

Publicado en y como: “Las transformaciones a la Administración de Justicia y el rol de la víctima en el proceso penal”, publicado en “elDial”, periódico jurídico por Internet: [www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar) , del 17 de junio de 2008. También publicado con variantes como “La Víctima en el Proceso Penal, modelo 2007” en la obra colectiva “Las facultades del querellante en el proceso penal (de “Santillán” a “Storchi””, compiladora Sabrina Namer, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, agosto 2008, pág. 27. Y también, con variantes como “Algo más sobre el rol de la víctima en el proceso penal”, Revista Nova Tesis, , Rosario - Buenos Aires, Año II, N° 9, Mayo-Junio 2008, pág. 52

-----

“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán’ a ‘Storchi TOC1’”.  
(Primera Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia, organizada por la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, el 12 de julio de 2007 en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Expositores: José Ignacio Cafferata Nores, Julio B.J. Maier, Edmundo Hendler, Juan Cicciaro, Julián Langevin y Javier De Luca.

## La víctima en el proceso penal, modelo 2007.

por Javier Augusto De Luca<sup>1</sup>

### 1. Alienación.

Está bastante difundido el método de aseguir una supuesta voluntad propia de la ley, en la que se habría plasmado una determinada política criminal y que todo esto operará verdaderamente sobre un mundo real<sup>2</sup>.

Se trata de discursos por los cuales el método jurídico, en vez de servir a la previsibilidad de las decisiones judiciales, genera un caudal de desconcertantes posibilidades y permite la racionalización de cualquier decisión, lo cual abre el camino a todo tipo de arbitrariedades.

Se cae en simplismos y con ello, en el ridículo, porque así resulta sencilla la tarea de desacreditación del saber jurídico a partir de discursos populistas y clientelistas. Para decirlo en breves palabras, mientras nos dedicamos a discutir si el querellante es “adhesivo”, la gente que no se dedica a esto y a la que el sistema debe servir, está harta de todos nosotros.

Existe una desconexión con la realidad que impide ver que el Poder Judicial es parte del gobierno. La jurisprudencia aparece como impermeable a los discursos jurídicos novedosos. En ella sobreviven los anteriores, ya superados, sustentados por un sinfín de prejuicios.

Entrando en este tema, basta con leer unos pocos artículos y fallos, para

---

<sup>1</sup> Fiscal General ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal; Doctor en Derecho; Profesor Adjunto de Derecho Penal y Procesal Penal, Derecho, U.B.A.

<sup>2</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Crisis y Legitimación de la Política Criminal, del Derecho Penal y Procesal Penal”. En Política y Dogmática Jurídicopenal. Advocatus - Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacinal, Córdoba, 2002.

percatarse de que muchas posiciones se basan en principios que no están escritos en ninguna norma con fuerza legal, no tienen en consideración nuevos cuerpos normativos incorporados al ordenamiento jurídico argentino y, lo que es peor, implican el desconocimiento de otras que la tienen con anterioridad al propio Código Penal, como ser las de los arts. 842, 1096 y 1097 del Código Civil, texto original, y art. 3982 bis CC incluido en 1968 por la reforma de la 17.711<sup>3</sup>.

Por ejemplo, se sostiene que acción penal pública significa que el ministerio público fiscal tiene el monopolio en el ejercicio del poder punitivo en su aspecto requirente. Pero si esto fuera un monopolio, no podría existir la figura del querellante en ningún caso. Este sujeto sería un mero dato, un testigo o una figura procesal decorativa, porque “monopolio” significa la exclusividad en el ejercicio de una actividad. La confusión proviene de que uno es el monopolio en el ejercicio del poder punitivo y otro el que pudiera darse en la función requirente.

Se dice, con razón, que el derecho procesal penal es una rama del derecho público. Pero existe un salto lógico al sostenerse que por esa razón la persecución penal siempre es pública. Si esto fuera así, no podría haber delitos de acción privada ni querellantes metiendo la cola en procedimientos públicos.

El autor del proyecto del código vigente ha dicho que es “inadmisible que el Estado se ponga al servicio del interés pecuniario o de la venganza personal, que son casi siempre los móviles que llevan al damnificado a ejercer la acción pública, los cuales se manifiestan si nos fijamos el gran número de querellantes que desisten de su acción, dando pretextos fútiles, una vez que han percibido la suma en la que se consideran perjudicados...”. Este tipo de expresiones, lanzadas a boca de jarro, no tienen en cuenta que la propia ley nacional, mandatoria para el legislador procesal que es de inferior jerarquía (art. 31 CN), dispone en el art. 1097 del Código Civil que el querellante debe desistir de la acción criminal cuando llega a un acuerdo económico reparatorio de los daños ocasionados por el delito ¿Qué pretende o se espera que haga el querellante?

Se habla mucho de la venganza, sin tener en cuenta que ella puede ejercerse con o sin el instituto del querellante, autónomo o adhesivo y que, desde un punto de vista teórico -único desde donde se puede hablar de un asunto tan personal-, es preferible darle gran autonomía a la víctima para que canalice -o “sublime”- sus deseos vindicativos a través de un proceso regular controlado por los fiscales y jueces donde,

---

<sup>3</sup> Cafferata Nores, José. El querellante en los delitos de acción pública y la Constitución Nacional. Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Año XXV, n° 44, enero-junio 1983, La Plata.

en definitiva, los que resolverán serán estos últimos. Con el monopolio estatal del ejercicio del poder punitivo se declara ilegal la justicia privada, sea la del damnificado o de terceros.

También se habla de la influencia o presión de las víctimas sobre los agentes judiciales. Pues bien, esto es inevitable en los tiempos que corren y no guarda relación directa con la consagración del querellante, sino que se produce a través de los *lobbies* en los despachos judiciales y a través de los medios de comunicación. En cualquier caso, los fiscales somos tan influenciables como los jueces.

Se lee que la incorporación del querellante tiene su razón de ser en principios superiores que inspiran una acertada organización del juicio criminal, donde 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 de los arts. 18 CN y 8.1 CADH, con cita de Fallos de la Corte. Si se predica esto, ya no podrá decirse que el querellante es adhesivo o que depende de la posición del fiscal en la causa. En efecto, ¿cómo es que se admite la presentación del requerimiento de elevación a juicio de la querrela antes del dictamen fiscal (art. 346 CPPN), el cual, si es de sobreseimiento, debería conducir a la imposibilidad de remitir la causa a juicio? Es decir, ¿para qué le permiten acusar, si después nadie le llevará el apunte? Esto no es precisamente la realización de un “principio superior”.

Se predicen procedimientos que no terminarán nunca y mediante soluciones que tampoco están en la ley. Se sostiene que si por apelación de la querrela o pretensa querrela el tribunal de alzada revoca la desestimación de la denuncia, el archivo de las actuaciones o el sobreseimiento dispuesto por el juez de grado, la solución será adjudicar a otro fiscal la prosecución de la investigación o la formulación del requerimiento. Tengamos en cuenta que se trata de una apelación, es decir, de la excitación de la actividad jurisdiccional de los jueces de cámara y no del mecanismo de consulta del ya invalidado por la Corte art. 348 CPPN (in re, “Quiroga”). Supongamos que el querellante formula requerimiento de elevación; el fiscal pide el sobreseimiento. Pregunto, ¿qué hace el juez si está de acuerdo con la querrela? ¿cuál es la decisión que el querellante habrá de apelar? No existe. Supongamos que el juez sobresee de acuerdo con el fiscal. El querellante apela. La cámara revoca ¿Cómo sigue el asunto? Los tribunales del poder judicial tiene facultades legales para apartar al fiscal en este caso.

Se hacen interpretaciones de los fallos de la Corte que los sacan de contexto. Por ejemplo, se dice que “Santillán” se refiere sólo a la etapa de juicio, lo que puede estar bien. Pero se agrega que ello es así porque la Corte implícitamente está considerando

que se puede condenar con el requerimiento fiscal de elevación a juicio, de modo que en la etapa de juicio, aunque este magistrado no produzca un alegato acusatorio, alcanzará con el de la querrela. Esto es un contrasentido, porque “Santillán” se dicta estando vigente la doctrina “Tarifeño” que predica que el requerimiento de elevación a juicio no es una acusación completa, sino que ésta debe integrarse con el alegato acusatorio. Esta doctrina cambia por un tiempo cuatro años después, en agosto de 2002 con “Marcilese” (Fallos: 325:2005) sencillamente porque el juez Fayt cambió de opinión y, con ello, cambiaron las mayorías y minorías. Desde “Mostaccio”, se volvió a “Tarifeño”. “Marcilese” no va más. Pero además, si se viene diciendo que el querellante es adhesivo, ¿cómo podría haber dicho la Corte que el Tribunal podía condenar con solo su alegato?

Se entremezclan niveles argumentales que por un momento refieren a la acción como derecho a petitionar algo y por otros alude al contenido de lo que se petitiona, lo cual merecería algunas distinciones porque una cosa es tener derecho a petitionar a las autoridades (art. 14 CN) y otra es hacerlo porque tengo un derecho subjetivo al castigo de quien me hizo un daño, derecho que, sin embargo, no podré satisfacer, ejecutar o hacer ejecutar por mí mismo, ya que el Estado se ha apropiado del poder de imponer penas.

Con la expresión “monopolio” se dicen muchas cosas y no se dice nada. Ya decía Carrara que “El principio de que la acción penal es siempre pública es de creación moderna, es una consecuencia del monopolio que ha querido dársele al Ministerio Público; este monopolio creó esa regla, y hoy quiere defenderse con ella dicho monopolio...”, lo cual calificaba de círculo vicioso<sup>4</sup>.

## 2. Poder Punitivo.

Para encarar este tema con mayor profundidad y como somos tributarios de la legislación infraconstitucional continental europea, debe recordarse que para poder expandirse y conquistar otras latitudes, Europa debió retomar el ejercicio de un poder que estaba desconcentrado desde la caída de Roma: el poder punitivo. Primer dato a tener en cuenta: ésto no siempre fue así en todo tiempo y lugar. Su característica esencial es la confiscación del conflicto a la víctima, la sustitución del puesto que en un conflicto tiene el damnificado por parte del poder público<sup>5</sup>. La víctima o persona

---

<sup>4</sup> Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Temis, Bogotá, vol. II, pág. 318 (parágrafo 861, nota 2).

<sup>5</sup> Maier, Julio B. J. “La Víctima y el Sistema Penal”, en De los Delitos y de las Víctimas, edit. Ad-Hoc, 1992.

lesionada pasa ser considerada como un dato para facilitar o habilitar la criminalización. A partir de la desvinculación de la lesión a un bien de la víctima con quien debería ser su titular, el poder público adquirió una enorme capacidad de decisión pero también de arbitrariedad: porque es libre para elegir las personas y los casos en que ejercerá el poder y la medida en que lo hará. Se creó así un formidable y verticalizado instrumento de control necesario para vigilar, disciplinar y neutralizar a toda manifestación disfuncional al poder<sup>6</sup>.

Segundo dato a tener en cuenta, derivado del primero: la confiscación del conflicto a la víctima, poco tiene que ver con la intención de evitar la venganza privada ya que esto se puede lograr mediante el monopolio del ejercicio del poder punitivo, con o sin víctima incluida.

El poder punitivo renace en Europa en los siglos XII y XIII. Hasta entonces, los conflictos se resolvían mediante distintas clases de duelos, en donde el juez era un simple árbitro que controlaba el respeto de las reglas (evitar la trampa) permitiendo así la expresión clara de la voluntad divina en el vencedor que, a partir de ese momento, era el portador de la verdad. Su condición era prueba de su razón<sup>7</sup>. En otras latitudes el esquema era similar, a lo que debía sumarse gran cantidad de acuerdos a través de los jefes de los clanes, sacerdotes, consejos de mayores, etc., como forma de resolución pacífica de los conflictos.

Pero en Europa, con el surgimiento del poder punitivo, se abandonó la lucha, se secuestró a Dios y la verdad comenzó a establecerse por interrogatorio o *inquisitio*. El sujeto de conocimiento, inquisidor, interrogador o investigador, pregunta en nombre de Dios al objeto de conocimiento y de este modo obtiene la verdad. El inquisidor deja de ser un árbitro, la virtud está de su lado, y Dios ya no decide entre dos iguales como partes (víctima y agresor), porque la víctima había sido secuestrada por el dominus o señor inquisidor. De la *disputatio*, se pasó a la *inquisitio*. Como el inquisidor obraba en nombre de Dios y en búsqueda de la verdad, nada podía oponérsele.

### 3. Teorías políticas, de la pena y bien jurídico.

Para confirmar lo expuesto, basta con sintetizar el desarrollo de la doctrina del bien jurídico. Si éste se identifica con un titular (individual o colectivo) que posee un derecho subjetivo al bien, se limita el poder de criminalización de conductas, tanto teórico como aplicado. En cambio, al “objetivizarse” el interés legítimo de la víctima, se

---

<sup>6</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. El Enemigo en el Derecho Penal. EDIAR, Buenos Aires, 2006, pàg. 30 y ss.

<sup>7</sup> Zaffaroni, El Enemigo... citado, p. 37.

la desliga de la persona titular y del real daño causado a ella, y se habilita la persecución penal pública a sectores y situaciones desconectadas de lesiones concretas. Se busca una verdad ajena a lo subjetivo de la víctima<sup>8</sup>. Y este modelo vale también para dejar de perseguir verdaderas lesiones a bienes jurídicos, porque no se le pregunta a la víctima y el que decide es el soberano *inaudita parte*. Es el modelo inquisitorial, de derecho penal autoritario.

Así, ¿por qué la víctima de injurias o calumnias puede ejercer la acción penal por querrela y no podría hacerlo la víctima de una estafa cuando el fiscal no está muy convencido de la prueba? Ambos son hechos que el legislador ha decidido considerarlos delitos y, además, el segundo es considerado más grave para los derechos de la víctima. La diferente posición del querellante no tendría explicación.

Es que el estado de policía paternalista no necesita defensa del procesado, porque el Estado se erige en víctima, acusador, defensor y juez<sup>9</sup>.

En fin, teorías sobre el fundamento y fin del castigo hay muchas y todas han sido criticadas con éxito. Sostener que el Estado tiene un derecho a castigar, *ius puniendi*, ya sea originario, sea porque lo ha adquirido o porque se lo haya apropiado, ya implica tomar posición al respecto. Aquí prefiero eludir cuestión tan complicada y manejarme con el concepto de *potestas puniendi*, que podría ser entendido como el monopolio del ejercicio del poder punitivo que, según entiendo, se deriva de la Constitución Nacional (arts. 75, inc. 12°).

#### 4. El rol de la Corte Suprema.

El título convocante de estas jornadas se refiere a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; en consecuencia, debería recordarse que el alto tribunal, cuando no actúa en jurisdicción originaria sino apelada y especialmente en la extraordinaria, no es juez de las causas sino de las cuestiones federales que en ellas se ventilan y se someten a su conocimiento mediante un recurso que fija su competencia (arts. 31, 116 y 117 CN; art. 14 ley 48). Por esa razón, la Corte trata de decir lo menos

---

<sup>8</sup> Eser, Albin (“Sobre la Exaltación del Bien Jurídico a costa de la Víctima”. En *El bien jurídico en los análisis dogmáticos y políticos criminales*. Traduc. Cancio Meliá, UNLitoral, Santa Fe, 1999), Bovino, Alberto - Wortman Jofré, Hugo (“La víctima ante el procedimiento de la CPP”, NDP, 2004 - B-p.689), Alagia, Alejandro (“De la crítica a la fe, a la fe en la autoridad. Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el disvalor de acción”. *Revista de la Universidad de Palermo*, N° 1 y 2, Buenos Aires, 1997.), Maier, Julio B.J. (“La Víctima y el Sistema Penal”, en *De los delitos y de las Víctimas*, AA.VV., Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 183); Cárdenas, Juan. “La Víctima en el Proceso Penal”, *Nueva Doctrina Penal*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, Tomo 1999/B, pág. 717.

<sup>9</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios y Realidad*. En *El Proceso Penal, Sistema Penal y Derechos Humanos*. Editado por la Secretaría de Gobernación, Ilanud y Comisión Europea, Edit. Porrúa, México DF, 2000, pág. 6.

posible sobre derecho penal o procesal penal, porque su punto de vista es el derecho federal y constitucional. A la Corte le importa bastante poco cómo se las arreglarán después con sus doctrinas los jueces inferiores, los legisladores, los autores, es decir, todos nosotros.

Además, como la Corte falla en un caso concreto, debe leerse muy bien el caso y cómo llega al Tribunal, porque de otro modo nuestra impresión puede resultar totalmente errónea.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que lo hace observando el funcionamiento del sistema desde arriba. Dentro de este contexto, las decisiones con incidencia en el proceso penal, no pueden ser contradictorias con otras, basadas, por ejemplo, en el Derecho Internacional y sus fuentes sobre el que ha declarado, integra el derecho argentino.

Bien, ¿cómo se desarrolló el asunto de la víctima en el proceso penal?

## 5. Etapas en la jurisprudencia.

5.1) Primera etapa. En ella la Corte no dio mucha cabida al querellante, salvo que estuviese involucrado un interés institucional. Son característicos de esta época: Fallos: 252:195; 253:31; 254:353; 259:388; 260:114, 262:144, sólo por mencionar los últimos. Los Procuradores Generales Ramón Lascano y Marquardt insistían en el cambio, para que se legitimara a los particulares a interponer recurso extraordinario con miras a obtener una condena penal.

En Fallos: 262:144 “Cincotta”, citado, se discutía una absolución reputada arbitraria. El PGN Ramón Lascano pide a la Corte que cambie su doctrina. Recuerda que la Corte venía sosteniendo que el querellante, en principio, no podía apelar una absolución para lograr una condena criminal. El PGN plantea que “existe un interés legítimo del ofendido por un delito en la sanción penal del ofensor, único medio a través del cual se obtiene un verdadero restablecimiento del equilibrio roto por la lesión de los bienes tutelados por el derecho criminal. Debe mirarse la persecución penal como un modo necesario de restauración del derecho desconocido por el delito, de manera que negar al damnificado la posibilidad de actuar como querellante, era privarlo llanamente de la defensa en juicio de aquel derecho en lo que él poseía de más esencia”. Es Carrara puro<sup>10</sup>.

Interpreta las doctrinas de la Corte y distingue:

a) Casos en que el legislador no autorizó la existencia de un querellante, el cual

---

<sup>10</sup> Carrara, ob. loc. cit..

constituye un asunto de derecho en abstracto y que no se puede dejar de lado por los jueces, en el que no hay relación directa con la defensa en juicio (art. 18 CN), de

b) casos en los que el legislador sí lo hizo: en ellos el asunto del interés legítimo ya fue resuelto por el legislador. Los jueces no pueden privarlo de su intervención en el proceso. Si lo hacen se genera una cuestión constitucional. Aquí es un tema en concreto y si se lo priva de derechos es como declarar tácitamente la inconstitucionalidad del querellante como institución. De ahí que los derechos del querellante gozan de protección constitucional. Uno de ellos, a tener un procedimiento y sentencia regulares. De ahí que se lo protege cuando no se le da el rol y cuando ya dado, le violan los derechos que tiene durante el proceso.

La Corte en este caso, reiteró sus precedentes en cuanto a que el recurso extraordinario no era procedente para el querellante, excepto cuando la causa afectase intereses de orden institucional que excediesen los individuales. Sin embargo, por razones un tanto confusas declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia.

### 5.2) Segunda etapa

Comienza en 1967 con el caso “Otto Wald” (Fallos 268:266) donde finalmente se hacen lugar a los argumentos del PGN y, sintéticamente, se afirma que si la ley otorga a un sujeto personería para estar en juicio, estará amparado por el debido proceso, garantía de la que se deriva el derecho a obtener una sentencia fundada.

Hay casos interesantes. En Fallos: 297:491 “Soc. Civil Club Dep. Morón vs. Cigarroa s/ usura” (1977), un caso de la provincia de Buenos Aires y de su art. 80 del viejo CPP. La Corte dice que debe admitirse el recurso del particular damnificado contra el auto que había sobreseído una denuncia. El argumento que se había empleado era grave, de hecho es parecido al que motiva un sinfín de discusiones actuales<sup>11</sup>. Se le había dicho que al no haber delito (por el sobreseimiento o desestimación de la denuncia decretados), no podía tenérselo como parte querellante. El Procurador señala con lógica razón que, llevado al extremo ese argumento, sólo podría legitimarse al particular damnificado cuando hubiera condena firme. La Corte revoca. Se cita “Otto Wald”.

En Fallos: 303:1349 “Panciroli” (1981), se emplean los mismos conceptos para conceder recurso local al particular damnificado contra una sentencia absolutoria de la

---

<sup>11</sup> Cámara de Casación Penal sobre el recurso del pretense querellante (“Zichy Thyssen, Federico; Ivanesevich, Alejandro s/ recurso de inaplicabilidad de ley”, 23 de junio de 2006).

Cámara Penal de Dolores, provincia de Buenos Aires.

En Fallos: 312:483 “Oroz y Baretta”, se trataba la situación del particular damnificado en el proceso penal de la provincia de Buenos Aires, art. 87, a quien no le estaba permitido interponer recurso extraordinario local ante la Suprema Corte de la provincia, aunque hubiera una cuestión federal. La Corte sostiene que el sistema procesal local viola los arts. 5 y 31 de la CN (interpretados en “Di Mascio”<sup>12</sup>), de modo que si el particular damnificado plantea una cuestión federal, deben concederle su recurso.

A todo esto, deben sumarse “Tarifeño”<sup>13</sup>, “García”<sup>14</sup> y otros de esa primera época (que han vuelto a regir por “Mostaccio”<sup>15</sup>) donde la Corte no dice solamente que sin acusación no puede haber condena sino, además, que sin alegato acusatorio no hay acusación.

Reitero el concepto: los fallos de la Corte deben ser leídos en función del caso que se resuelve. En éstos, se trata de que para la Corte, ya desde esa época, el requerimiento de elevación al juicio no era sinónimo de acusación completa. Por eso el juez Fayt debe hacer un esfuerzo enorme en “Marcilese”<sup>16</sup> para cambiar de opinión.

Luego, ¿qué se esperaba que dijera la Corte en un caso como “Santillán” (Fallos: 321:2021) donde pese a la existencia de un querellante que había formulado un alegato acusatorio, el Tribunal Oral dictó sentencia absolutoria con el solo argumento de que el fiscal se había expedido en sentido liberatorio y la situación era equiparable a los casos de “condena sin acusación”?

Si el querellante es parte, la sentencia debe oírlo, lo que significa hacerse cargo de sus argumentos, no como se oye a un testigo. Si no lo hace, viola su debido proceso ¿Cómo debe procederse o desarrollarse esta doctrina en los casos que puedan presentarse en el futuro? Es un problema de la jurisprudencia y la doctrina. Lo único que interesa a la Constitución, según la versión de la Corte, es que si se conceden derechos a una persona, después no puede ignorarsela olímpicamente.

Una pequeña digresión o reiteración de un concepto que debería estar siempre presente a esta altura. Los derechos procesales de que se está hablando son los de pedir, reclamar, exhortar, exigir, impetrar, solicitar, sugerir, excitar la jurisdicción, para la concreción de una pretensión de fondo. Pero de ello no se deriva que los demás sujetos procesales y, especialmente, los jueces, se encuentren obligados a cumplimentar tales

<sup>12</sup> Leading cases: "Strada", Fallos: 308:429, y "Di Mascio", Fallos: 311:2478

<sup>13</sup> Caso “Tarifeño”, publicado tardíamente en Fallos: 325:2019.

<sup>14</sup> Caso “García”, Fallos: 317:2043.

<sup>15</sup> Caso “Mostaccio”, Fallos: 327:120.

<sup>16</sup> Caso “Marcilese”, Fallos: 325:2005.

pedidos o seguir sus argumentos. Una acusación de la parte querellante, no impide las sentencias absolutorias, como tampoco sus requerimientos en la etapa de instrucción obstan a los sobreseimientos, siempre y cuando, estas decisiones judiciales sean fundadas y refuten los argumentos acusatorios.

Así, en “Santillán”, se toma en cuenta que la decisión del Tribunal Oral significó denegarle al querellante su capacidad de parte procesal al sostenerse que no era autónomo del fiscal. El Tribunal Oral no se expidió sobre el fondo de los argumentos de su alegato. La Corte anuda esta decisión a “Tarifeño” y su progenie al sostener que aquí, a diferencia de aquél, una parte legitimada había acusado y que con ello se respetaba la bilateralidad (siguiendo otra vieja doctrina de Fallos: 234:270 “Gomez, Mario Sixto”<sup>17</sup>), de modo que no importaba si la acusación, acto necesario para condenar, era pública o privada. Ese asunto era discrecional del legislador pero, una vez transformada en parte y conferidos sus derechos, regía para ella el debido proceso (con cita de “Otto Wald”). Es bueno recordar aquí que el art. 393 CPPN prescribe que el querellante alega sobre la prueba del debate antes que el fiscal.

En “Santillán” además, se citan dos fallos que hablan del derecho a la jurisdicción: 199:617 y 305:2150, del que también se ocupan los instrumentos internacionales de los DDHH con jerarquía constitucional: art. 8.1 CADH y art. 14.1 PIDCP. Recuérdese que estamos en tiempos de “Girolodi”<sup>18</sup>. Con expresa referencia al código procesal advierte que se lo priva del derecho a la jurisdicción pese a la norma del art. 393 CPPN, de modo que el legislador, al no poder ser incoherente, no podría haberle conferido el derecho a acusar para después no llevarle el apunte.

Incluyo en la misma etapa a “Quiroga”, (Fallos: 327:5863)<sup>19</sup> y a “Mattio”, sentencia del 23 de diciembre de 2004.

La Corte declaró la inconstitucionalidad del procedimiento de consulta del art. 348 CPPN -de parte de él, la que se refiere al fiscal-, con lo cual ahora, los jueces de instrucción deberían<sup>20</sup> analizar la fundamentación del dictamen y anularlo en caso de

---

<sup>17</sup> El tema del desistimiento por el fiscal de cámara del recurso del fiscal inferior, lo cual convendría releer a quienes confunden indisponibilidad de la acción penal pública con fiscales ciegos y sordos.

<sup>18</sup> Caso “Girolodi”, Fallos: 318:514.

<sup>19</sup> En él se discutía la constitucionalidad del procedimiento previsto en el segundo párrafo del art. 348 CPPN, consistente en que cuando el juez de instrucción no estaba de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal, sin necesidad de análisis alguno sobre su fundamentación, y con su sola discrepancia podía elevar el caso en consulta a la Cámara de Apelaciones y ésta decidir si el caso debía pasar a la etapa de juicio. Con ello, se generaba que otro fiscal tuviera el deber de formular requerimiento de elevación a juicio por “indicación” del poder judicial.

<sup>20</sup> Estoy salteando etapas a los fines expositivos y dándolas por conocidas. Es evidente los “jueces inferiores” (arts. 116 y 117 CN) no tienen el deber jurídico de seguir las doctrinas de la Corte, porque rige en la Argentina el sistema de control de constitucionalidad difuso, a diferencia de varios países europeos donde un solo tribunal superior se encarga de estas cuestiones y sus decisiones tienen fuerza de ley para

que ésta no existiese o, dictar el sobreseimiento pedido -dejando a salvo su opinión personal- o, seguir la creación del PGN y elevar en consulta el asunto al Fiscal General ante la Cámara de Apelaciones (Instrucción General, Resolución 13/05 del 1º de marzo de 2005), al modo del viejo art. 460 CPMP<sup>21</sup>.

Lo que me parece importante de esta sentencia para el tema que nos ocupa es:

1) el principio de legalidad u oficialidad de la acción penal pública, debe ceder ante la violación de los derechos de la defensa, que son de jerarquía constitucional, como la imparcialidad y el debido proceso. Además, ese principio, no obliga al fiscal a ser un acusador ciego, a hacerlo en todos los casos.

2) En jurisdicción apelada, los jueces resuelven por excitación de parte, pero en el 348 CPPN es de oficio, contra la voluntad de las partes. La consecuencia de esto será que si un fiscal pide el sobreseimiento y el juez no le hace lugar fundadamente, el MPF debería apelar o seguir adelante con la acción penal pública porque, como parte, perdió una pretensión.

3) Se reitera “Tarifeño”. El requerimiento de elevación es necesario para ingresar a la etapa de juicio, pero no alcanza para condenar<sup>22</sup>.

4) Si existe querellante, no se afecta imparcialidad porque éste discrepe con el

---

los inferiores. Aquí ese deber es de orden moral y práctico o de sentido común, para evitar futuras apelaciones que necesariamente culminarían con la revocación de los actos procesales celebrados en contra de aquéllas. La distinción de sistemas es muy importante en la práctica, como lo demuestra la extrañeza o sorpresa de profesores y magistrados extranjeros acerca de la familiaridad con que magistrados argentinos de todas las instancias tratamos temas constitucionales. En consecuencia, cuando se realizan juicios de valor comparativos tales como que en aquellas latitudes no existen tantas declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes como aquí, no se está diciendo nada importante. Allí no las hay, porque carecen de competencia para ello, mientras que aquí, los magistrados de todas las instancias y fueros, provinciales y federales, tienen la obligación de realizar un cotejo de constitucionalidad de todas las leyes y actos que habrán de aplicar en los casos sometidos a su jurisdicción.

<sup>21</sup> Quiero adelantar que más allá de su mérito, lo cierto es que como no se trata de una disposición legal, los jueces no estarían obligados a seguir instrucciones del PGN; así que por más que los fiscales lo pidiesen, no habría solución o salida procesal si los jueces no remiten el expediente al fiscal de Cámara o si desconocen el dictamen que este magistrado del MPF produce. También podría interpretarse a contrario, que la Resolución en la que se plasma una Instrucción General, no deja de ser una reglamentación de la actividad de magistrados del MPF, dictada dentro del marco de competencia legal del Procurador General y, por ello, que mientras no existiese otra de superior jerarquía normativa, los magistrados del Poder Judicial estarían habilitados a observarla. No otra cosa es lo que ocurre con los decretos del Poder Ejecutivo Nacional reglamentarios de infinidad de actividades de la administración pública y que los jueces aplican a diario.

Ver también Righi, Esteban: “El control de las decisiones no acusatorias del Ministerio Público”, Jurisprudencia Argentina 30 de julio de 2003 (JA 2003-III-fascículo 5, pág. 27).

<sup>22</sup> Se ha pensado en la ridiculez de llegar a una sentencia condenatoria sin fiscal. En efecto, un proceso donde se ordenase a los fiscales a formular un requerimiento de instrucción (aplicación análoga in malam partem del procedimiento del art. 348 CPPN a la etapa del art. 180 CPPN), después un requerimiento de elevación a juicio (art. 348 CPPN), después en el juicio oral se produjese la prueba de oficio por el tribunal oral (arts. 356 y 357 CPPN) y, finalmente, se condenase aunque no hubiera habido alegato acusatorio (art. 393 CPPN). Reitero un concepto. Esto es de nivel procesal, Tarifeño y su progenie, son de nivel constitucional.

fiscal, ni se afectan potestades del MPF. Lo único que debe asegurarse es que el querellante vaya a juicio y sea oído (“Santillán”).

La consecuencia de lo expuesto es que podría haber un proceso por un delito de acción pública con querellante y sin fiscal en su función requirente o acusadora, sino sólo en su rol de contralor de la legalidad. Como fiscal<sup>23</sup>.

Esto ya había sido previsto por Cafferata Nores en 1983<sup>24</sup>, y ha sido avalada por la CNCP<sup>25</sup>.

También debe tenerse en cuenta la sentencia de la Corte en el caso “Del‘Olio”, el 11 de junio de 2006. La querrela no había realizado requerimiento de elevación a juicio en su momento y se le había dado por decaído el derecho. Después había ejercido algunos derechos durante el debate y alegado en sentido acusatorio. El fiscal había pedido la absolución. El Tribunal Oral condenó.

La Corte hizo aplicación de sus precedentes y desarrolló la línea argumental que vengo exponiendo: El requerimiento de elevación a juicio es la acusación para entrar a la etapa del juicio, pero no alcanza para condenar, porque debe ser completado con un alegato de sentido acusatorio sobre la prueba rendida oralmente (art. 393 CPPN), es decir, el alegato íntegra el reproche. Pero si no existió por parte del acusador particular la primera parte de la acusación -el requerimiento de elevación a juicio-, no hay nada que integrar con la segunda, el alegato. La acusación es la suma de las dos cosas.

Bien, lo que se viene en la tercera etapa es la respuesta a la pregunta: ¿puede el legislador eliminar la figura del querellante o de la víctima cualquiera sea el nombre que confiera?

Hasta ese momento el debido proceso, el derecho a obtener una sentencia fundada o no arbitraria, surge porque el legislador lo incluyó como parte procesal.

### 5.3) Tercera etapa.

De “Santillán”, se podría desarrollar una puerta a un proceso donde la víctima no pudiera ser excluida por el legislador del proceso penal. La cuestión no es si el querellante tiene autonomía respecto del fiscal, para resolver el entuerto producido por la salida del proceso de este último en su función requirente. La cuestión es si las leyes

---

<sup>23</sup> Lo llamo en broma la doctrina de “ir al juicio oral a tomar café”, en alusión a lo aburrido de este rol pasivo y a la Sra. Marta del bar El Sosiego, anejo al edificio de Paraguay 1536, donde pedimos café y gaseosas cuando estamos en debate.

<sup>24</sup> Cafferata Nores, “El querellante en los delitos de acción pública y la Constitución Nacional”. Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Año XXV, n° 44, enero-junio 1983, La Plata

<sup>25</sup> Sala I, causa 6031 “Linares, Martín Maximiliano”, resuelta el 6 de junio de 2005; Sala II, causa 5861 “Lih Yuh Lin”, resuelta el 21 de septiembre de 2005. Sala II, causa 5925 “Baza, Gustavo Daniel”, registro 8128, sentencia del 23 de noviembre de 2005.

procesales pueden omitir la figura del querellante.

Esto no lo ha dicho la Corte de ese modo, así que por ahora es un presagio. La pregunta ya tuvo su tratamiento por Cafferata Nores en el citado artículo de 1983<sup>26</sup>.

Debe recordarse que desde 1988 se conoce lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velásquez Rodríguez”<sup>27</sup>. Desde ahí hasta el presente se viene diciendo que las violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana deben ser reparadas y que entre las formas de reparación está la investigación, persecución y sanción de los responsables. En palabras textuales: “La razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas”.

La cuestión no es nueva para nada, aunque no sabría decirles si la palabra “justicia” se refiere a la administración de justicia (proceso penal) o al fundamento del derecho a castigar que también tendrían las víctimas. Esto conduce al problema del erróneamente llamado “punitivismo” de los derechos humanos, ajeno a estas jornadas<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Cafferata Nores, José. El querellante... La Plata, ya citado.

<sup>27</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de julio de 1988.

<sup>28</sup> Punitivismo, neopunitivismo o panpunitivismo, son términos que se emplean para graficar la paradoja que se produce a partir de varias decisiones de tribunales internacionales de derechos humanos, que consisten en disponer o instar a la aplicación de penas o males a los violadores de los derechos humanos. Tribunales supuestamente instalados para defender los derechos humanos, terminan reclamando la imposición de penas (ver, entre otros, Malamud Goti, Jaime, “A propósito de una sentencia bien intencionada”, Nueva Doctrina Penal, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, T° 2000/B, pág. 493; Pastor, Daniel R. “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, Nueva Doctrina Penal. Edit. Del Puerto. Tomo 2005/A, Buenos Aires, mayo 2005, pág. 73 y ss.; Ziffer, Patricia, “El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad”, Libro Homenaje al prof. Julio B. Maier, AA.VV. Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2005; Yacobucci, Guillermo J. “Hacia una Nueva Legalidad Penal”, Suplem. de Dcho. Constitucional, La Ley, 21/4/05, p. 11). Entiendo que estas críticas no son del todo correctas porque omiten distinguir que las víctimas de violaciones a los DDHH no siempre son las imputadas en causas penales (como ocurre con los ejemplos clásicos de acusados que han sufrido torturas; o que se les ha privado de su derecho al recurso; o el de ser juzgado en plazo razonable; o a permanecer en libertad durante el proceso, etc. etc.). Existen víctimas de violaciones a DDHH que también tienen esa misma categoría en los procesos penales que se desarrollan en los países signatarios de una Convención de DDHH. A estos últimos generalmente se les concede un derecho a intervenir en el proceso penal dirigido contra la o las personas imputadas de cometer el delito que los damnifica. Por ejemplo, entre nosotros, la figura del querellante. Ese es el tema de las jornadas. Bien, la primera observación que corresponde formular es que la intervención de las víctimas en el proceso penal no asegura por sí misma la imposición de una pena, ni que el proceso penal deba seguir su curso aunque no tenga razón. Eso lo deciden los jueces que pueden rechazar sus peticiones fundadamente. El castigo de los hechos que los damnifican tiene otra causa o fuente. Se puede hablar de un fundamentalismo penal cuando se pretende resolver o responder a cada conflicto social o lesión de un bien jurídico con una pena. Una suerte de derecho de las víctimas al castigo de cualquier lesión a sus derechos (ej. un incumplimiento de contrato). Pero el término no es correcto cuando la pena ya está prevista en una ley sin discusión en la comunidad sobre su conveniencia y, lo único que se discute, si a su aplicación se le interponen circunstancias que constituyen violaciones a los derechos humanos en sí mismas. Las premisas son: (1) El estado se comprometió internacionalmente a respetar los DDHH. (2) Entre esas obligaciones se encuentra la de dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana en los casos contenciosos en que la Argentina es condenada. (3) Con anterioridad a todo ello, el Estado incluyó en sus leyes penales una serie de delitos por los cuales se penan esos hechos. (4) También se comprometió internacionalmente a no hacer valer ningún obstáculo para que esos hechos sean investigados y los culpables castigados. (5) Si existió un obstáculo y después del correspondiente proceso

En “Urteaga” Fallos: 321:2767 (1988), la Corte trató un hábeas data por un caso de desaparición forzada y desarrolló el asunto del derecho a la verdad, aun en un procedimiento no seguido contra alguna persona determinada. Varios votos concurrentes hacen referencia al derecho a esclarecer las circunstancias en que se produjo la muerte del hermano del accionante, el cual surge del derecho de familia, como atributo de la personalidad, tutelado en el art. 33 CN, así como también, el derecho a conocer el destino del cadáver (Belluscio). O también el derecho a la identidad y a conocer su propia historia como derivación del concepto de dignidad humana (Petracchi). O del derecho a conocer si el hermano murió y sus circunstancias, el duelo, el derecho a que se entreguen los cuerpos de los muertos (Bossert).

En “Aguiar de Lapacó” el Estado debió llegar a una solución amistosa con la Comisión Interamericana, en febrero de 1999. Se termina así la doctrina de la Corte en la causa “Suárez Mason”, de agosto de 1988, que había cercenado esa posibilidad porque el proceso solo podía encaminarse al esclarecimiento del reproche a un imputado (ver Informe de la Comisión Interamericana N° 21/00, del 29/2/00, donde se habla del derecho a la verdad y esclarecimiento sobre desaparecidos).

Más cercanos en el tiempo, aparecen precedentes de la Corte Suprema que siguen la misma línea. En “Valentini” (27/12/05) se trataba una absolución en una causa por calumnias e injurias (acción privada, querellante exclusivo). La querella intenta casación pero le declaran mal concedido el recurso. Interpuesto el recurso extraordinario federal, la Corte señala que cuando existen agravios federales, debe pasarse previamente por Casación. Es un “Strada y Di Mascio” para el querellante, un problema de superior tribunal de la causa, mezclado con casación amplia y derechos de la parte al debido proceso.

En “Juri” (27/12/06) la Corte cuestionó los límites de los arts. 458 y 460 para el recurso de casación del querellante, lo cual hace surgir de los derechos de las víctimas de los arts. 8.1 y 25 CADH. No lo hace por lo dicho en la causa “Arce”, Fallos: 320:2145, en el que se había declarado que el recurso contra la condena era sólo para el imputado (art. 8.2.h. CADH). Aquí se sostiene que cuando la víctima recurre, debe concederse en forma amplia, máxime si se trata de agravios federales.

---

éste fue removido por el tribunal competente para hacerlo, (6) el resultado es el desarrollo del proceso y la aplicación de la pena ya prevista en la ley a quienes resulten responsables. No es por virtud de un tribunal de derechos humanos que se castiga, sino por la ley penal previa al hecho. Ese tribunal sólo ha declarado, porque le hemos dado competencia para hacerlo, que el obstáculo que se había intercalado en el camino hacia la investigación y la aplicación de la pena, no era válido. La cuestión sobre el “punitivismo” en este terreno consiste en discutir si un grupo de hechos llevados a cabo en un tiempo y lugar determinados deben ser castigados o no. La Argentina ya declaró que sí desde antes de los hechos. Esa discusión no versa sobre los obstáculos que habré de interponer o que haré valer para que los procesos no progresen.

Se puede apreciar aquí como entra a jugar el otro valor en juego, el de la fundamentación de las sentencias, exigencia originada en el principio republicano de gobierno y por el cual, como todo acto de gobierno, las sentencias deben ser racionales, así se trate de las absolutorias.

Aparece el caso “Bulacio vs. Argentina” de la Corte Interamericana. Es de 18/9/03. Señalo algunos párrafos:

*Párrafo 105.* Formas de reparación. Investigación y sanción de los responsables, que reivindiquen la memoria de la víctima, den consuelo a sus deudos y signifiquen reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos acaecidas y entrañen compromiso que hechos como esos no vuelvan a ocurrir.

*Párrafo 114.* Sobre las dilaciones de la defensa frente a los derechos de la víctima, a quien también amparan los derechos de que el juicio se lleve a cabo en un plazo razonable, se descubra la verdad y se sancione a responsables.

*Párrafo 115.* Tutela judicial efectiva exige que los jueces eviten dilaciones indebidas que produzcan impunidad, frustrando la debida protección de los DDHH.

*Parrafo 116.* Encasilla el caso en “violación de DDHH” y dice que no prescriben.

Por los arts. 1.1 y 2 los Estados deben adoptar providencias para que nadie sea sustraído a la protección judicial.

*Párrafo 117.* Ratifica que se trata de hechos que son violaciones a los DDHH y que deben castigarse porque esa es la forma de protección efectiva.

*Párrafo 121.* Las víctimas deben tener acceso a todas las etapas del proceso.

Con Luis Márquez<sup>29</sup>, debemos recordar la cita de informes de la Comisión Interamericana: por ejemplo, el N° 28/92 del 2/10/92 donde se reconoce la tradición del querellante en América Latina, y que la víctima en el procedimiento penal se ha transformado en un derecho fundamental del ciudadano.

Esto es importante, porque si debe aplicarse el principio de progresividad de los DDHH, estaremos en un punto de no retorno. El legislador procesal no podrá sacar al querellante - víctima de escena<sup>30</sup>.

Ahí aparecen las opiniones de Bidart Campos<sup>31</sup> a quien sigue Cafferata Nores<sup>32</sup>, sobre la amplia intervención de la víctima en el proceso penal. En materia de DDHH se

---

<sup>29</sup> Márquez, Luis. “La Corte Interamericana en el caso ‘Bulacio’ y los derechos de las víctimas”. La Ley Actualidad, 27 de septiembre de 2005.

<sup>30</sup> Creo que por tratarse de un soporte basado en Pactos de DDHH, esta víctima no podría ser una persona jurídica ni el Estado. Sólo víctimas personas físicas particulares.

<sup>31</sup> Bidart Campos, Germán. “La legitimación del querellante”. El Derecho, T° 143, pág. 937.

<sup>32</sup> Cafferata Nores, José. “¿La pena al culpable es un derecho de la víctima por ser parte de su reparación?”. En Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal. Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

trata del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva art. 25.1 CADH<sup>33</sup>. Ese derecho comprende el de identificar y sancionar a los autores intelectuales de violaciones a los DDHH<sup>34</sup>; derecho este que no puede tener excepciones<sup>35</sup>.

También el de crear disposiciones de derecho interno para cumplir esas obligaciones<sup>36</sup>.

Y el derecho a la verdad comprende el esclarecimiento de hechos en perjuicio de las víctimas<sup>37</sup>. Se recuerda “Barrios Altos”, sentencia del 14-3-01, por la cual no es posible amnistiar, indultar, ni prescribir las “graves” violaciones a los derechos humanos.

También pueden citarse, en esta línea, dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU y del Comité contra la Tortura.

Todo esto genera una serie de asuntos: La Corte Suprema en “Simón”<sup>38</sup>, el 14/6/05, anula las leyes de obediencia debida y punto final, entre otros argumentos, porque ellas niegan a las víctimas un recurso efectivo.

La incorporación o el reconocimiento de su incorporación del *ius cogens* (art. 118 CN) en “Priebke”<sup>39</sup>, “Arancibia Clavel”<sup>40</sup>, “Simón” citado, etc. obliga a compatibilizar las garantías tradicionales del derecho penal y del procesal penal con sus principios.

## 6. Una clasificación no siempre atendida.

Para la guía para futuras reflexiones debería tenerse en cuenta:

Los delitos previstos en nuestro Código Penal y leyes especiales pueden encuadrar en diversas categorías o clasificaciones que, por dicha razón, generarán consecuencias no siempre iguales. Ejs. amnistía, indultos, prescripción de la acción penal, cosa juzgada.

Esas categorías tienen fuentes distintas y estamos insertos en un problema: la tarea de compatibilizarlas, para que todas queden con valor y efecto, porque gozan de igual jerarquía. Así,

1) Delitos que encuadran en la categoría de Lesa Humanidad, Crímenes de Gerra, Genocidio, Desaparición Forzada, etc.

---

<sup>33</sup> Casos “Loayza Tamayo”, 17/9/97; “Castillo Páez”, 22/11/98.

<sup>34</sup> caso “Blake”, 22/11/99.

<sup>35</sup> caso “Velasquez Rodríguez”; caso “Villagrán Morales”.

<sup>36</sup> casos “Loayza”, “Blake”, etc

<sup>37</sup> caso “Durand”

<sup>38</sup> Caso “Simón”, Fallos: 328:2056, del 14/06/05.

<sup>39</sup> Caso “Priebke”, Fallos: 318:2148.

<sup>40</sup> Caso “Arancibia Clavel”, Fallos: 327:3312, del 24/08/04.

2) Delitos que encajan en la clasificación de tradicionales o comunes y que hemos aprendido y enseñamos en la materia “Derecho Penal” en las Facultades de Derecho de todo el país.

3) Una tercera categoría, no siempre advertida, es la de delitos que constituyen violaciones a los derechos humanos, la cual puede o no coincidir con la primera. Se trata de delitos cometidos “desde el Estado”, como queda clarísimo de la lectura del caso “Bulacio”.

Se destaca que a esta categoría, la Comisión y la Corte Interamericanas le están aplicando algunos de los principios de la primer categoría. Se dice expresamente en el párrafo 116 de la sentencia en “Bulacio”: *“En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno (supra 106.a y 107.a), este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos<sup>41</sup>. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial<sup>42</sup>, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana”*.

Y además, no deben confundirse dos clases de violaciones.

En primer lugar, corresponde recordar que existen otras violaciones a los DDHH que no son delitos, ejemplo, no conceder al imputado un recurso amplio contra una sentencia condenatoria (art. 8.2.h. CADH).

Pero cuando se trata de delitos, cabe distinguir:

a) Una primera violación, constituida por el delito cometido “desde el Estado” (art. 1.1. CADH),

b) una segunda violación, consistente en la omisión del Estado de investigar, descubrir y sancionar a los autores de aquélla (art. 2 CADH).

La Corte Argentina, en “Bulacio”<sup>43</sup>, aceptó dar cumplimiento a lo dispuesto por la CIDH de acuerdo con lo estipulado por el art. 68.1 de la CADH. Sin embargo, en su relato del caso, no aclara aquella distinción de categorías de delitos y ello se presta a confusión, especialmente en el voto del juez Fayt, donde se incurre en un salto lógico al

---

<sup>41</sup> Cfr., Caso “Trujillo Oroza”, Reparaciones, supra nota 30, párr. 106; Caso “Barrios Altos”, supra nota 3, párr. 41; y Caso “Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 15.

<sup>42</sup> Cfr., Caso “Barrios Altos”, supra nota 3, párr. 43.

<sup>43</sup> Fallos: 327:5668, del 23/12/04

no separar la violación del Estado (los intervinientes -serían agentes estatales- en los hechos que damnificaron a Walter Bulacio), con la sanción impuesta al Estado consistente en aplicar una pena a los autores físicos de esos hechos. El juez Fayt se queda en la responsabilidad internacional del Estado, y de ahí extrae el argumento de que un tribunal internacional de DDHH carece de potestades para obligar a un Estado parte a aplicar sanciones a los individuos, lo cual es equivocado porque, precisamente, una de las “penas” impuestas a la Argentina por ese Tribunal Internacional en el caso contencioso consiste en la de llevar adelante un proceso regular que culmine con la aplicación de sanciones a quienes resulten los autores de los hechos que damnificaron a Walter Bulacio.

La mayoría, en cambio, en una primera parte realiza la descripción de las violaciones a los derechos humanos de que fue víctima Walter Bulacio (considerando 7) y se señala que si prescribieran los delitos que las configuraron, se produciría otra violación. Este es argumento por el cual se declaran inaplicables en el caso las reglas comunes de prescripción.

En el voto del juez Boggiano, además, se señalan una serie de conceptos que refutan los del juez Fayt. Aquél dice que la obligación de reparar del Estado no se agota en el pago de una indemnización del daño, sino que deben investigarse y sancionarse (con cita de lo dicho por la misma Corte en “Hagelin”, Fallos: 326:3268), lo cual surge del art. 63.1, de la CADH.

Quiero detenerme en este punto. El recurso a la hipótesis de la “responsabilidad objetiva del Estado” conduce a que nadie se haga cargo de las violaciones a los DDHH. Antiguamente ocurría lo mismo con los delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, etc., donde todos los habitantes de un Estado terminaban pagando indemnizaciones por años o se obligaban a otro tipo de quitas, respecto de aquello que habían hecho unos pocos. Este modelo fue considerado insuficiente a los fines disuasorios. Por eso se abrió paso la responsabilidad internacional individual de los autores de delitos consistentes en violaciones a los derechos humanos. Esa responsabilidad, incluye la punitiva<sup>44</sup>.

Si esto es correcto o no, o si proporciona resultados o no, son otros asuntos. No se trata de otra idea que la de la teoría de la pena de la coacción psicológica o prevención general negativa, que considera que las leyes penales y su aplicación “protegen bienes jurídicos”.

---

<sup>44</sup> Ferreira, Marcelo. “La Corte Suprema ratifica la nulidad de las ‘leyes de impunidad’: los distintos fundamentos, la conclusión implícita y la última respuesta (el espectro de la víctima)”. J.A. 2005 - IV, oct-dic. Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina.

Es el sustento de varios precedentes que cita el mismo Boggiano: “Castillo Páez”, “Garrido y Baigorria”, “Cesti Hurtado”, etc.

Y el mismo juez agrega algo que ya sabemos: Un tratado rige como lo hace en el Derecho Internacional, no porque se haya incorporado al derecho interno. Al incorporarse ya fue armonizado con la Constitución Nacional por el Constituyente. Un tratado hace una referencia al derecho internacional en las condiciones de su vigencia, de ahí que la jurisprudencia internacional debe ser aplicada aquí.

#### 7. Un proceso sin fiscal acusador.

Esta situación se presentó y fundamentó en la decisión tomada por la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional en la causa “Storchi”<sup>45</sup>

Se puede sostener que del diseño trazado por el legislador penal y por el procesal la intervención de un representante del Ministerio Público Fiscal en los delitos de acción pública es esencial y que no hay norma alguna que imponga su apartamiento (más allá de las personas que lo representamos que podemos ser recusados o suplantados y de lo dispuesto en el art. 348, segundo párrafo, declarado inconstitucional por la Corte en ese aspecto). Todas las normas que prevén el ejercicio de las acciones penales y las que mencionan las potestades y rol de los fiscales coadyuvan a dicha inteligencia.

Desde la óptica opuesta, corresponde relevar el hecho de que un procedimiento criminal por delito de acción pública se lleve a cabo o desarrolle con la actividad exclusiva de la querrela no sólo no viola ningún derecho sino que ocurre a diario. Si el juez de instrucción dicta un sobreseimiento y sólo apela la parte querellante, la cámara de apelaciones tiene competencia para revocarlo y disponer que la acción penal siga ejercitándose. La misma situación puede ocurrir en cualquier etapa del proceso, por ejemplo, si en la etapa de alegatos (art. 393 CPPN) el fiscal no acusa pero sí lo hace la querrela, el tribunal oral tiene jurisdicción para condenar, como corolario de que no se presenta el asunto de una condena sin acusación. Lo mismo puede ocurrir después de una sentencia absolutoria consentida por el fiscal y que sea revocada por el recurso de casación de la querrela.

Mas el problema es que cuando se produce una situación como la del art. 348 segundo párrafo, donde solo ha formulado requerimiento de elevación a juicio la

---

<sup>45</sup> CCC, Sala I, “Storchi”, del 8-3-04, publicado en La Ley del 6-10-2004. Finalmente la causa fue elevada a juicio, intervino el Tribunal Oral en lo Criminal N°1 y, por la sola acusación de la querrela se dictó sentencia condenatoria respecto de algunos de los imputados. La sentencia no se encuentra firme al momento de esta conferencia.

querella y el fiscal ha pedido el sobreseimiento, al no existir jurisdicción apelada de la cámara de apelaciones y haber sido declarado inconstitucional el procedimiento de consulta, para encontrar una solución deberán hacerse jugar normas de superior jerarquía que las de derecho común y procesal. El punto es que, si la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal en un caso determinado puede lesionar derechos constitucionales del imputado, no hay ley que pueda justificarla y esa intervención debe ceder. La intervención lesiva sería la del rol acusador, porque éste habría sido ordenado por una cámara de apelaciones de oficio, en violación a las potestades del MPF y al principio de imparcialidad de los jueces, todo ello, lesivo del debido proceso del imputado. La única actividad del fiscal no lesiva, no contaminada por aquella injerencia del Poder Judicial, sería la remanente de contralor de la legalidad del proceso, indeclinable en los delitos de acción pública por lo dispuesto en el art. 120 CN y la ley 24.946 (ley del Ministerio Público)<sup>46</sup>.

Aunque resulte extraña, tal solución es la única que se ajusta armónica o sistemáticamente al ordenamiento jurídico en conjunto y la que mejor satisface el deber de los fiscales de emplear criterios que conduzcan al mantenimiento de la acción penal y no a su extinción<sup>47</sup>. En efecto, si una eventual sentencia condenatoria fuese generada por la actividad acusadora del fiscal en tales casos, los tribunales superiores -la Casación y/o la Corte- la revisarán y anularán mediante el empleo de los mismos argumentos de “Quiroga”.

Esto no es un presagio basado en la intuición en una determinada forma personal de ver el proceso penal, sino que ya ha ocurrido: la Corte Suprema, en Fallos: 328:242 “Munson, Gregory”, el 3 de marzo de 2005, declaró procedente el recurso extraordinario y anuló la sentencia condenatoria dictada en violación a las pautas dadas en “Quiroga”<sup>48</sup>.

## 8. Conclusiones e ideas

Si el querellante debe seguir solo, el caso no diferiría de cómo se está regulando el principio de oportunidad en diversos ordenamientos: el fiscal lo ejerce y la víctima

---

<sup>46</sup> Varios tribunales ya vienen actuando de tal manera, es decir, con un fiscal que actúa en el debate como mero contralor de la legalidad. Así, El T.O.C. N° 26, en la causa N° 929 “Zivotinsky, Boris Moisés” (la resolución que tiene presente mi posición es del 31 de octubre de 2005). También el T.O.C. N° 25 en la causa N° 1720 “Bucceri, Angela Teresa s/ estafa procesal y uso doc. priv. falso”.

<sup>47</sup> Resoluciones PGN N° 3/86, 25/88, 96/93, 39/95, 20/96, 82/96, MP 27/99, MP 39/99, entre otras, citadas en la mencionada Res. PGN N° 32/02.

<sup>48</sup> La misma situación se viene dando ante la Cámara Nacional de Casación Penal. Así, Sala IV, causa “Shuster, Daniel Benjamín s/ recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 10 de mayo de 2005.

sigue adelante con la acción penal como si esta fuese privada. Ej. Anteproyecto de Código Penal 2006 (art. 49); Código Procesal Penal de la provincia del Chubut, vigente desde 2006.

No deben desentenderse de las argumentaciones sobre estos asuntos los problemas de implementación que trae una concepción de democracia deliberativa, participativa, inspirada en el republicanismo. La participación de la víctima, de uno de los actores en el conflicto, debería ser lo natural, aunque también debería quedar claro que participación no significa tener siempre la razón. Es a ella, que potencialmente somos todos nosotros, a quien deben darse respuestas en primer lugar, porque esa es la única razón de ser del Estado.

De las decisiones de la Corte Suprema consistentes en la remoción de la aplicación de una ley o un acto procesal por reputarlo inconstitucional en un caso concreto, no deben esperarse las soluciones de detalle para todos los demás actos en los que el mismo principio tendría incidencia. Esa es competencia del legislador. Mientras estas no lleguen, los tribunales de justicia -y los fiscales- tienen la obligación de remover los actos inconstitucionales y hacer operativos los principios de superior jerarquía, y si de ello se derivan modificaciones para el curso del proceso -por ejemplo, que el fiscal no pueda proseguir en su rol acusatorio o titular de la acción penal-, deberán hacer un esfuerzo interpretativo de las disposiciones legales que se mantienen incólumes por respetar la Constitución, para que los procesos puedan seguir adelante<sup>49</sup>.  
Buenos Aires, julio de 2007.

Javier Augusto De Luca

---

<sup>49</sup> Como los tribunales no legislan, es muy frecuente oír críticas a estas soluciones constitucionales que derivan de la comprobación de que otras situaciones que pudieran darse en el proceso, no tienen solución. Por ejemplo, qué pasaría en un incidente de excarcelación si ya no hay fiscal en el proceso? O, se observa que sin fiscal el imputado ya no podría realizar un “juicio abreviado”, ni solicitar la suspensión del proceso a prueba donde el dictamen fiscal es vinculante, etc. etc. Como se sugiere en el texto, estos no son motivos que justifiquen el mantenimiento de una cláusula inconstitucional como la del segundo párrafo del art. 348 CPPN, cuando se refiere a la consulta ante un dictamen fiscal desincriminatorio. Luego, no constituyen ningún argumento jurídico. Pero aún así, cabe contestar que los jueces tienen el deber de seguir los trámites de los procesos haciendo valer todos los derechos en juego: si el fiscal ya no actúa más en función requirente, y sólo continúa en ese rol la querrela, no se entiende cómo podría subsistir detenida una persona o bien, sería sencillo encuadrar el caso en la disposición del art. 317, inc. 3º, CPPN, por la cual corresponde la excarcelación si una persona hubiera cumplido en prisión preventiva la pena pedida por el fiscal (como no solicitará pena, debe concederse inmediatamente). En los casos de suspensión del proceso a prueba, no existiría inconveniente en que el fiscal dictamine porque el objeto de la “probation” es distinto del proceso. En cuanto a la imposibilidad de juicio abreviado, no acarrearía ningún problema constitucional, porque podría acordar un “breve” con la querrela, y el tribunal oral no podría imponer una pena más alta que la solicitada por ésta. En cualquier caso, todos los procedimientos de juicio abreviado que se realizan hoy día en el ámbito de la justicia nacional y federal deberían ser declarados inconstitucionales porque el procedimiento del art. 431 bis CPPN no prevé, y de hecho no se hace, que los jueces sentenciantes mantengan una entrevista personal con la víctima, como lo exige el art. 41 del Código Penal, que es de superior jerarquía al procesal (art. 31 CN).

### Bibliografía y jurisprudencia generales.

Por razones de tiempo fue imposible citar en cada lugar varios artículos de doctrina y jurisprudencia que resultaron esclarecedores sobre los asuntos que integraron esta charla. Pido disculpas por ello, y pretendo mitigar en parte dicha omisión con la enunciación de varios de los que he leído o re-leído para esta ocasión particular y que no fueran citados en las notas al pie.

- Solimine, Marcelo.* “La consulta al fiscal general como debido control del dictamen fiscal desestimatorio”, La Ley del 18 de diciembre de 2001.
- Almeyra, Miguel A.* “De Nuevo sobre el Querellante Particular”. La Ley, 2006-C-p. 121
- Almeyra, Miguel A.* “Una vez más sobre el Querellante Particular ¿Deuteragonista o actor principal?”. La ley, 2006-D, p. 119.
- Di Corleto, Julieta.* “El Derecho de las Víctimas al Castigo a los Responsables de Violaciones Graves a los Derechos Humanos”. La Ley, 2004-A, pág. 702.
- Pirán, José María.* “El rol dela víctima en el Derecho Penal”. El Derecho, T.199, 2002, pág. 518.
- Castex, Francisco.* “El Derecho a la Venganza (legal) y sus Límites”. La Ley, 2006-F, pág. 644.
- Murillas, Rodolfo J.* “Derecho de la Víctima”. Anales de Legislación Argentina, Boletín Informativo, Año 2006, N° 24, T° LXVI-E, La Ley.
- Pizzolo, Calogero.* “La Ampliación de la Noción de Víctima en el caso ‘Yofre de Vaca Narvaja’”. La Ley, 2005-A, pág. 62.
- D’Albora, Francisco.* “El querellante y la víctima”. En Ciencias Penales Contemporáneas, Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología, (director Marco Antonio Terragni), Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, Año 1, N° 2, p.114.
- García, Luis.* “El caso ‘Quiroga’ o el primer golpe de demilición al actual sistema de enjuiciamiento criminal en el orden nacional. Reconstruyendo entre las ruinas hasta que se acuerde un plan de construcción alternativo”, publ. en Rev. Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Hammurabi, Buenos Aires 2007, n° 2, ps. 182/331.

### Cámara Nacional de Casación Penal.

Sala I, causa 6537, “López González, Mirta”, del 8/02/06.

Sala II, causa 5297, “Sotomayor, Oscar”, del 30/11/04.

### Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

Sala I, causa 26.788, “Perversi, Jorge”, del ..../10/05.

Sala I, causa 28.275, “Aramburu, Gustavo”, del 7/06/06.

Sala I, causa 29.787, “Mena, Pablo”, del 19/10/06.

Sala IV, caua 24.126, “Soldán, William S.”, del 28/06/2004.

Sala VII, causa 25.303, “Bayo Hanza, María C.”, del 22/02/05.

Sala VII, causa 25.731, “Cucho Muñoz, María del Rosario”, del 24/02/05.

Sala VII, causa 25.602, “Taha, César Y.”, del 21/03/05.

Sala VII, causa 28.535, “Masola, Mirta”, del 24/05/06.

Sala VII, causa 31.985, “Scandroglio, Lidia D.”, del 24/05/07.