archivo que manda a decomisar los efectos secuestrados. Ello habla de cuál era la voluntad de la acusación pública, la voluntad de cerrar la IPP tal como lo manifestó la Dra. Zilli.

El cuarto elemento que analiza la Dra. Zilli es que estas características por las que se dispuso el archivo guardan similitud con el inc. 5 del art. 397 del CPP que dispone las causales para solicitar el sobreseimiento por parte de la Fiscalía; el cual no pudieron solicitar porque hicieron caso omiso de los pedidos de declaración de imputado que había hecho la Querrela.

La Jueza de Garantías hace dos resoluciones y en la primera le requiere al Ministerio Público Fiscal que exprese si va a plantear la reapertura de la causa o mantendrá el archivo dispuesto.

Según el Dr. Iparraguirre, y en virtud de esta similitud con el 397, interpretan que lo que la Magistrada le pedía al Procurador era que dijera cuáles eran razonablemente las posibilidades de incorporar nuevos elementos de prueba, que permitieran que luego de ese archivo provisorio se produjera nueva prueba para analizar si corresponde o no avanzar en el proceso. Pero nada dijo el Procurador al respecto.

Agregó que la Jueza de Garantías también hizo hincapié en que el art. 73 del CP no distingue tipo de delitos; y fundamentalmente en que si bien el archivo dispuesto no es definitivo, sí lo es para la Querrela; porque si esa parte no solicitaba la conversión de la acción en el plazo de cinco días que establece el CPP perdían la posibilidad de hacerlo, viéndose claramente afectado el derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva afectado.

Por último, señaló que el art. 400 también reconoce al Querellante la posibilidad de oponerse al sobreseimiento, y que ello es concordante con el último párrafo del 210, que no hace distinción ni disquisición respecto a qué tipos de archivo hace referencia. Ninguno de los dos artículos distingue entre archivo provisorio y definitivo, por lo cual tanto Fiscalía como Defensa parten de una premisa falsa sobre la que luego construyen su lógica de oposición.

Con la palabra, la Dra. Lucía TEJERA señaló que el Procurador dijo que uno de los supuestos en los que se puede resolver la conversión es cuando hay una resolución materialmente definitiva aunque el archivo sea provisorio. Y que justamente considera que la resolución del archivo en esta causa es equiparable a definitiva.

Refirió que la Fiscalía habla de cumplimiento del deber, de legítima defensa, de cumplimiento de funciones, de delito flagrante, de deber de los funcionarios que tiene la obligación de actuar, que no podían adoptar otra actitud y que estaban siendo víctimas de un delito que estaba realizando Gusmán. Todo lo cual reviste un intento de responsabilizar a la víctima y olvida la grave afectación a los derechos humanos.

Señaló que dos veces pidieron la declaración del imputado y ni siquiera les contestaron; se pregunta quienes más que ellos quieren que la Fiscalía persiga e investigue estas causas y así lo demostraron. Agregó que, como dijo la Dra. Zilli, el riesgo en que los pone la Fiscalía es en el de la prescripción o caducidad con ese archivo provisorio, y se

pregunta con qué expectativa ellos van a esperar que la Fiscalía tome algunas de las pruebas cuando todos los testimonios incorporados por la Querrela no fueron ni siquiera merituados en la resolución del archivo. Allí, dividieron los testigos en grupos, los categorizaron para darles mayor o menor credibilidad, e hicieron diferencia respecto a si eran de Gusmán o de la contraparte, ó si tenían relación afectiva o no con Gusmán, para restarle crédito pese a que éstos eran los que estaban ubicados en los lugares más cercanos.

Agregó que hay dos grupos grandes de testigos que dicen que Gusmán disparó entre siete y ocho veces al móvil policial; y sobre esto señala, que la Querrela reconoce un conflicto previo entre dos grupos. No obstante, la secuencia de los disparos no está clara, la cantidad de disparos por parte de la víctima no está clara, porque se encontraron tres vainas servidas.

En las pericias, como bien dice la Fiscalía, se habla de orificio entrada y salida y en el Informe de Moyano se dice que Gusmán estaba de espaldas; y difícilmente este haya podido disparar encontrándose de espaldas a la policía en el momento exacto en el que proyectil le ingresó por la nuca. Se pregunta qué vidas corrían riesgos, si la de los policías o la de los vecinos.

Agregó que la Fiscalía no hizo una investigación exhaustiva porque no despejó estas cuestiones, se paró en una conclusión anticipada y toda la resolución que dispone el archivo es anticipada.

Se pregunta por qué la policía, si creyó que estaba en riesgo su vida, disparó sobre una zona vital. Se trata de funcionarios preparados para esto, hay una actuación reglada, instrucciones precisas, no actúa espontáneamente el personal policial al momento de recurrir a la fuerza. Lo que se preguntan es si esa fuerza se usó o no racionalmente, porque el uso racional de la fuerza es el control que los representantes de la Fiscalía tienen que tener sobre los funcionarios policiales.

Agregó que la policía de Entre Ríos tuvo acceso al legajo de investigación fiscal contrariando todos los protocolos de derechos humanos, incluso sugirió pruebas para culpabilizar a la víctima; y que si bien se dio intervención a fuerzas nacionales para realizar las pericias, el levantamiento inicial de las pruebas lo hizo la propia policía de la provincia, las ropas fueron entregadas dos días después del hecho y estaban limpias según la pericia de gendarmería nacional. Todas estas irregularidades, hablan de la falta de exhaustividad en la investigación.

Concluyó refiriendo que mientras la familia de Gusmán peregrinaba entre la Fiscalía y la morgue, los policías Ibaló y Molina eran recibidos por el jefe de la policía de la provincia y acompañados por una caravana de más de veinte patrulleros. Solicitan que los mecanismos judiciales contra la violencia institucional se robustezcan y que se garantice el control de la actividad policial.

IV.- Luego de haber revisado detenidamente los agravios planteados por las partes recurrentes, de haber oído sus alegaciones y las respuestas brindadas por la parte Querellante, y de haberlos confrontado con la resolución impugnada, entiendo que no debe hacerse lugar a los recursos.

IV.a.- Cabe señalar, que de acuerdo al limitado margen de conocimiento de este recurso de casación, sólo es posible revisar lo referido al alcance de lo dispuesto en el art. 210 del CPP, es decir, si de acuerdo a la regulación legal vigente, es posible convertir la acción

pública en privada cuando la Fiscalía ordena el archivo de las actuaciones.

El resto de las cuestiones que se han debatido en la audiencia -como ser: si se trató de un caso de gatillo fácil, ó si por el contrario, los funcionarios actuaron dentro del marco de legalidad- no pueden tener cabida, puesto que para ello sería necesario conocer y ponderar las evidencias colectadas, labor que, además de resultar fácticamente imposible porque no conocemos la prueba, de acuerdo a la etapa procesal en la que nos encontramos son ajenas a este recurso de casación.

IV.b.- Debe controlarse entonces, si desde una perspectiva constitucional, el carácter provisorio del archivo veda la posibilidad de convertir la acción pública en privada, y si en tal caso tal conversión implicaría la privatización de la persecución penal.

Para realizar esta labor de revisión, en primer lugar debe tenerse en cuenta que la víctima tiene un reconocimiento expreso en el art. 73 del C.P., en nuestra Constitución Provincial -art. 65-, y que según lo establece el art. 2 del C.P.P., los tribunales y demás autoridades que intervengan en el proceso deben cumplir los deberes que les imponen la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en nuestro país. Y que tanto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 14.1-, como la Convención Americana de Derechos Humanos -art. 8.1 y 25- reconocen que la víctima goza del derecho de "acceso a la justicia" y a la "tutela judicial efectiva".

Como una primera conclusión, puede adelantarse que conforme surge del marco legal convencional, el proceso penal le confiere a la víctima un rol protagónico y le reconoce una amplia participación en todas las etapas del proceso.

En ese orden debe destacarse, que en el año 2015 se reformó el art. 73 del C.P., y allí se estableció que también son acciones privadas las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales de cada provincia, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima.

Y en efecto, en nuestra provincia, se reconoce el derecho a convertir la acción penal pública en privada en los supuestos contemplados en el art. 210, es decir ante la "desestimación y archivo", y en el art. 400, que establece que la Querella podrá oponerse al sobreseimiento o al archivo de las actuaciones desde la apertura de la causa, solicitando la continuación de la investigación en soledad o formulando directamente la acusación.

Debe tenerse en cuenta que la posibilidad de la víctima de actuar en solitario -conf. el 210- se habilita, solamente, después de activar el mecanismo de intercontrol dentro del Ministerio Público para que un superior controle el trabajo del inferior cuando se dicta un desistimiento o archivo.

Pero tal posibilidad en modo alguno implica que el Querellante reemplace o subrogue al Ministerio Público Fiscal, porque de ningún modo se trasladan a la Querella las atribuciones coercitivas y ejecutivas propias de dicho Ministerio -como disponer medidas urgentes, dirigir a la policía en la investigación, o clausurar locales, por citar sólo algunos ejemplos-.

Además, la conversión de la acción pública en privada, no convierte al Querellante en un acusador que deba actuar con objetividad en defensa de la legalidad, como sí debe hacerlo el Ministerio Público Fiscal.

La actuación de la Querella -aunque regida por el deber que le incumbe a las partes de actuar con lealtad, probidad y buena fe evitando incurrir en conductas que importen un abuso del derecho procesal- sigue siendo en defensa de su propio interés.

En consecuencia, en este tipo de procesos el órgano predispuesto por el Estado para velar por el cumplimiento de la ley y la justicia estará ausente. Circunstancia ésta que, sin duda, implica una debilidad de este tipo de procesos y que, en todo caso, deberá ser especialmente atendida por los jueces que intervengan en sus distintas etapas.

Por lo demás entiendo, que la constitución del Querellante Autónomo no impide que la Fiscalía disponga la reapertura de la investigación si es que la situación, por la que ordenó el archivo, varía. La conversión de la acción no configura una orden para que la Fiscalía actúe de un modo u otro, porque el Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente. Tal es así que, si antes de la realización del juicio, la Fiscalía decidiera la reapertura de la investigación, ambas partes acusadoras -Querella y Fiscalía- deberían volver a coexistir en un mismo proceso (de lo contrario se incurriría una afectación al principio del non bis in idem). Por lo menos hasta que se realice el juicio, no se ve ningún impedimento para que ello ocurra.

Por estos motivos entiendo que, la decisión de la Sra. Jueza de Garantías confirmada por el Sr. Vocal, se apoya en la legislación vigente -C.P. y C.P.P.- sin que se advierta ninguna contradicción con la normativa convencional, ni ningún quiebre constitucional en tanto, el Ministerio Público Fiscal sigue siendo la personificación de la potestad requirente estatal.

IV.c. Los recurrentes, también sostienen que el archivo que se dictó en estas actuaciones, por su carácter provisorio, no es una de las causales que autorizan a convertir la acción pública en privada.

Sin embargo la redacción del art. 210 es clara, en su articulado se prevén tres situaciones distintas: 1. desestimación, 2. archivo, 3. aplicación de un principio de oportunidad. Tanto el desestimiento de la investigación como el archivo, implican el cierre del proceso. En el primer caso el cierre es definitivo, mientras que en el segundo, el cierre es provisorio, en tanto: "si no se ha podido individualizar al autor o partícipe del hecho, resulta manifiesta la ausencia de elementos, o no se puede proceder, el Fiscal podrá disponer el archivo del legajo, que no obsta la reapertura de la investigación si esta situación varía."

Es decir, al disponerse el archivo, la investigación, si bien de manera provisorio, se cierra. Por ello, también le asiste razón al Vocal cuando sostiene que impedirle a la víctima que haga uso de su derecho a convertir la acción pública en privada, ante una resolución de archivo como la que en estas actuaciones se dispuso, implicaría colocarla en una situación de incertidumbre y desventaja.

En efecto -mientras la investigación permanezca cerrada y hasta tanto se ordenase su reapertura- la Querella, por el mero transcurso del tiempo, correría el riesgo de que se extinga la acción penal, o que se le dificulte la obtención de nuevas evidencias; e inclusive a perder para siempre la posibilidad de requerir la conversión de la acción, de conformidad al plazo estricto que establece el art. 210.

De modo tal que la resolución de archivo en este caso si bien podría resultar provisorio para la Fiscalía, resultaría definitiva para la Querella.

Cabe recordar que la CSJN, en reiteradas oportunidades ha dicho: "Ello, en principio, porque para determinar la validez de una interpretación debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos:304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este

propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802) cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484).

Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal." (cfr: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires/acosta-alejandro-esteban-infraccion-art-14-1-parrafo-ley-23737-causa-28-05-fa08000030-2008-04-23/123456789-030-0008-0ots-eupmocsollaf>).

IV.d.- Por último, no puede obviarse que la jurisprudencia de la C.S. viene acompañando este resurgimiento de la víctima, así en el fallo "Santillan" de 1998, aceptó la acusación solitaria de la querrela durante el debate, para validar una eventual sentencia condenatoria; y recientemente en el fallo "Weyenbergh" de 2019, advirtió que los jueces están obligados a encontrar una solución oportuna a la víctima, otorgándole la posibilidad de intervenir en el procedimiento iniciado por ella, ser escuchada ante una eventual decisión de clausura y conocer e impugnar la resolución de sobreseimiento.

Por todo ello, entiendo que los recursos deben rechazarse.

No se regulan los honorarios profesionales por no haber sido solicitados expresamente - art. 97 Ley N°7046- y costas de oficio.

Así voto.

A la misma cuestión propuesta, el Dr. Hugo PEROTTI dijo:

I.- Acerca de los antecedentes de la causa, en el primer voto se reseña clara y suficientemente el marco fáctico sobre el cual hemos de brindar nuestras opiniones, adhiriendo en tal sentido al Pto. IV del voto que me precede.-

Asimismo, y del tenor de lo deliberado oportunamente, expreso que concuerdo inicialmente en que deben rechazarse los dos recursos de casación planteados en el subjúdice, coincidiendo igualmente en que el limitado marco de conocimiento que se desprende de las impugnaciones deducidas, nos impide ingresar al análisis de esos temas que bien ejemplifica la Dra. DAVITE. Al mismo tiempo, comparto la idea que sólo nos corresponde controlar todo aquéllo referido al alcance del Art. 210 del CPP, como coincido también con la cita de la normativa aplicable al caso in examine.-

Mi voto sólo será complementario, sumando ideas y conceptos alrededor del eje central sobre el cual gira la actual discusión: el nuevo rol protagónico que debe asignársele a la víctima quien, SIN reemplazar ni subrogar al Ministerio Público Fiscal en su función de Actor Penal Público, puede legítimamente "convertir" la acción penal y erigirse él mismo, autónomamente, como acusador tal como lo prevén los Arts. 210 y su correspondiente correlato en el Art. 400 C.P.P., CUYA CONSTITUCIONALIDAD NO HAN DESAFIADO LOS RECURRENTES.-

II.- Reiterando mi adhesión al voto precedente, agregaré lo siguiente: Se trata aquí, entiendo, no sólo de interpretar el alcance del Art. 210 última parte, y si el "archivo" dispuesto por la Fiscalía es "definitivo" o solo "provisorio" donde puede observarse una

aparente "antinomía" que, en rigor de verdad, torna válida la apreciación del Dr. CHEMEZ cuando expresó que se trata de un "eufemismo" de la Fiscalía.-

De lo que se trata, en realidad, es de respondernos al interrogante acerca de si resulta viable continuar con el proceso penal (hacia la etapa del Debate oral y público) sólo con la sola acusación efectuada por la querrela al momento de celebrarse la Audiencia de remisión de la causa a Juicio. O preguntarnos, con otras palabras, si en los delitos de acción pública el querellante particular se encuentra habilitado para proseguir la pretensión punitiva a pesar de la declinatoria Fiscal. Y más aún; cuestionarnos si puede haber juicio penal sólo con la Querrela.

Me adelanto en responder con énfasis: SÍ, TODO ELLO ES CONSTITUCIONALMENTE POSIBLE. Al menos ésa es mi plena convicción, y para fundar dicha respuesta, haré un breve recorrido de algunos fallos en este tema (de la C.S.J.N. y de la Cámara Nacional de Casación Penal) que, sin duda alguna, trazan un panorama constitucional y legal muy distinto al "esquema" propuesto por los recurrentes para defender el monopolio del MPF en el ejercicio de la acción penal pública.-

Así, creo que resulta imprescindible tener presente la clara apertura -en el aspecto aquí tratado- brindada por el más Alto Tribunal en la causa: "SANTILLÁN" (Fallos 321:2021), a la que le siguió "QUIROGA" (23/12/2004) y luego "OTTO WALD" (Fallos 268:266).-

En el caso de la Cámara de Casación Federal, son dignos de tener en cuenta los Fallos expedidos en las causas "ASCOLESE" (30/Dic/2003) y en "SZWARCER" (04/03/2004), y más tarde en el resonado caso "STORCHI" (08/03/2004), cuya tesis fue confirmada poco después en los fallos "LINARES" (06/06/2005), en "SOTOMAYOR" (30/11/2004) y en "LIH YUH LIN" (21/09/2005).-

En el primero de los Fallos recién nombrados, se sostuvo que: "Si el Máximo Tribunal pretorianamente ha investido al acusador privado de la autonomía necesaria para impulsar el proceso hacia el dictado de una sentencia condenatoria, dicha circunstancia lo autoriza también para habilitar la vía recursiva en relación a la resolución judicial que desestima las actuaciones por inexistencia de delito, legitimándolo para actuar de esa forma en solitario, desde el comienzo de una causa penal, por delito de acción pública, sin que sea necesario que intervenga el Ministerio Público Fiscal... Aunque el Ministerio Público Fiscal sea, indiscutiblemente, un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, ello NO lo transforma en depositario excluyente del ejercicio de la acción pública en nuestro sistema judicial... La querrela tiene el derecho de impulsar las actuaciones, pese a la desestimación por inexistencia de delitos propuesta por el Fiscal, con o sin el aval del Fiscal General" (la negrita me pertenece).-

En idéntico sentido, en "STORCHI" se estableció la posibilidad de continuar la tramitación de un proceso penal SIN la presencia del Ministerio Público Fiscal (voto del Dr. BRUZZONE, a quien adhirió el Dr. ELBERT). Dijo el Juez BRUZZONE en su voto: "De las distintas interpretaciones posibles que el articulado procesal nos propone, se debe estar por aquélla que le permita al particular querellante (a la víctima) tener la factibilidad de ejercitar el derecho de formular acusación en juicio penal y a obtener un pronunciamiento acorde a su pretensión"... "No se puede privar de jurisdicción al Tribunal para formular un juicio de culpabilidad o inocencia con apoyo en la pretensión punitiva del querellante particular. Debe hacerse extensivo el efecto que surge de "SANTILLAN" también al momento en que, al

comienzo del asunto, el Ministerio Público Fiscal considera que no se debe impulsar la acción" ... "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 querrela, en forma autónoma, impulsar los procedimientos al comienzo de asunto y, al finalizar la instrucción, obtener su elevación a juicio, con las limitaciones correspondientes".-

Culmina su voto diciendo: "No resta más que concluir que si el Máximo Tribunal ha investido al acusador privado de la autonomía necesaria para impulsar el proceso hasta el dictado de una sentencia condenatoria, dicha circunstancia lo habilitaría también para requerir la elevación a juicio de las actuaciones, en disconformidad con el representante del M.P.F., legitimándolo para actuar de esa forma en solitario, desde el comienzo de una causa penal o en la etapa del juicio, SIN que sea necesaria la intervención del Ministerio Público Fiscal".-

En síntesis, en todos los fallos citados se habilitó la elevación a juicio de la causa por haber existido un requerimiento de elevación válido formulado por la querrela en la oportunidad procesal pertinente, con lo cual se estableció, sin margen de dudas, que el proceso penal podía llegar al debate oral y público ante el solo impulso del acusador privado.-

Computo también, en igual sentido, el Fallo "DEMIRYI" del Tribunal Oral N° 18 de fines de Octubre de 2.005.-

En Doctrina, Fernando CASTEX sostiene que resulta viable la posibilidad de que la víctima, aunque sea en soledad, pueda instar la acción hasta la finalización del juicio oral y público (en "Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia", Ed. Del Puerto, Bs. As, 2006, p. 29).-

En su obra "La Querrela", los autores NAVARRO y DARAY han señalado que "No caben dudas que la requisitoria del querellante habilita al órgano jurisdiccional a elevar la causa a juicio, aún contra la primigenia opinión del Fiscal ..." (Ed. DIN, Bs.As, p.190).-

Dejo para más adelante, dada la especificidad con la cual abordan este tema, las autorizadas opiniones de Marcelo SOLIMINE y de José CAFFERATA NORES.- Creo que una buena síntesis de todo lo expresado, indica que los Arts. 210 y 400 del C.P.P. terminan receptando -como normativa vigente y aplicable en la Provincia de Entre Ríos- que ante la decisión del Ministerio Público Fiscal de archivar una causa -confirmada por el Fiscal superior- la víctima (previamente constituida en parte Querellante) se encuentra habilitada para convertir la acción pública en privada y continuar con la acusación en forma autónoma. En otras palabras, es perfectamente admisible la celebración de un juicio oral, con la sola presencia del querellante particular.- III.- No obstante todo lo que he expresado "ut supra", estoy convencido de que la raíz del problema aquí suscitado estriba en el dilema de aceptar como válida la afirmación que el Ministerio Público Fiscal conserve, en la actualidad, el monopolio de la acción penal pública, y su ejercicio exclusivo, o -cambio de paradigma mediante- asumir que nuevos vientos (impulsados por la normativa convencional, la doctrina más avanzada y la actual jurisprudencia de la Corte Suprema) indican que tal prerrogativa hoy ya no es exclusiva del M.P.F.-

El nuevo paradigma ve y acepta a la víctima como un involucrado real en el conflicto en el que se vio inmerso, y como una PARTE del proceso penal incoado con motivo del suceso que sufriera, recuperando el papel que se le "expropiara" muchos siglos atrás.-

Nos explica Michel FOUCAULT que en la segunda mitad del Siglo XII se produce una serie de cambios que desplazarían a la víctima (en "La verdad y las formas jurídicas", Octaedro Editores, México/2003, pág. 55).-

Desde ese momento histórico, se produjo la expropiación del conflicto y, con el desplazamiento de la víctima, se garantiza el monopolio de la persecución penal (conf. BINDER, "Introducción al Derecho Procesal Penal, Ed. Ad Hoc, p. 213). Este habría sido el punto de partida para que el Estado ocupe su lugar, desapareciendo la noción de daño y la de ofendido, perdiendo de esta manera la víctima todas sus facultades de intervención en el procedimiento penal (BOVINO, en "Problemas del derecho procesal contemporáneo", Editores Del Puerto, pág. 91).-

A partir del movimiento reformador de la Ilustración, la víctima comienza a tener -lentamente- un mayor grado de participación en el procedimiento. Como reacción a este ejercicio monopólico por parte del Estado, aparece la figura de la querrela en los delitos de acción pública. Este -sumada a la posibilidad de intervenir la víctima en los delitos de acción privada- fueron los mecanismos tradicionales que posibilitó la participación de la víctima en el proceso penal (dejando de lado la anacrónica figura del Actor Civil). Desde ese entonces, la constitución en parte querellante es el medio que ha tenido la víctima para intervenir en el proceso en forma activa.-

Entre paréntesis, aclaremos que el concepto de "víctima" se ha ido ampliando paulatinamente, por lo que la "víctima" es hoy "todo aquel que individual o colectivamente ha sufrido daños, lesiones, pérdida financiera o cualquier menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente" (ver NEUMAN, Elías, "Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales", Edit. Universidad, pág. 27, y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución N° 40/34 del 29 de Noviembre de 1985).-

Explica MAIER que la definición de víctima se ha ampliado considerablemente respecto de la tradicional, y de la mano de esta ampliación del concepto de víctima, también se han ampliado los supuestos que permiten incorporar al querellante al proceso. En un Fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, el Dr. HORNOS expresó que "...toda limitación a la posibilidad de constituirse en parte querellante,, podría significar una restricción a los derechos de la víctima..." (en A., M.A. S/ Recurso de Casación, del 13/12/2018).-

Vale recordar lo que nos enseña BINDER en cuanto al ejercicio de la acción penal. "Es un problema central dentro de los sistemas normativos. Es sin dudas un punto de conexión entre la formulación de los sistemas normativos y efectiva vigencia, y nos señala que tipo de poder tiene el individuo para lograr que esos sistemas normativos sean vigentes. Es la llave maestra del status normativo del ciudadano" (en su obra: "Introducción al Derecho Procesal Penal, pág. 210).-

IV.- Había dejado para el final la erudita opinión de Marcelo SOLIMINE y de CAFFERATA NORES, pues dichos autores hacen hincapié en la normativa internacional y convencional para robustecer sus ideas acerca del protagonismo de la víctima en el proceso penal y la necesidad de otorgarle efectiva participación en él.-

Ambos doctrinarios consideran que la facultad de querellar encuentra amparo

constitucional merced a lo dispuesto en los Arts. 8.1 y 25.1 de la CADH (entre otras disposiciones) sumado a la reiterada opinión de la CIDH (verbigratia, los Informes 28/92, 29/92 y 34/96, entre otros), siendo válido destacar que la Corte IDH -refiriéndose al derecho de la víctima a obtener protección legal- ha señalado que "Este derecho comprende no sólo el acceso del ofendido a los procesos penales en condición de querellante, sino el derecho a obtener un pronunciamiento definitivo mediante mecanismos efectivos de justicia" (en el caso "BAYARRI vs. Argentina", sentencia del 30/Octubre/2008).-

Esta interpretación, en definitiva, se encuentra en consonancia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con las pautas fijadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 28/92 sobre la República Argentina, cuando sostuvo que: "en buena parte de los sistemas penales de América Latina existe el derecho de la víctima o su representante a querellar en el juicio penal. En consecuencia, el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito,, en los sistemas que lo autorizan -como el argentino- deviene un derecho fundamental del ciudadano" (Informe Anual 1992/1993).-

De allí que -enseña CAFFERATA NORES, en "Proceso Penal y Derechos Humanos", BJA/CELS- haciendo jugar los principios de progresividad, irreversibilidad e interacción entre derecho interno e internacional de los derechos humanos, y sobre la base de la fuerza asignada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los pronunciamientos de la Comisión (en "GIROLDI" y "GRAMAJO", Fallos 318:314 y 319:1840 respectivamente), el derecho de la víctima a la jurisdicción sea un nuevo derecho fundamental del ciudadano.-

V.- Como epílogo final, es mi completa convicción que resulta efectivamente viable continuar con el proceso penal (hacia la etapa del Debate oral y público) con la sola acusación efectuada por la querrela al momento de celebrarse la Audiencia de remisión de la causa a Juicio.- O, en otras palabras, que en los delitos de acción pública el querellante particular se encuentra habilitado para proseguir la pretensión punitiva a pesar de la declinatoria Fiscal.-

Me inclino por reconocer al querellante como sujeto procesal legitimado para ejercer con autonomía su pretensión punitiva, aún tratándose de delitos de acción penal pública. La razón es simple, si tal potestad opera como manifestación de un derecho humano, sería ilegítimo subordinarla a los designios de un órgano estatal como lo es el M.P.F. (ver Bidart Campos, "Los roles del Ministerio Público y de la víctima querellante en la acusación penal", en La Ley 1998, E-432).-

Entiendo que esta es la interpretación que predomina en nuestra jurisprudencia merced al criterio asumido por la CSJN en los precedentes "SANTILLAN" (13/8/98) y "QUIROGA" (23/12/04), así como el dado en "AMODIO" (12/06/0/2007) y el delineado por la CN Casación Penal en el fallo plenario "ZICHY THYSSEN" (23/06/2006).-

Y si algún resquemor queda de tipo axiológico, no está demás destacar que -en el plano jusfilosófico- esta postura cuenta con el aval del teórico garantista Luigi FERRAJOLI ("Derecho y Razón" - Teoría del garantismo penal", Edit. Trotta, pág. 790).- Así voto.-

A su turno, la Dra. María del Luján GIORGIO expresó que comparte lo resuelto en los votos anteriores, por análogas consideraciones.-

A mérito de lo expuesto, y por Acuerdo de todos sus integrantes, la Sala I de la Cámara de Casación de Paraná resolvió dictar la siguiente

SENTENCIA:

I.- NO HACER LUGAR a los Recursos de Casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y por la Defensa contra la resolución dictada por el Vocal Unipersonal de Juicio y Apelaciones N°9, Dr. José María CHEMEZ, de fecha 28 de mayo de 2021, la que en consecuencia SE CONFIRMA.

II.- DECLARAR las costas de oficio -art. 584 y ccs. CPPER-, y no regular los honorarios profesionales por no haber sido solicitados expresamente - art. 97 Ley N°7046-.

III.- Protocolícese, notifíquese, regístrese y en estado, bajen.-

Marcela DAVITE Hugo PEROTTI María del Luján GIORGIO

CONSTE: Que la SENTENCIA recaída en las presentes actuaciones, incorporada al lex y pasada a estado procesal, fue dictada por los integrantes del tribunal -Dres. Marcela Davite, María del Luján Giorgio y Hugo Perotti-, ANTE MÍ QUE DOY FE. -LEY 10500 y Resolución STJER N° 28/20 del 12/04/2020, Anexo IV-.

SECRETARIA, 22 de diciembre de 2021.

Claudia A. Geist
-Secretaria-