

Buenos Aires, 5 de noviembre de 2012.

Y VISTO:

ARIEL YAPUR
SECRETARIO

Luego de dictada la parte dispositiva del fallo adoptado en el juicio realizado con relación al proceso N° **3418**, seguido a **Marcelo Gustavo Paternoster**, identificado con D.N.I. N° 13.394.200, de nacionalidad argentina, nacido el 7 de octubre de 1962 en la Ciudad de Buenos Aires, hijo de Juan Carlos Paternoster y Amalia Angélica Garavano, casado, empleado, con domicilio en Av. Saénz 428 de esta ciudad; y a **Gabriel Carlos Paternoster**, titular del DNI N° 13.394.200, argentino, nacido el 22 de mayo de 1957 en esta ciudad, hijo de Juan Carlos Paternoster y Amalia Angélica Garavano, casado, empleado, domiciliado en Av. de la Flor U.F. 659, Miraflores Country Club, Pilar, Pcia. de Buenos Aires; se reúnen los señores jueces integrantes del Tribunal, el Dr. Javier Anzoátegui, quien presidió el debate, y los vocales Dres. Mario Magariños y Marcelo Alvero, actuando como Secretario el Dr. Ariel Alejandro Yapur, a fin de redactar, en los términos del art. 400 del Código Procesal Penal de la Nación, los fundamentos de la sentencia.

Intervinieron en el debate, como representante del Ministerio Público, el Sr. Fiscal, Dr. Horacio Azzolín, como parte querellante los Dres. Federico Medina Fernández y Andrea Seijas, y a cargo de la defensa de los imputados, los Dres. Maximiliano Rusconi y H. Gabriel Palmeiro.

Y CONSIDERANDO:

El Dr. Mario Magariños dijo:

Una vez abierto el debate, en la oportunidad prevista por el artículo 376 del Código Procesal Penal de la Nación para el planteo de cuestiones preliminares, la defensa sostuvo que resultaba nulo el auto de elevación a juicio de fs. 531/535, en tanto dicho acto procesal únicamente tenía como antecedente el requerimiento de elevación a juicio presentado por la querella.

El Sr. Fiscal acompañó este planteo, mientras que la querella postuló su rechazo.

USO OFICIAL

Las razones que cada una de las partes expuso en sustento de su posición se encuentran adecuadamente reflejadas en el acta de debate, por esa razón, considero innecesario reproducirlas aquí.

Aun cuando el planteo ha sido encauzado por la vía de la nulidad, lo que se discute estrictamente es si, en el caso, la acción penal emergente de los delitos imputados ha sido ejercida legalmente, cuestión que debe ser resuelta en esta instancia, pues la existencia de una acción legítima resulta un presupuesto indispensable para habilitar la jurisdicción del tribunal (arts. 167 inc. 2º, 339 inc. 2º y cdtes. del Código Procesal Penal de la Nación).

En el caso que nos ocupa, el proceso fue elevado a juicio en virtud del requerimiento de elevación presentado por la parte querellante, pues, al momento de corrersele vista en los términos del artículo 346 del ritual, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó se dictara el sobreseimiento de los imputados.

En razón de haberse expedido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en el sentido de que el solo requerimiento del acusador privado permitía habilitar que el proceso pasara a la etapa de juicio, este tribunal se ha visto impedido, durante la etapa preliminar, de examinar esta cuestión (cfr. la doctrina emanada de los precedentes de la Cámara Nacional de Casación Penal, a saber, Sala I, *in re* “Carnevale, Adrián s/ competencia”, causa n° 126, registro n° 171, resuelta el 25/4/94, y Sala III, *in re* “Monti, Gustavo Eduardo s/conflicto”, causa n° 5041, registro 413/2004, resuelta el 12 de agosto de 2004). Sin embargo, en este momento procesal, en el cual se ha abierto la audiencia de debate y se ha dado lectura al requerimiento de elevación a juicio presentado por la querella, que pretende habilitar la jurisdicción del tribunal, aquella cuestión debe ser analizada, pues, además, ella ha sido expresamente planteada por la defensa.

Para ello, debe tenerse en cuenta que los delitos de los que se trata en el caso (tentativa de estafa reiterada –dos hechos-, arts. 42, 55 y 172 del Código Penal) son de acción pública, y que, consecuentemente, en virtud de lo prescripto en los artículos 120 de la Constitución Nacional, 71 del Código Penal, 25.c de la Ley 24.946 y 5 del Código Procesal Penal de la Nación, el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público Fiscal.

El punto que debe analizarse y decidirse, entonces, es si resulta legítimo que el querellante particular reemplace al fiscal en el ejercicio de la acción penal pública, en aquellos supuestos en los que, como ocurre en este caso, el representante del Ministerio Público decide, en la órbita de sus facultades legales, no sostener el ejercicio de la acción.

I

A fin de circunscribir adecuadamente la cuestión a resolver, estimo necesario comenzar explicando en qué consiste el carácter de derecho público que posee la ley penal.

Ese carácter deriva necesariamente de la naturaleza de los intereses que se encuentran en juego en el conflicto genuinamente penal, pues de lo que se trata frente a un delito, no es de reparar o recomponer una relación privada entre particulares, sino que, por el contrario, a través de la imposición de penas, el Estado busca restaurar su autoridad y la de sus normas fundamentales, frente a la desautorización generada a partir de la infracción de esas normas, producida por el comportamiento de un ciudadano.

Luigi Ferrajoli lo expuso con claridad cuando al explicar los costes que implica la existencia de un sistema de derecho penal señalaba: “Si reflexionamos sobre lo oneroso de estos costes se comprende el lugar central que ocupa el derecho penal en la caracterización de un ordenamiento jurídico y del sistema político del que es expresión. En el tratamiento penal se manifiesta –en estado puro y en la manera más directa y conflictiva- la relación entre estado y ciudadano, entre poder público y libertad privada, entre defensa social y derechos individuales. El problema de la legitimación o justificación del derecho penal, plantea en su raíz la cuestión misma de la legitimidad del estado, de cuya soberanía es, precisamente el poder de castigar (...), la manifestación más violenta...” (Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, segunda edición, Trotta, Madrid, 1997, p. 210).

En este sentido, la teoría política clásica consideró, desde sus albores, al derecho penal como una manifestación esencial de la soberanía

estatal. Se señaló al respecto que “El *derecho penal* es el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquél que le está sometido, de imponerle una pena por su delito (...). La trasgresión de la ley pública que incapacita a quien la comete para ser ciudadano se llama *crimen* sin más, pero también *crimen público* (...). Porque de este modo se pone en peligro a la comunidad y no sólo a una persona individual” (Kant, Immanuel: *Metafísica de las Costumbres*, traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1989 -1797-, pp. 165/166).

Así también Cesare Beccaría, en una obra ya clásica, explicaba: “Toda pena (dice el gran Montesquieu) que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica; proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad es tiránico. Veis aquí la base sobre la que el soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos: sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserva a su súbditos” (Beccaria, Cesare: *De los delitos y las penas*, Capítulo 2: “Derecho a Castigar”, traducción de Juan Antonio de las Casas, Alianza, Buenos Aires, 1994 -1764-, p. 28).

En igual sentido, al fundamentar el poder que el cuerpo social, organizado como Estado, posee sobre sus súbditos, Jean Jacques Rousseau señaló: “...el Estado o la *ciudad* es una persona moral cuya vida consiste en la unión de sus miembros y, si el más importante de sus cuidados es la propia conservación, necesita una fuerza universal y compulsiva que mueva y disponga cada parte de la manera más conveniente para el todo. Así como la naturaleza concede a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social concede al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los signatarios y es ese mismo poder que, dirigido por la voluntad general toma el nombre de soberanía...” (Rousseau, Jean Jacques: *El Contrato Social*, traducción de Silvia de Rojas de Molina y Vedia, Petrel, Buenos Aires, 1988 -1762-, p. 58).

Esa fuerza compulsiva, en función de la cual Weber, un siglo y medio más tarde, caracterizaría al Estado como el “monopolio de la violencia física legítima” (Cfr. Weber, Max: *Economía y Sociedad*, traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Maynér

y José Ferrater Mora; Fondo de Cultura Económica, México, 1984 -1922-, p. 1056 y ss.), es la que contiene, como núcleo central, la potestad estatal de aplicar penas.

Puede apreciarse claramente hasta aquí que el fundamento de la potestad estatal de imponer castigos se encuentra entonces en estrecha relación con la función estatal de garantizar estándares básicos de convivencia pacífica, sin cuya existencia los derechos individuales no pueden tener lugar. Es así que la reacción penal frente a un delito involucra la protección de intereses que van mucho más allá del derecho de la persona particular que pudo haberse visto afectada, de algún modo, por la conducta infractora de una norma; pues se trata, primordialmente, de afianzar las reglas de configuración existentes en una sociedad determinada, reglas que no son patrimonio de ningún sujeto individual, sino que definen el ámbito de lo público, entendido como aquello que pertenece a la comunidad toda.

Por ello, Thomas Hobbes, al definir los atributos del Estado, destacaba como uno de ellos "...el poder de recompensar con riquezas u honores, y de castigar con penas corporales o pecuniarias, o con la ignominia, a cualquier súbdito, de acuerdo con la ley que él previamente estableció" (Hobbes, Thomas: *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, segunda edición en español, octava reimpresión, México, 1998 -1651-, p. 147), ello en la medida en que ese poder se ajusta al objeto y definición del poder público al que el propio autor caracteriza como "aquel *Dios mortal*, al cual debemos [...] nuestra paz y nuestra defensa. [...] *una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y la defensa común*" (ídem, p. 141. Con cursiva en el original).

Por esa misma razón, Friedrich Hegel, diferenciaba de modo tajante lo que representa el derecho penal como parte del derecho público estatal, frente a las formas primitivas de venganza privada destacando que "El derecho contra el delito que adopta la forma de la venganza (§102) es sólo derecho *en sí*, pero no tiene la forma del derecho, es decir, en su existencia no es justo" (Hegel, G. W.

Friedrich: *Principios de la filosofía del derecho*, traducción de Juan Luis Vermal, Edhasa, Barcelona, 1999 -1821-, § 220, pp. 342/343). E inmediatamente, refiriéndose al *ius puniendi* estatal, agregaba que con su advenimiento “En lugar de la parte lesionada aparece lesionado lo *universal*, que tiene su realidad propia en el tribunal y que se hace cargo de la persecución y castigo del delito. Éste deja así de ser una reparación contingente y sólo *subjetiva* para transformarse, bajo la forma de la *pena*, en la verdadera reconciliación del derecho consigo mismo. Ésta acontece desde una perspectiva objetiva, como reconciliación de la ley que, por medio de la eliminación del delito, se restituye a sí misma y efectiviza por lo tanto su validez” (ibídem).

En la obra de Hegel, que implica la culminación de la filosofía política moderna, aparece en toda su magnitud el contenido concreto del derecho penal como derecho público, pues sólo como afectación de lo común, como lesión de lo *universal* ejecutada a partir del daño a un particular, el delito cobra su verdadera dimensión social y, frente a esa dimensión, únicamente una reacción de la sociedad, encarnada en el Estado, es apta para recomponer el equilibrio jurídico dañado, pues cualquier reacción individual adquiere la forma contingente de la venganza.

En similar sentido, Anselm von Feuerbach explicaba, al iniciar su célebre tratado, que “El derecho criminal (ciencia del derecho penal, derecho punitivo) es la ciencia de los derechos que tiene el Estado, fundándose en las leyes penales, frente a sus súbditos como posibles infractores a las mismas. De allí que sea una parte del derecho público y que se distinga de los derechos civiles, puesto que éstos enseñan los derechos de las personas privadas” (Feuerbach, Anselm: *Tratado de Derecho Penal*, traducción de la 14ª edición alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 2007 -1801-, p. 39). Y, más adelante, agregaba: “Toda forma de lesión jurídica contradice el objetivo del Estado, o sea *que en el Estado no tenga lugar ninguna lesión jurídica*. Por ende el Estado tiene el derecho y el deber de hallar institutos mediante los cuales se impidan las lesiones jurídicas” (ídem, p. 51).

El valor de la caracterización del derecho penal como derecho público fue claramente destacada por Gustav Radbruch, quien explicó: “Desde el momento en que hay Derecho penal, en mérito del cual el Estado quita lá

venganza de las manos de la víctima, tiene aquél una cabeza de Juno [Jano]: porque ***el Estado, al encargarse de la misión punitiva, no sólo quiere proteger mejor a la sociedad contra el delito, sino también al delinciente frente a la venganza de la víctima. De tal suerte, el Derecho penal actualmente todavía, no sólo se dirige contra el delinciente, sino que además vela por él; se propone no sólo fundamentar el derecho del Estado a castigar, sino asimismo limitarlo; lo cual podría expresarse paradójicamente, diciendo que constituye, no sólo la fuente de la punibilidad, sino también sus límites, y quiere proteger, no sólo al Estado; no sólo al ciudadano frente al criminal, sino asimismo frente al fiscal; darle una Magna Charta contra el arbitrio y el error judicial, como dice FRANZ V. LISTZ.*** (Radbruch, Gustav: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, “Capítulo VI: Derecho Penal, ap. 9: El antiguo y el nuevo juez penal”, traducción de Luis Recasens Siches, primera edición, Biblioteca de la “Revista de Derecho Privado” Serie C Vol. 11, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1930, p. 139. El resaltado se agrega).

USO OFICIAL

De este modo percibimos otro aspecto de la caracterización del derecho penal moderno, como derecho público; no se trata únicamente de que la construcción del Estado moderno —el Estado Nación— exige la preservación de un núcleo de valores comunes, actividad esta que no puede quedar librada a la contingencia de las voluntades particulares, pues debe ser emprendida como asunto que atañe a todo el colectivo social; sino también de que, únicamente en el contexto de relaciones asimétricas entre el Estado, titular de la potestad punitiva, y los ciudadanos, sus destinatarios, se explica el sistema de autolimitación del poder punitivo que se encarna en el sistema de garantías constitucionales del derecho penal.

Esta idea de un segmento del ordenamiento que cumple, a la vez, la función de garantizar lo común y proteger al individuo de la arbitrariedad de la venganza privada, aparece también en el pensamiento de Max Ernest Mayer, quien al definir las funciones de los preceptos penales explicaba que ellos “*son una garantía para los súbditos del orden jurídico (...) ellos les garantizan la protección de determinados intereses, a saber, de aquellos que el Estado considera de tal manera dignos de tutela y necesitados de salvaguarda que la lesión de esos intereses mediante el más enérgico medio de protección, esto es, a*

través de la pena, podrá y tendrá que ser contenida y dará lugar a expiación (capacidad de tutela)” (Mayer, Max Ernest: *Derecho Penal. Parte General*, traducción Sergio Politoff Lifschitz, B de F, Buenos Aires, 2007 -1915-, p. 26).

Edmund Mezger, por su parte, al analizar la posición del derecho penal en el sistema jurídico, señaló: “*El derecho penal es derecho público*. No es derecho privado, por cuanto no regula las relaciones entre particulares, sino del individuo con la colectividad. Esto ocurre también en aquellos casos en los que se le reconoce al lesionado, como individuo, la posibilidad de influir en la persecución –tal el caso de los delitos perseguibles por querrela privada [...]– y de hacer valer, así el derecho al castigo, que no obstante, sigue siendo un derecho del Estado.” (Mezger, Edmund: *Derecho Penal. Libro de estudio. Parte General*, traducción de la 6ª edición alemana -1955- por Conrado A. Finzi, Din Editora, Buenos Aires, 1989, § 5, p. 29).

En idéntico sentido Reinhart Maurach, destacó: “el derecho penal es parte integrante del derecho *público*. No existe una relación de soberanía o de sometimiento más nítidamente expresada que aquella en la cual el Estado somete coactivamente al individuo a sufrir una pena; el derecho penal (*ius poenale*) extrae su facultad a partir del derecho a sancionar perteneciente al Estado (*ius puniendi*); pero tampoco existe, por otro lado, una rama del derecho cuya eficacia dependa tanto de la necesidad de mantener la paz social.” (Maurach, Reinhart – Zipf, Heinz: *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 7ª edición Alemana -1987-, por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 29).

Y, así también, Claus Roxin afirmó que “Dado que el Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, no se basa en el principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del Estado (que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal), es parte integrante del Derecho público” (Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, traducción de la 2da. edición alemana -1994- por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 43).

Winfried Hassemer, por su parte, explicó que “no toda lesión de un interés humano (bien jurídico) exige una reacción mediante el Derecho penal, sino tan sólo aquella que, además, presente el carácter de socialmente dañosa, és

decir que en sus efectos lesivos va más allá del conflicto entre el autor y la víctima y del daño individual que esta última sufre” (Hassemer, Winfried: *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, p. 38).

En esta misma línea, fue quizás Hans Welzel quien logró expresar con mayor claridad la magnitud social del delito, que excede al daño infligido al titular del bien jurídico afectado, magnitud esta que caracteriza centralmente al derecho penal como incumbencia pública. En este sentido enseñaba que “Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta al Estado y la sociedad. La mera protección de bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo, de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo. Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica” (Welzel, Hans: *Derecho penal alemán. Parte General*, traducción de la 1ª edición alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 2º edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 13).

Su discípulo, Günther Jakobs se enroló claramente en la misma línea argumentativa al destacar que “Las decepciones exclusivamente individuales de alguna de las partes de los contactos sociales no constituyen asuntos públicos y por ello no representan motivo para reacciones estatales. Incluso si el Estado asumiera la persecución del infractor de la norma en representación del individuo decepcionado, p.ej., para evitar la justicia al estilo Lynch, ello daría lugar a un interés público sólo indirecto en la decepción. Pero no hace falta ese rodeo, pues de la infracción de las normas jurídico-penalmente garantizadas surge también un conflicto público, si es que se trata de normas legítimas de Derecho penal. Jurídico-penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento

de la configuración social básica. La decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma, por ello no pueden interpretarse como una vivencia de la «persona singular», sino que han de interpretarse como sucesos del sistema de relación social” (Jakobs, Günther: *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la segunda edición alemana -1991-, por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo Marcial Pons, Madrid, 1995, § 1/8, p. 12).

Esta línea, que atraviesa el pensamiento penal desde los albores de la moderna teoría política hasta nuestros días, se ha visto reflejada también en el abordaje de la cuestión penal en nuestra doctrina nacional.

Ya Antonio Sáenz, en sus *Instituciones Elementales del Derecho Natural y de Gentes* sostenía que “De la obligación de conservarse a sí misma resulta la que tiene toda sociedad de conservar sus individuos y preservarlos de los daños que otros puedan causarles, y muy especialmente la de cuidar de las personas en quienes tiene depositada la autoridad pública. Es bien manifiesto que por la pérdida de individuos se debilita el Estado, y puede llegar a comprometer su existencia; a más de ser este un deber que produce el acto de asociación, cuyo objeto es la seguridad de los asociados, y su bien y prosperidad” (Sáenz, Antonio: *Instituciones elementales sobre el Derecho Natural y de Gentes. Curso dictado en la Universidad de Buenos Aires en los años de 1822-23*, Libro Segundo, “Del Derecho de Gentes”. Tratado 1º, “de las Sociedades en General, de sus Atribuciones y diferencias”. Capítulo 2º, “De las atribuciones de las Sociedades”; Instituto de Historia del Derecho Argentino, Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1939, § 8; p. 68 y ss.).

Rodolfo Moreno (h), por su parte, afirmaba: “En las sociedades modernas, el Estado monopoliza la represión, ejercitándose el derecho de castigar de los individuos o de las corporaciones, con su consentimiento o tolerancia. El Estado ejercita ese derecho en las condiciones que él mismo se traza de antemano por medio de su legislación. De manera que el derecho de castigar es el derecho de castigar del Estado, limitado por el derecho.” (Moreno, Rodolfo (h): *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1922, Tomo I, p. 150) y más adelante agregaba: “...la sanción penal se

dirige a tutelar los intereses sociales, aun cuando se refiera a la protección de intereses individuales. El derecho penal pertenece a la clase de derecho público” (idem, p. 152).

También Luis Jiménez de Asúa destacó el carácter público del derecho penal al afirmar: “El Derecho penal de hoy es un Derecho público, porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones en holocausto al apotegma liberal: *nullum crimen, nulla poena sine lege*” (Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, Losada, 5 edición actualizada, Buenos Aires, año 1992, p. 40).

Sebastián Soler, por su parte, destacó que “Aun cuando algunas disposiciones legales acuerdan cierta intervención a los particulares en el funcionamiento de la actividad represiva..., en general, debe decirse que las normas de derecho penal generan una relación directa entre el infractor y el Estado, el cual aparece como titular de la pretensión punitiva ... el Estado no deja librada a la voluntad de los individuos la creación de derechos, obligaciones y responsabilidades, sino que fija normas directamente destinadas a la generalidad, y procede como poder soberanamente regulador de la conducta de los súbditos. El derecho penal es derecho público” (Soler, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Tomo I, TEA, 5ª edición parte general, 1987, pp. 16/17).

Ricardo Núñez señaló, a su vez, que “El Derecho penal común –y sucede lo mismo con el contravencional y el disciplinario-, regula intereses que escapan a la competencia de personas privadas. Éstas sólo intervienen en la esfera del Derecho penal común como sujetos activos o pasivos de los delitos. Los intereses que atañen al Derecho penal son públicos, y, en caso de conflicto, su regulación y la decisión a su respecto sólo corresponden a los órganos del Estado. La voluntad de los particulares nunca puede representar aquí la ley libremente reguladora del caso. Entre nosotros, sólo la ley puede establecer delitos y penas, y sólo la justicia puede resolver los conflictos jurídico-penales, los cuales, aunque tengan su causa en el ataque de un particular a la persona o derechos de otro particular, no se presentan como relaciones entre personas jurídicamente equiparadas, sino como relaciones de subordinación entre el Estado y los gobernados.” (Núñez, Ricardo: *Derecho Penal Argentino. Parte General*, Tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, pp.

37/38).

En línea con el pensamiento de Welzel, Eugenio Raúl Zaffaroni, en su antiguo Tratado, explicaba: “Dada la función de tutela de bienes jurídicos que el derecho penal tiene, debiendo garantizarlos contra las afectaciones susceptibles de conmover el sentimiento de seguridad jurídica de los habitantes de la Nación, el derecho penal no puede menos que tener carácter de público” (Zaffaroni, Eugenio: *Tratado de derecho penal, parte general*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1980, p. 32). Y más adelante agregaba: “Es válido afirmar que detrás de la afectación de bienes jurídicos, hay una general afectación a un interés público del Estado, lo que hace que el derecho penal tenga carácter público” (ídem, p. 35).

También Julio B. J. Maier, caracteriza de este modo al derecho penal al explicar que “...las reglas citadas presentan la visión política tradicional del Derecho penal desde su nacimiento: se trata de infracciones supuestas como intolerables para el sistema social y político en grado máximo y, por ello suman un *plus* al daño particular que, en su caso provocan el agregado que se retribuye con la pena estatal; la concepción de la *pena como castigo expiatorio o retributivo* frente a la desobediencia de una norma –en este caso, estatal– (desobediencia que, en bastantes casos, prescinde incluso de la verificación de un daño para una persona concreta) está, por ende fuertemente arraigada en esta conformación del sistema. En lenguaje político: se trata de una reserva de poder estatal para el control directo por el Estado de los habitantes que viven bajo su poder de administrar la vida social” (Maier, Julio B. J.: *Derecho Procesal Penal, Tomo II, Parte General, Sujetos Procesales*, Del Puerto, Buenos Aires 2003, p. 639).

Pues bien, al cabo de este repaso de las principales fuentes de la teoría política y del derecho penal, es posible extraer como ideas centrales que en el ámbito del derecho penal se expresa de modo drástico una relación de sujeción de los ciudadanos al poder del Estado, y que consecuentemente es quizás la expresión más cabal de la soberanía estatal.

Por otra parte, la función elemental que el derecho penal cumple dentro del sistema social consiste en consolidar ciertos valores indispensables para la cohesión social, valores estos que no se agotan en los intereses de una

persona particular, sino que, por su propia naturaleza resultan patrimonio de la sociedad organizada en Estado.

Además, y esto resulta central para el análisis de la cuestión planteada, la caracterización del derecho penal como derecho público es, como lo destacaba Radbruch, lo que posibilita el reconocimiento de todo el sistema de garantías individuales que rodean a tan particular expresión de la soberanía estatal, pues ellas sólo aparecen como la expresión de un Estado que se autolimita en su poder punitivo, para legitimarse así como titular del monopolio de la coerción física legítima.

Esto explica, a su vez, que la definición del derecho penal como derecho de carácter público posea, en nuestro sistema normativo, raigambre constitucional, en tanto, en el primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Nacional, se exige al legislador sólo “hacer leyes que sirvan de norma y regla á los individuos del Estado para sus actos exteriores y *públicos*”, tal como lo expresó el redactor original de esa regla constitucional, el presbítero Antonio Sáenz, quien sustentó, además, dicha potestad “en el pacto mismo de asociación por el cual se han sometido los asociados obligándose a obedecer a una autoridad suprema” (cfr. Sáenz, Antonio: op. cit., p. 80. Sin destacado en el original).

Dejar de lado esa limitación, impuesta a la intervención del poder penal, que lo acota a la lesión o al cuestionamiento de intereses o valores supraindividuales, para pretender presentar el conflicto penal como un problema entre partes privadas, lejos de representar un avance en el reaseguro de las libertades civiles fundamentales, constituye un grave riesgo para su vigencia efectiva, pues importa olvidar que la regla del artículo 19 de la Constitución argentina, determina, tal como lo expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Bazterrica”, que la ley penal sólo debe estar destinada a asegurar aquellas “valoraciones... en cuya protección está interesada la comunidad toda” (*Fallos* 324:2689, considerando 12 del voto del juez Petracchi).

II

Pues bien, establecido entonces que el derecho penal posee carácter público, en atención a los intereses que en él se encuentran en juego, la acción

penal, orientada a ejercitar ante la jurisdicción este derecho, no puede ser –por regla general- más que de carácter público.

Ello es centralmente así porque, en tanto a través del derecho penal se garantiza un conjunto mínimo de normas de configuración social, que resultan indispensables para preservar la vida en común, la realización de estos fines no puede quedar librada a la contingencia de las voluntades de los particulares, sino que debe ser emprendida de modo centralizado por quien es el encargado de mantener el orden social.

En este sentido, Beling explicaba: “Un proceso, en que cualquier persona puede ser acusador, no es imposible... en contra de ello milita el hecho de que una persona particular no asume el molesto papel del acusador, sino por motivos personales, existiendo, por lo tanto, lo mismo el peligro de que no se acuse, aunque el interés del Estado lo requiera, que el peligro contrario de que el odio, la venganza y otros motivos bastardos originen procesos sin fundamento. En una fase del desarrollo del ordenamiento jurídico, en la que los actos punibles no aparezcan como meros *delicta privata*, sino como ataques contra la comunidad amenazados con pena pública, debe ser invocada también esta comunidad para incoar la persecución, sobre todo, *ne delicta maneant impunita*. Así, asume el Estado el papel de acusador, dotado de órganos especiales para la acusación. Relacionando de esta manera el principio de la iniciativa estatal con el de la acusación formal (...) resulta que no poseen los particulares (ni siquiera la víctima) la capacidad activa de ser parte, que sólo posee el Estado”. (Beling, Ernst: *Derecho procesal penal*, traducción de Miguel Fenech, Labor S.A., Buenos Aires, 1943, p. 65).

Entre nosotros, con envidiable claridad, Esteban Righi señaló que “El principio general según el cual la acción penal es de carácter público, no sólo está motivado en que su regulación es parte del derecho público, sino fundamentalmente en que se trata de una actividad destinada a satisfacer intereses colectivos, aun en los excepcionales casos en que la ley autoriza su ejercicio a los particulares” (Righi: Esteban J. A.: *Derecho Penal. Parte General*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 477).

Es que, como lo enseñaba Vélez Mariconde: “Así como en el área del derecho privado la acción es el poder jurídico, que pertenece al sujeto a quien

inmediatamente le interesa la observancia de la ley, de requerir su actuación en el caso concreto –limitándose el Estado a prevenir, disponer y garantizar los medios para que el derecho se realice, es decir a ejercitar el poder jurisdiccional (*strictu sensu*)- en el campo del derecho penal, en cambio, el Estado, como titular de la potestad represiva, debe intervenir de diverso modo: Antes de la infracción, con medidas de prevención o de policía tendientes a impedirla; después que se presume cometido el delito, con una compleja actividad en todo aspecto y momento dirigida a actuar el derecho. Precisamente porque es el titular de la potestad represiva, no puede limitarse a juzgar; debe también instituir órganos que se encarguen de la investigación y de la acusación, asumiendo así la triple función que la naturaleza pública del derecho penal le impone.” (Vélez Mariconde, Alfredo: *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1982, p. 282).

USO OFICIAL

Agregaba a renglón seguido el maestro cordobés: “La acción penal es pública tanto por el objeto al cual se refiere, cuanto por la finalidad que persigue. Para cumplir sus fines, para defender su propia vida, para mantener el orden jurídico-social, el Estado ha reivindicado del particular el derecho de acusar; éste se ha convertido en una función pública (algunos dirán: en un derecho público). El interés individual ha quedado reducido, anulado, comprendido en el interés social.” (ibídem).

En similar sentido, Clariá Olmedo explicaba que “En los comienzos de la práctica del procedimiento penal, estaban confundidos los intereses afectados por las consecuencias penales y civiles del hecho incriminado, y la existencia práctica de éstas quedaba relegada a la voluntad del ofendido. De aquí que originariamente sólo pudiera ser acusador quien se titulara lesionado por el hecho a juzgarse, sin que la autoridad pudiera suplir su inercia. (...) Una vez alcanzado en Grecia y Roma el carácter público del Derecho penal, se distinguen los delitos en privados y públicos en consideración al interés comprometido. Esto hizo que el órgano privado de la acusación se mantenga para los primeros, pero con respecto a los segundos el sistema se orientó por la idea de cuerpo social que se cristalizó y perfeccionó con la *accusatio*. La trascendencia social del hecho permite ampliar el concepto extendiendo la condición de órgano de la acusación a todos los ciudadanos que reúnan determinadas condiciones...”

(Clariá Olmedo, Jorge A.: *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1984, p. 12 y ss.)

Se advierte ya aquí que la centralización del poder de acusación en manos del Estado y su correlato, el desplazamiento del particular afectado del rol de acusador, es la característica fundamental del proceso de conformación de un sistema penal que pretende racionalizar la respuesta frente a las infracciones a las normas básicas de coexistencia. En particular, este proceso, que se inicia paralelamente a la conformación de los estados nacionales, es el que dio origen al derecho penal y a la pena pública tal y como los conocemos hoy.

Al respecto, Michel Foucault, en “La verdad y las formas jurídicas”, explicaba el modo en que se produjo esta transición recordando que durante el medioevo europeo el derecho germánico, fue paulatinamente desplazado por una nueva forma de resolver los conflictos jurídicos. El mentado autor describió en primer término al modelo germánico caracterizándolo del siguiente modo: “en primer lugar no hay acción pública, es decir, no hay nadie que representando a la sociedad, a un grupo, a un poder, o a quien lo detente tenga a su cargo las acusaciones contra los individuos. Para que hubiese un proceso penal era necesario que hubiese habido daño, que al menos alguien afirmase haber sufrido daño, o se presentase como víctima y que esta presunta víctima designase a su adversario... La acción penal se caracterizaba siempre por ser una especie de duelo u oposición entre individuos, familias o grupos. No había intervención alguna de ningún representante de la autoridad, se trataba de una reclamación de un individuo a otro que se desarrollaba con la sola intervención de estos dos personajes; el que se defiende y el que acusa.” (Foucault, Michael: *La verdad y las formas jurídicas*, traducción Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona, 1996, p. 66).

Sin embargo, aún en aquél modelo, en el que los conflictos que hoy se tramitan dentro del subsistema penal público eran procesados como disputas privadas entre particulares, existían casos excepcionales, en los cuales, por considerarse que el conflicto afectaba al grupo social en su conjunto y no a un individuo particular, se establecían supuestos de ejercicio de la acción pública, “En estos casos intervenía la comunidad, que se consideraba lesionada, y colectivamente exigía reparación al individuo” (ibídem).

Ya esta breve referencia al contexto histórico político de

conformación del sistema público penal, da cuenta de que (aún en las comunidades organizadas de modo más rudimentario) siempre que existieron intereses considerados comunes, que debían ser afianzados como base para la vida en sociedad, existía una acción penal pública en manos de organismos más o menos formales, pero distintos de la víctima, que en representación de la colectividad que se sentía afectada, impulsaban la acusación, persiguiendo el castigo del infractor.

Se percibe aquí claramente que pretender presentar el modelo acusatorio -característico del derecho germánico, que hoy día es pensado como horizonte de proyección de nuestros sistemas de enjuiciamiento penal- a partir del modo en que ese sistema procesaba los conflictos privados, entre particulares (ofensor y ofendido), constituye un error conceptual y, en cierto sentido, también histórico.

Luigi Ferrajoli lo explicaba claramente al señalar que "...entre el modelo teórico acusatorio y la discrecionalidad de la acción penal no existe ningún nexo, ni lógico ni funcional [...]. Es claro que en el antiguo proceso acusatorio, donde la iniciativa penal estaba atribuida a la parte ofendida o a cualquier ciudadano, el poder de acusación sólo podía ser discrecional. En un sistema de éste género la discrecionalidad estaba, en efecto, no sólo lógicamente implicada, sino incluso axiológicamente justificada por el carácter privado o sólo popular de la acción, cuya omisión, **en coherencia con el carácter todavía tendencialmente privado del mismo derecho penal sustancial**, era indicativa de tolerancia o cuanto menos de falta de reacción social frente al delito. Pero **al afirmarse el carácter público del derecho penal y sus funciones de prevención general, no sólo de las venganzas, sino asimismo de los delitos, también la acusación perdió progresivamente su originaria naturaleza privada, asumiendo carácter y modalidades enteramente públicos**: primero, como se ha visto, mediante la atribución a cada ciudadano de la acción civil y popular por los *delicta pública* y después con la institución de un acusador o ministerio público ante los órganos judiciales" (Op cit., p. 567 y ss., el resaltado se agrega).

No es entonces en aquellos casos en los que la acción se encontraba en manos del ofendido en los que debe buscarse el arquetipo del proceso penal,

pues en esos supuestos (aun cuando en muchos de ellos el conflicto subyacente resultara, por su magnitud, semejante o idéntico a los casos que hoy suscitan una cuestión pública penal) de lo que se trataba, al colocar la acción en manos del damnificado, era de permitirle obtener una compensación o reparación por el perjuicio individual que él había sufrido, ya fuera ésta una reparación material, a través de indemnizaciones pecuniarias o transacciones, o simbólica, a través de modos ritualizados de la venganza; en la actualidad ese modo de resolver conflictos es propio del derecho privado, particularmente del denominado “derecho de daños”.

No se ha prestado suficiente atención, en cambio, a que aun en las entrañas de este sistema acusatorio primitivo, propio de un período histórico en el cual el poder estatal no se encontraba organizado, existían supuestos en los que el sistema de resolución comunitaria de conflictos se ocupaba no ya de los intereses particulares de una persona –presuntamente ofendida por el hecho-, sino de tutelar intereses supraindividuales. Por ello, más allá de que si se los observa a la luz de nuestras cosmovisiones actuales, algunos de tales intereses, puedan presentarse como ridículos o inaceptables en su calidad o carácter público, pues como lo destaca Michel Foucault, existían “sólo dos casos bastante curiosos en que había una especie de acción pública: la traición y la homosexualidad” (Foucault, Michael: op. y pág. cit.); lo importante, en lo conceptual, es que dada su pertenencia al núcleo de valores en cuya preservación estaba interesada, en aquél momento, la comunidad en su conjunto, se instituía un sistema de impulso de la acción en manos de la comunidad para activar la sanción por su quebrantamiento.

El germen del derecho penal se encuentra allí donde, por considerarse en riesgo intereses comunes, se preveía una acción pública en manos de la comunidad, pues sólo en esos supuestos la respuesta a la infracción cometida por el individuo puede presentarse como pena pública, destinada no ya a compensar el dolor de la víctima, sino a garantizar valores considerados, en el contexto histórico del cual se trate, fundamentales para la convivencia social.

Se advierte entonces que a partir del siglo XIV de nuestra era, se produce un proceso que acompaña al surgimiento del estado moderno en el cual paulatinamente los conflictos que antes eran considerados problemas entre

particulares (regidos, en consecuencia, por un sistema de impulso privado de la acción dirigida a obtener una reparación del daño ocasionado) se convierten en asuntos públicos que, al cabo de ese movimiento, pasan a ser vivenciados como conflictos que no sólo afectan a un particular que sufre un daño en sus derechos subjetivos, sino como alteración del sistema de reglas fundamentales que pertenecen a la comunidad toda, y a las que podríamos denominar “Derecho Objetivo”.

A este respecto, Winfried Hassemer señaló que “El Derecho penal estatal surge precisamente con la neutralización de la víctima. Dejando ahora a un lado la discusión de los historiadores del Derecho acerca de si el derecho penal germánico constituye un precedente, o los inicios de algo bien distinto del derecho penal estatal, lo que en cualquier caso está claro es que la condición para que pueda establecerse el derecho penal es que la víctima sea excluida de su posición natural junto al delincuente. [...]. El control del delito deja de ser tarea de la víctima, socialmente tolerada, para pasar a ser competencia del Estado, que se convierte en exclusivo detentador del monopolio de la reacción penal, correspondiéndole en exclusiva la realización violenta del interés de la víctima, a la que, a su vez, se le prohíbe con la conminación de una pena castigar por sí misma la lesión de sus intereses.” (Hassemer, Winfried: op. cit., pp. 92/93).

Es por ello que, a pesar de lo que podría pensarse en una aproximación superficial, el carácter público de los conflictos penales y el surgimiento de la acción penal pública ha tenido en verdad una sustancial influencia en la “dulcificación” de las prácticas punitivas.

En este sentido, como lo explicaba Friederich Nietzsche: “Cuando su poder se acrecienta la comunidad deja de conceder tanta importancia a las infracciones del individuo, pues ya no le es lícito considerarlas tan peligrosas y tan subversivas para la existencia del todo como antes: el malhechor ya no es ‘proscrito’ y expulsado, a la cólera general ya no le es lícito descargarse en él con tanto desenfreno como antes, sino que a partir de ahora el malhechor es defendido y protegido con cuidado por parte del todo, contra esa cólera y, en especial, contra la de los inmediatos perjudicados [...]. Si el poder y la autoconciencia de una comunidad crecen entonces el derecho penal se suaviza también siempre...” (Nietzsche, Friederich: *Genealogía de la Moral*, traducción

de Andrés Sánchez Pascual, Alianza, Madrid, 1991 [1887], p. 82).

Poco después agregaba: “En todos los lugares donde se ha ejercido justicia, donde se ha mantenido justicia vemos que un poder más fuerte busca medios para poner fin, entre gentes más débiles, situados por debajo de él (bien se trate de grupos, bien se trate de individuos), al insensato furor del resentimiento, en parte quitándoles de las manos de la venganza el objeto del resentimiento, en parte colocando por su parte en lugar de la venganza, la lucha contra los enemigos de la paz y el orden, en parte inventando, proponiendo y, a veces, imponiendo acuerdos, en parte elevando a la categoría de norma criterios equivalentes de daños, a los cuales queda remitido desde ese momento, de una vez por todas el resentimiento.” (ídem, p. 86).

Así también Hegel enseñaba: “Cuando en la sociedad no hay jueces ni leyes, la pena tiene siempre forma de venganza, que es deficiente en la medida en que es la acción de una voluntad subjetiva y no es adecuada por lo tanto al contenido. Las personas que constituyen un tribunal son, por cierto, también personas, pero su voluntad es la de la universalidad de la ley, y no quieren agregar nada a la pena que no se encuentre en la naturaleza de la cosa. A quien sufre la injusticia, por el contrario, ésta no se le aparece en su limitación cuantitativa y cualitativa, sino simplemente como injusticia; en la compensación puede, por lo tanto, abusar de sus fuerzas, lo que conduciría a su vez a una nueva injusticia. En los pueblos incultos la venganza es imperecedera”; y poco más adelante agregaba: “En varios códigos actuales hay aún un resto de venganza al abandonar al individuo la decisión de llevar o no una infracción ante la justicia.” (Hegel, G. W. Friederich: op. cit., pp. 192/193).

De este modo se explica que nuestro sistema de enjuiciamiento penal se estructure sobre la base del carácter público de la acción penal. Por una parte, como ya se ha expuesto, en tanto el Estado, en representación de la sociedad es, merced al carácter público del derecho penal, quien detenta la titularidad del derecho a imponer penas (*ius puniendi*), debe también tener en sus manos el monopolio del ejercicio de las acciones destinadas a hacer efectivo el ejercicio de tal derecho.

A este respecto, como lo explicaba Llambías, “La *acción* es la facultad del titular de un derecho para exigir de los órganos jurisdiccionales del

estado el reconocimiento y efectividad de su pretensión” (Llambías, Jorge Joaquín: *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo I, octava edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 241) y como tal no puede estar en manos de un sujeto distinto de aquél al que la ley le acuerda el derecho sustantivo a ser ejercido merced a esa acción.

Es entonces la trascendencia que para la subsistencia de la sociedad poseen las normas que conforman el derecho penal lo que determina que el Estado, garante de la cohesión social, no pueda dejar su estabilización librada al arbitrio y la contingencia de la voluntad de los particulares; este aspecto de la cuestión explica no sólo el carácter público de la acción, sino a su vez el carácter no discrecional de su ejercicio.

A este respecto, Tomás Jofré, enseñaba que “La perturbación producida por el delito afecta en primer término al estado, que es el encargado de mantener la tranquilidad social y que recurre a la pena para conseguir su objeto. De ahí nace la acción pública.” (Jofré, Tomás: *El Código Penal de 1922. Concordancias, bibliografía, jurisprudencia, comentarios*, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1922, p. 148).

Por último, y en modo alguno menos importante, el carácter público de la acción, que involucra necesariamente la objetividad del órgano encargado de ejercerla (que es distinto de las partes involucradas en el conflicto ocasionado por el hecho), es lo que ha permitido poner límites racionales a la venganza y estatuir un régimen de garantías de las que el individuo acusado de un delito puede prevalerse frente a los órganos encargados de la persecución penal.

Es cierto que aún en nuestro sistema subsiste un puñado de delitos para los cuales el legislador ha previsto una acción de carácter privado (artículo 73 del Código Penal); se trata sin duda de una excepción al principio explicado en el presente apartado, según el cual, del carácter público del derecho penal deriva necesariamente una acción penal pública.

Ahora bien, tal excepción puede entenderse si se atiende a que se trata de ilícitos penales de escasa trascendencia social, en cuya persecución el Estado ha perdido interés. En este sentido enseña Hassemmer que “La persecución de los delitos sólo se hace depender de la denuncia o querrela de la víctima en los supuestos de escasa relevancia social del hecho, siendo en los demás casos

competencia de la autoridad la decisión sobre la instrucción y la acusación. La querrela del particular sólo se autoriza respecto de los delitos cuyo tipo comporta un reducido interés público y el mismo principio rige para la personación de la acusación privada. El monopolio público de la persecución penal sólo se ve levemente afectado a través del procedimiento especial para compeler a la promoción de la acción pública” (Hassemer, Winfried: op. cit., p. 91).

En la misma dirección Rodolfo Moreno (h) explicaba que “Cuando se considera que un acto perjudicial para otro y erigido por la ley en delito, interesa en la sustanciación de sus consecuencias, más al afectado que a la sociedad, se deja librado al mismo el derecho de perseguir la aplicación del castigo contra el autor de la infracción.” (Moreno, Rodolfo (h): op. cit., p. 233).

Se trata en verdad de delitos que, en cierta medida, están en proceso de transformarse en conflictos estrictamente privados, esto es, de desaparecer lisa y llanamente como ilícitos penales, como parece ocurrir con algunos delitos de expresión, respecto de los cuales nuestra sociedad avanza decididamente en su toma de conciencia sobre la manifiesta incompatibilidad entre la sanción penal a la expresión y los principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución (Cfr. al respecto mi trabajo: “Delito y libertad de expresión” en *Doctrina Penal*, Año 11, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 461).

De todos modos, la subsistencia residual de esos casos en los que la acción emergente de un delito se deja librada al arbitrio del particular damnificado, en modo alguno puede poner en cuestión el carácter eminentemente público de la acción penal en nuestro sistema jurídico, el que, por lo demás, ha alcanzado consagración normativa en nuestro plexo constitucional (art. 120 de la Constitución Nacional).

III

La íntima vinculación que existe entre el carácter público del derecho penal y el carácter público de la acción dirigida a ejercerlo ante la jurisdicción, considerada en el apartado anterior, permite introducir otro de los puntos centrales a tener en cuenta para resolver la cuestión sometida a examen; me refiero puntualmente al nexo existente entre la acción dirigida a ejercitar un derecho y la propia existencia y consagración de ese derecho en la legislación.

Es precisamente ese nexo el que determina, como se verá a continuación, que la regulación de la existencia y extinción de las acciones, así como también la legitimación para ejercerlas, resulten materia de regulación del derecho de fondo, y consecuentemente sean ajenas a las diferentes legislaciones procesales.

La *acción* es la facultad del titular de un derecho para exigir de los órganos jurisdiccionales el reconocimiento y efectividad de ese derecho, por tal razón, y aún cuando se pretenda que acción y derecho sustantivo no pueden identificarse (como lo sostiene la teoría dualista), lo cierto es que tampoco pueden separarse de modo tajante. Sólo aquél que resulta titular de un derecho se encuentra legitimado para, a través de la acción, excitar la jurisdicción a fin de que ésta lo haga efectivo.

Por ello, el art. 8.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen que no ya la efectividad sino la propia existencia de un derecho depende esencialmente de que éste vaya acompañado de la consagración normativa de una acción destinada a que él sea reconocido por la jurisdicción.

En estos términos, la consagración de una acción, la regulación de la legitimación para ejercerla y las condiciones bajo las cuales ésta se extingue, han de reglamentarse conjuntamente con la consagración del derecho sustantivo al que esa acción sirve y, por consiguiente, han de ser legislados en el mismo plexo normativo.

En este sentido, Julio Maier enseña que “La **ley material**, civil, penal o de cualquier otra índole es aquella a la cual le corresponde dirimir la cuestión acerca de quién es la persona con derecho a reclamar la consecuencia jurídica marcada por una norma de conducta, en especial por una norma de deber. Anexo a la creación de una regla de conducta funciona el mecanismo, consecuente de ella, consistente en establecer la persona, pública o privada, individuo o corporación, y en su caso, sus posibles sustitutos, con derecho a pretender la realización de la consecuencia jurídica. Esta regla facultativa constituye el sustrato básico para apreciar la llamada *legitimación procesal*” (Maier, Julio B. J.: op. cit., p. 647. El resaltado se agrega).

Esto no es exclusivo del derecho penal, piénsese en las acciones posesorias, que aparecen reguladas en el Código Civil, junto a las reglas que

establecen los derechos del poseedor sobre una cosa (confrontar arts. 2468 a 2501 del Código Civil), o las acciones de petición de herencia, que se prevén en la ley de fondo junto a las reglas que consagran los derechos del heredero sobre el acervo hereditario (arts. 3421 a 3424 del Código Civil); así también las acciones civiles que nacen de los delitos se encuentran reguladas en el derecho civil de fondo, junto a las reglas que establecen los alcances de la responsabilidad civil y los derechos resarcitorios en favor del damnificado, que de dichos ilícitos surgen (cfr. arts. 1085, 1095 y 1096 a 1106 del Código Civil).

Al respecto Lino Enrique Palacio, al referirse a las diferentes aproximaciones al concepto de acción y a la discusión sobre su autonomía o dependencia del derecho subjetivo, enseñaba que “...cabe asignarle al término ‘acción’ un segundo significado que viene a identificarla con el derecho material invocado como fundamento de la pretensión (...) De acuerdo a este significado, en efecto, la acción no resulta configurada como simple ‘prolongación judicial’ del derecho material, sino como el derecho material *judicialmente reconocido*. Entendemos que es **éste el específico significado que corresponde atribuir a la palabra ‘acción’ cuando ella figura en las normas contenidas en los llamados códigos de fondo, pues no es concebible que éstos otorguen acciones con absoluta prescindencia de la efectiva titularidad de un derecho subjetivo...**” (Palacio, Lino Enrique: *Derecho Procesal Civil, Tomo I, Nociones Generales*, tercera edición actualizada por Carlos Enrique Camps, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 285. El resaltado se agrega).

Más adelante, en la misma línea de pensamiento expresada por el profesor Maier, Palacio agregaba: “Es preciso que quienes intervienen en el proceso como partes (...) sean quienes deben figurar en ese proceso concreto asumiendo tal calidad. Estas últimas son las ‘justas partes’ o las ‘partes legítimas’, y la aptitud jurídica que permite caracterizarlas mediante esos términos se denomina *legitimación para obrar* o *legitimación procesal*. Cabe, pues, definir a la legitimación para obrar o procesal como aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente (...) respecto de la materia sobre la cual el proceso versa”, para concluir más adelante que “La pauta, a la cual es menester atenerse, como principio, a fin de determinar

en cada caso la existencia de legitimación procesal, está dada por la titularidad activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial, controvertida en el proceso” (op. cit. pp. 301/302).

Se advierte entonces claramente que no resulta caprichoso que la existencia, el carácter que poseen y los modos de extinción de las acciones penales que nacen del delito hayan sido legisladas dentro del texto del Código Penal, de modo uniforme para todo el territorio de la nación, pues, como asunto propio de la legislación de fondo, se trata de una competencia legislativa delegada por las provincias en el Congreso Federal (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional).

En esta línea de ideas, cabe recordar el modo en que el redactor de nuestro Código Penal, Rodolfo Moreno (h), al comentar las reglas vinculadas al ejercicio de las acciones penales, contenidas en él, las explicaba: “La acción es siempre la consecuencia de una lesión. Esa lesión crea o afirma el derecho y éste da nacimiento a la acción. En materia civil, más bien en las relaciones privadas, la lesión perjudica individualmente y por tanto el juez del reclamo es el propio afectado. Si éste lo desea ejercita el derecho y entabla la acción; si no quiere hacerlo no lo pone en movimiento y nadie sino él es beneficiado o perjudicado con el acto que realiza. En el orden penal, en el derecho público en general, el hecho, el delito en nuestra materia, afecta a la sociedad y por consiguiente la acción, la tutela, la vigilancia, la defensa, tienen que colocarse en un plano superior al de la voluntad individual. De ahí que en el orden civil las acciones sean privadas y en el penal, públicas.” (Moreno Rodolfo [h]: op. cit., p. 233).

Queda claro pues, que el derecho penal de fondo determina quién resulta titular del *ius puniendi*, y con absoluta coherencia con la conceptualización del derecho penal como derecho público, le asigna al Estado legitimación para perseguir la sanción de infracciones a las reglas básicas que delimitan los modos de convivencia social pacífica. Y lo hace a través de un órgano específico, el Ministerio Público Fiscal, que es definido por nuestra Constitución Nacional como el órgano que “tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad” (art. 120 de la Constitución Nacional).

Por consiguiente, no es posible, bajo ningún punto de vista,

pretender que la posibilidad de intervención del particular ofendido por el delito en el proceso penal, contemplada en leyes procesales, implique un reconocimiento de legitimación a esa persona para ejercer la acción penal, y mucho menos que ese particular sea titular de un derecho subjetivo a obtener el castigo del responsable del delito del que se trate (*ius puniendi*).

En palabras del profesor Julio Maier: "... no existe, en principio, manera alguna de sostener que el ofendido, víctima o portador real del bien jurídico que la norma penal infringida tiende a proteger, sea para el derecho positivo argentino, un legitimado sustancial para perseguir penalmente en los delitos denominados de acción pública. Ello quiere expresar que la ley penal material, al mismo tiempo que impone un deber, de obrar o de abstenerse de obrar, concede sólo al Estado –por intermedio de órganos públicos que la ley (orgánica) procesal instituye y organiza para ello- la facultad (en lenguaje procesal: *legitimación*) de promover la persecución por la lesión culpable de ese deber y de proseguirla hasta la culminación del procedimiento" (Maier, op. cit, Tomo II, p. 646).

Así las cosas, la intervención de la parte querellante en el proceso penal, debe interpretarse en el contexto de las limitaciones que implica esta ausencia de legitimación sustancial para perseguir la imposición de una pena. Por ello, al referirse a esta cuestión, el propio Maier explica que la posición del querellante es de una naturaleza jurídica semejante a la de la intervención voluntaria de terceros adherentes simples o coadyuvantes en el ámbito del Derecho Procesal Civil –arts. 90, inc. 1º, y 91, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Maier, op. cit, Tomo II, p. 647). Es decir, la intervención de un tercero que carece de legitimación sustancial para impulsar la acción, pero al que se le permite intervenir en el proceso pues el resultado de éste puede afectarlo indirectamente.

A este respecto, para comprender cuál es la razón que da sustento a la inclusión de la figura del querellante, debe atenderse particularmente a la incidencia de la sentencia dictada en el juicio penal sobre el reclamo civil por los daños y perjuicios derivados del delito, reclamo para el cual el particular ofendido por el hecho se encuentra normativamente legitimado (cfr. particularmente artículos 1101 a 1103 del Código Civil y sus notas). No puede

olvidarse además que reglas como la establecida en el artículo 1097, última parte, del Código Civil, condicionan la facultad de intervenir del querellante en el proceso penal a que conserve interés en la acción civil resarcitoria, y en cambio hacen decaer su facultad de intervenir en el juicio penal (a la que de modo impropio Vélez Sarsfield se refiere con el término “acción penal”) en aquellos casos en los que el damnificado, sea por renuncia o por transacción, pierde la posibilidad de entablarla.

En síntesis, en tanto la legitimación para el ejercicio de las acciones depende de la titularidad de un derecho material y, en consecuencia, de su reconocimiento y regulación por el derecho de fondo, las reglas procesales que contemplan la facultad de la víctima de constituirse en parte querellante e intervenir en el proceso penal, no resultan un sustento válido para afirmar que ella se encuentre legitimada para ejercer por sí la acción penal pública.

En el ámbito de los delitos de acción pública, las reglas contenidas en los artículos 71 y 72 del Código Penal, en correspondencia con la norma consagrada por el artículo 120 de la Constitución Nacional, asignan legitimación para el ejercicio de esa clase de acción únicamente al Ministerio Público Fiscal.

IV

En este punto corresponde analizar si, como cierta parte de la doctrina nacional lo insinúa, existe alguna regla constitucional que consagre un derecho subjetivo individual, a favor de la víctima de un delito, a perseguir la aplicación de una pena al responsable, pues, de existir un principio de esas características en nuestro texto constitucional, el sistema legal instaurado por el Código Penal en torno a la legitimación para el ejercicio de las acciones, que se ha descrito hasta aquí, resultaría inconstitucional.

Quienes han sostenido que existe un derecho de base constitucional a querellar, fundan esa afirmación en una particular interpretación de los alcances de la garantía del debido proceso, contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En este sentido, el Prof. Bidart Campos, quien defendió esa posición, afirmaba que, si bien es cierto que el ejercicio del poder punitivo estatal persigue una finalidad de “defensa social (...), cuando en ese ámbito la

acción penal está a cargo del ministerio fiscal, no queda agotado el papel de la víctima que pretende intervenir como querellante. Su derecho a la jurisdicción, al debido proceso, a la defensa, vienen aunados en aval de la necesidad constitucional de reconocer a los particulares la legitimación para querellar.” (Bidart Campos, Germán: “La legitimación del querellante”, en revista *El Derecho*, Tomo 143, Buenos Aires, pp. 937-938).

Los defensores de esta posición suelen agregar que la incorporación a la Constitución Nacional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dispuesta en su artículo 75, inciso 22°, tras la reforma del año 1994, refuerza y complementa aquellos principios, pues la consagración amplia del derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva, contenida en dichos documentos, hace indiscutible la legitimación de la persona afectada por el delito a obtener la investigación, el esclarecimiento del hecho y el castigo de los culpables (cfr. Bidart Campos, cit; Solimine, Marcelo: “El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su facultad recursiva”, en *La Ley*, Tomo 2005 A – Sección Doctrina-, Buenos Aires, p. 1375 y ss.; Cafferatta Nores, José Ignacio: “Derecho a la justicia del querellante y posición desincriminatoria del ministerio fiscal”, en *Revista Derecho Penal*, Tomo 10, Juris, Rosario, pp. 13 y ss.; entre otros).

En el apartado siguiente se analizará si las conclusiones a las que llega este sector de la doctrina se corresponden realmente con las reglas contenidas en los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional y con sus condiciones de vigencia en el ámbito del derecho internacional; aquí corresponde únicamente verificar si, como se pretende desde ese sector de la doctrina, la garantía del debido proceso, contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, y el derecho a la jurisdicción derivado de ella, poseen un alcance tal que permita sostener que de ellos se desprende la consagración de un derecho subjetivo de la víctima a obtener la sanción penal del responsable del delito.

Pues bien, la garantía del debido proceso tradicionalmente ha sido concebida como aquél principio en virtud del cual el Estado debe respetar, en todos sus procedimientos, sean estos administrativos o judiciales, los derechos reconocidos a los ciudadanos en la ley; y en función de ello acordar a lós

individuos ciertas garantías básicas orientadas a preservar aquellos derechos.

Respecto a la garantía del debido proceso en el ámbito penal, el Prof. Claus Roxin, explica que "... el mandato superior del Derecho procesal penal en su totalidad es el principio del proceso justo. Esta máxima en forma de cláusula general es una consecuencia de las decisiones valorativas fundamentales del Estado de Derecho y del Estado Social (...) y según la opinión dominante ha sido positivizada por el artículo 6, I, 1 MRK [Convención Europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales]" (Roxin, Claus: *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25ª edición alemana, Beck, Munich, 1998, a cargo de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 80/81).

Inmediatamente Roxin agrega que si bien "Según el texto del artículo 6, I, 1 MRK [Convención Europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales] toda persona tiene únicamente el derecho a que su causa sea oída en forma justa (...) la opinión dominante considera garantizado el principio jurídico angloamericano del *fair trial*, a través del artículo 6 MRK, y precisamente de manera amplísima, que sobre todo debe asegurar al imputado la oportunidad de defenderse en las mejores condiciones frente a la autoridad de acusación, superior a él en medios" (ibídem).

Reseñando el punto de vista del prof. Roxin, Enrique Bacigalupo explica que "Debido proceso, en una primera aproximación exegética, significa el proceso garantizado por la ley" y tras analizar el contexto de garantías consagradas en general en las modernas constituciones europeas y los tratados internacionales en materia de derechos humanos concluye que "*un proceso con todas las garantías es aquel que se ajusta a los principios de oficialidad (persecución penal por parte del Estado), al principio acusatorio, al de legalidad (que tolera ciertas excepciones basadas en el principio de oportunidad), al de oralidad, al de intermediación, al de libre valoración de la prueba y al 'in dubio pro reo'*" (Bacigalupo, Enrique: *El debido proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 13/17).

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido "...reiteradamente que en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas

sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales” (Cfr. CSJN “Tarifeño”, *Fallos* 325:2019, considerando 3º; en el que se citan además los precedentes de *Fallos* 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557).

Se desprende de esta doctrina que en el marco de los procesos judiciales, en general, la garantía del debido proceso se sostiene en los principios de bilateralidad y contradicción, ejercicio efectivo del derecho de defensa, independencia e imparcialidad del juez.

Con estos alcances, la regla de la que se trata puede ser entendida como una síntesis de todas las garantías de índole procedimental contenidas en la carta magna que, en resumidas cuentas, exige que, más allá de la diversidad de ordenamientos procesales que coexisten en nuestro estado federal, en cada uno de ellos deben articularse ciertos mecanismos elementales orientados a asegurar la operatividad de los principios consagrados en la Constitución Nacional.

Es por ello que si se analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se advertirá que en cada ocasión en la que ese tribunal se refiere a la afectación de la garantía del debido proceso, lo hace conectando esa afirmación con la violación de una regla procesal de garantía específica, sea ésta el derecho de defensa en juicio, como ya hemos visto en “Tarifeño” (*Fallos* 325:2019); el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, analizado en “Mattei” (*Fallos* 272:188); o la garantía del juez imparcial, considerada en “Llerena” (*Fallos* 328:1491).

Sin embargo, y más allá de su valor como garantía instrumental (orientada a que los derechos de los ciudadanos no puedan ser restringidos de modo arbitrario en el marco de los procedimientos judiciales), esta suerte de “mega” regla de garantía nada dice sobre cuáles son los derechos que pueden ejercitarse ante la jurisdicción, ni mucho menos sobre quiénes se encuentran legitimados sustancialmente para ello. Por esa razón, en modo alguno es posible fundamentar en la garantía del debido proceso la existencia de un derecho subjetivo individual de la víctima de un delito a perseguir penalmente al responsable de éste.

Sobre el particular, la Corte Suprema, con toda claridad ha expresado “Que cuando esta Corte, precisando el concepto de lo que debe

entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del artículo 18 de la Constitución, ha dicho que son formas substanciales en materia criminal la acusación, defensa, prueba y sentencia, no ha entendido pronunciarse respecto de las formas de la primera en el sentido de que en el ejercicio de las acciones ha de darse necesariamente intervención al acusador particular o de que ella ha de concurrir con la del Ministerio Público, pues cada una de estas creaciones legales y las demás que puedan concebirse son **en absoluto extrañas a la garantía del artículo 18 citado**", y agregó además que "la inviolabilidad de la defensa en juicio destinada a proteger a los procesados contra enjuiciamientos arbitrarios, ninguna vinculación tiene y consiguientemente no protege a quien dentro del litigio asume o pretende asumir el rol de querellante y no el de acusado" (CSJN "Marseca", *Fallos* 143:8. El resaltado se agrega).

USO OFICIAL

En el mismo sentido, y con mayor énfasis aún, en el precedente "Sammartino", nuestro máximo tribunal sostuvo que "el punto referente a si en los delitos de acción pública, ha de darse participación en calidad de querellante al damnificado por aquél, es de orden procesal y común y lo resuelto sobre el punto, irrevisable por la vía del recurso extraordinario. La jurisprudencia con arreglo a la cual **la garantía de defensa en juicio requiere el reconocimiento de la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, supone en efecto, la existencia de derechos de los interesados, de cuya elucidación se trate**. La conclusión de que el ordenamiento jurídico no reconoce al damnificado por el delito, el derecho a la sanción penal del delincuente, es así ajena a la garantía invocada" (*Fallos* 219:317; el resaltado se agrega).

Poco después, con total y absoluta contundencia, ratificó esta doctrina al pronunciarse en el caso "Egues, Ignacio Julio y otro" (*Fallos* 252:195), donde destacó: "Lo atinente a la obtención de una condena criminal no es susceptible de amparo en beneficio de los particulares y con fundamento en los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional. Es por eso que la jurisprudencia de la Corte ha declarado reiteradamente que la admisión del querellante particular, en los procesos que motivan los delitos de acción pública, es cuestión librada a las leyes procesales respectivas y que su exclusión no compromete principio constitucional alguno; debiendo entenderse que la defensa de derechos

patrimoniales que puedan asistir al recurrente es susceptible de tutela judicial en los procedimientos civiles a que pueda haber lugar en cada caso”.

Hasta aquí resulta del todo evidente que ni de la interpretación de la destacada doctrina reseñada, ni de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se deriva la posibilidad de conectar la garantía del debido proceso con el reconocimiento de un derecho, a favor del damnificado por un delito, a ejercer la acción penal pública u a obtener el castigo del culpable.

Tampoco se ha reconocido esta relación en los fallos de la Corte Suprema que, a partir de mediados de la década del '60 del siglo pasado modificaron parcialmente la doctrina de estos precedentes en lo atinente al reconocimiento, en ciertos casos, de legitimación del querellante para deducir recurso extraordinario en procura de la obtención de una sentencia de condena.

A este respecto, en el precedente “Tocolescu” (*Fallos* 260:114), la Corte ratificó que “por vía de principio, el recurso extraordinario deducido por el querellante, con miras a la obtención de una condena criminal, es improcedente”, aunque en ese caso consideró, sin embargo, que “esta jurisprudencia reconoce excepción en los supuestos en que los fundamentos del recurso extraordinario revistan interés institucional que exceda el de los recurrentes”, este mismo estándar se utilizó para resolver en el caso “Cincotta” (*Fallos* 262:264).

Tales afirmaciones de la Corte dan cuenta, precisamente, de que el tribunal no reconoce la existencia de un derecho subjetivo individual a perseguir el castigo del responsable de un delito ya que, en modo alguno, fundamentó en ese pretense “derecho” la habilitación de la instancia extraordinaria, sino que, por el contrario, concedió aquellos recursos sobre la base de evidentes razones de orden público vinculadas con la manifiesta arbitrariedad de las sentencias impugnadas en esos casos, vicio este que las invalidaban como pronunciamientos judiciales.

Ni siquiera la Corte del gobierno de facto que resolvió el precedente “Otto Wald” (*Fallos* 268:266), sostuvo que el damnificado por un delito sea titular del derecho a perseguir penalmente al autor del hecho, pues, como resulta evidente a partir de la lectura de ese fallo, allí únicamente se encontraba en discusión si el querellante, a quien el ordenamiento procesal le permite actuar en juicio, puede deducir recurso extraordinario para llevar así ante la Corte Suprema

de Justicia de la Nación una cuestión federal.

En dicho precedente (que será luego la fuente de la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Santillán”) se dice que **“todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio** en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandante o demandado; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si este existe y tiene fundamento en la Constitución” (sin resaltado en el original), para agregar inmediatamente: “la Carta Fundamental garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento –civil o criminal- de que se trate”.

La clave para comprender el alcance que en este fallo se asignó a la garantía del debido proceso se encuentra en la frase que se ha resaltado en el párrafo anterior; la Corte no afirma allí que de la regla constitucional en análisis se derive un derecho a formular querrela, sino que se limita a señalar que si el legislador ordinario decide autorizar al damnificado para que intervenga en el proceso penal como querellante, las facultades procesales que para ello le sean acordadas no pueden ser arbitrariamente desconocidas por los jueces.

Ello resulta evidente si se atiende a que a lo largo de todo el trayecto que se ha analizado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación nunca modificó el estándar fijado en el precedente “Vázquez, Luis”, relativo a que “la facultad reconocida por la ley a los particulares de hacerse parte querellante en los delitos de acción pública no es un derecho de propiedad, en el sentido de la ley civil, **sino una mera concesión legal susceptible de suprimirse en todo tiempo**” (*Fallos* 143:5; el resaltado se agrega), doctrina que fue reiterada incluso luego de dictado “Otto Wald”, en el precedente “Toledo Maldonado, Martha Isabel” (*Fallos* 299:177).

Por esta misma razón, es absolutamente inaceptable pretender que la Corte Suprema de la Nación, al resolver en el precedente “Santillán” (*Fallos* 321:2021), en el que reiteró casi textualmente las consideraciones vertidas en el fallo “Otto Wald”, haya reconocido un derecho de raigambre constitucional en favor de las víctimas de delitos que los habilite a formular acusación penal. Por

el contrario, el único alcance que a partir de ese fallo puede asignarse a la garantía del debido proceso es que esa regla exige **que se respeten por igual las facultades procesales reconocidas a todas las partes habilitadas por la ley para intervenir en el proceso y se dé respuesta fundada a aquellos planteos que ellas están normativamente autorizadas a formular.**

Tras este sucinto repaso de los alcances que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha acordado a la garantía del debido proceso en relación con la intervención de la parte querellante en los procedimientos penales, es posible concluir que, conforme con la doctrina sentada por ese tribunal, a la víctima de un delito no le ha sido atribuido un derecho constitucional a intervenir en la causa criminal en carácter de acusador (querellante), ni a obtener la condena penal del responsable, pues la facultad reconocida en las leyes procesales a los particulares de constituirse en parte querellante en los delitos de acción pública, no configura un derecho de propiedad en el sentido de la ley civil, sino una mera concesión de carácter legal y, por lo tanto, susceptible de suprimirse por parte del propio legislador ordinario, sin que su exclusión comprometa o afecte regla constitucional alguna (En este mismo sentido puede verse el voto del juez Luis García, *in re* “Rodríguez Guitán José s/recurso de casación”, CNCP, Sala II, Registro N°1.2074, resuelta el 1 de julio de 2008).

En síntesis, no es correcto afirmar que la garantía del debido proceso (contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional), ni el denominado “derecho a la jurisdicción”, derivado de ella, impongan al Estado la obligación de reconocer a la víctima de un delito el derecho de perseguir penalmente al responsable de éste. De hecho, ni la interpretación que la doctrina ha asignado tradicionalmente a estas reglas, ni el alcance que a ellas le ha otorgado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, admiten una interpretación en ese sentido.

V

Tampoco es cierto, como postula aquella misma corriente doctrinal, que en el plano del derecho internacional se haya consagrado alguna norma que otorgue, en general, legitimación al particular afectado por un delito para perseguir penalmente el castigo de su autor.

Particularmente, debe establecerse con claridad que ni las reglas consagradas en los artículos arts. 8º, párrafo primero y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni aquellas similares, consagradas en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, admiten ser interpretadas en ese sentido.

A este respecto cabe llamar la atención, en primer término, sobre los alcances que deben asignarse a la regla consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta regla establece que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales”.

Resulta del todo evidente que la acción a la que se refiere la norma convencional no es otra que la “Acción de Amparo”, prevista asimismo en el artículo 43 de nuestra Constitución Nacional. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva N° 9/89, dictada a requerimiento del Gobierno de la República Oriental del Uruguay señaló: “... el artículo 25.1 de la convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve, que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales...” (considerando 23), para agregar luego que dicha acción “...tiene por objeto la tutela de los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención”.

Es claro, pues, que el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos no consagra un derecho fundamental de la víctima de un delito a perseguir penalmente al responsable de éste, sino que únicamente establece un mecanismo instrumental (una acción en el sentido técnico del término), orientado a garantizar o proteger los derechos consagrados en la Convención, en las constituciones de los estados parte, o en las leyes dictadas por estos estados.

Sólo si existiera una norma de derecho material -en el ámbito interno o en el internacional- que asignara como derecho subjetivo fundamental a

USO OFICIAL

la víctima el de aplicar o hacer aplicar penas (*ius puniendi*), el artículo 25 de la Convención podría ser interpretado como exigencia a los estados parte de que se reconozca al damnificado por un delito la facultad de actuar como acusador privado. Sin embargo, tal y como se ha expuesto en los apartados anteriores, esa clase de norma no existe.

Tampoco las reglas contenidas en el artículo 8, inc. 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14, inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos admiten una interpretación de ese tipo.

En este sentido, el artículo 8 inc. 1º de la Convención citada (Pacto de San José de Costa Rica), establece que “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, **en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter**” (el resaltado se agrega).

El artículo 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, establece que “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, **en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil**” (el resaltado se agrega).

Ambas reglas se corresponden y consagran a favor de toda persona imputada por un delito, el derecho a ser oído por un juez imparcial, dentro de un plazo razonable. Se trata de una regla conexas con la garantía de defensa en juicio (artículo 18 de la Constitución Nacional), que como la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo estableció en los precedentes de *Fallos* 143:8 y 219:317, no ampara a quien pretende asumir en el proceso el rol de acusador.

Además, contemplan, por otra parte, un derecho a acceder a la jurisdicción, para que **todo aquél titular de un derecho subjetivo** pueda hacerlo valer frente a cualquiera que pretenda desconocerlo. Es a partir de este segundo aspecto de las cláusulas mencionadas que cierto sector de la doctrina nacional

pretende concluir que se ha reconocido el derecho de la víctima a ejercer la acción penal para perseguir al culpable del delito.

El camino desde las cláusulas convencionales invocadas y aquella conclusión involucra, sin embargo, una falacia lógica.

Que la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconozcan la necesidad de otorgar una acción a todo aquél titular de un derecho subjetivo para que, merced a ella, pueda presentarse ante un juez a exigir se reconozca ese derecho, nada dice, sin embargo, con relación a cuál o cuáles son los derechos subjetivos reconocidos a esa persona, derechos éstos que serán la base de legitimación sustancial sobre la cual se apoyará su facultad de acceder a la jurisdicción.

Por consiguiente, quienes pretenden que a partir del reconocimiento de un "derecho a la jurisdicción" (arts. 8º, inc. 1º, de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) debe concederse al damnificado la posibilidad de ejercer la acción penal, se enfrentan aquí nuevamente con el obstáculo que implica la imposibilidad de demostrar la existencia de una norma del ordenamiento positivo (nacional o supranacional) que acuerde a la víctima de un delito un derecho de aplicar o hacer aplicar penas (*ius puniendi*).

En tal sentido, es necesario considerar los argumentos con los cuales un sector de la doctrina nacional pretende asignar una inteligencia a las cláusulas normativas citadas, conforme con la cual, ellas consagrarían aquél derecho.

Estas opiniones doctrinarias afirman así que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus informes 28/92, 29/92 5/96, 28/96, 34/96 y 25/98, entre otros, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en precedentes como "Velázquez Rodríguez", "Bulacio" o "Bueno Alves", han reconocido a favor de las víctimas de cualquier delito, una serie de garantías que las coloca en un pie de igualdad con los acusados, y postulan entonces, una suerte de "bilateralidad de las garantías constitucionales" (cfr., por todos, Cafferata Nores, José Ignacio: *Proceso Penal y derechos humanos*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 23 a 27).

Se sostiene en esta línea de pensamiento que "en el ámbito

supranacional se ha expresado que 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...’ entendiendo a la persecución penal (cuando alguno de los derechos de ésta ha sido violado), como un corolario necesario del *derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique a ‘los responsables’ y se les imponga ‘las sanciones pertinentes...’* (Cafferata Nores: op. cit., p. 53; el destacado en el original se corresponde con citas de los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 34/96, casos 11.228 y otros y 5/96, caso 10.970).

En lo que no parece reparar, sin embargo, esta corriente doctrinaria, es en que todos los casos invocados, en los cuales, efectivamente, se sostuvo que la inacción estatal ante el reclamo de justicia de la víctima implicaba una violación a las reglas contenidas en los artículos 8 inc. 1° y 25 de la Convención (derecho a tutela judicial efectiva), son casos en los que se trataba de reclamos de víctimas de delitos de *lesa humanidad* o, cuanto menos, de *graves violaciones a los derechos humanos fundamentales*, cometidos desde el poder del Estado o al amparo de éste.

Así, si se examina desde el principio, se puede observar que al fallar en el caso “Velázquez Rodríguez vs. Honduras” (Sentencia del 29 de julio de 1988) la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ocupó específicamente de delimitar qué característica debía reunir un determinado acto lesivo de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, para que pueda ser atribuido a un Estado y comprometer su responsabilidad internacional. La adecuada comprensión de ese precedente (uno de los primeros casos contenciosos en que la Corte fue llamada a decidir) resulta fundamental para entender cuál es el alcance de la jurisdicción de ese Tribunal e interpretar correctamente el sentido de los estándares interpretativos que él ha fijado en la materia en análisis.

En los considerandos 164 a 166 de aquel fallo se explica que la falta de reacción penal, o de respuesta judicial frente a un hecho delictivo, implicará una violación a la Convención si de ella es posible derivar una infracción al deber estatal de “garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos

en la Convención”, emanado del artículo 1.1 de ese mismo pacto.

A criterio de la Corte, aquél artículo es una regla de imputación “fundamental para determinar si una violación a los derechos humanos reconocidos por la convención puede ser atribuida a un Estado parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado” (Consid. 164).

Poco más adelante, en los considerandos 172 a 177 se expresa con total claridad en qué consisten aquellas reglas de atribución, allí se dice “**es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial**” (el resaltado se agrega); pero además se afirma que un hecho ilícito “que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención” (Consid. 172).

Y concluye finalmente la Corte: “Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente” es decir cuando por parte del Estado “se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libremente o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención” (Consid. 173 y 176).

Resulta entonces evidente, por una parte, que en la sentencia reseñada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha reconocido, en modo alguno, un derecho individual de la víctima de un delito o de sus familiares, a que se castigue a los culpables, sino que únicamente ha señalado que los delitos que involucran una afectación a derechos contemplados en la Convención, cometidos por parte del propio Estado, de sus agentes, o de

particulares que actúan al amparo de un régimen estatal que tolera y encubre su actividad, generan responsabilidad internacional de dicho Estado. Puede derivarse además del fallo que ese Estado tiene por una parte el deber de reparar los daños sufridos por el damnificado, y por la otra el de investigar los hechos, "...no como una mera formalidad condenada de antemano a ser infructuosa", sino como una obligación a "**... ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares**, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares..." (cfr. CIDH "Velázquez Rodríguez", cit., considerando 177. Sin negrita en el original); para merced a esa investigación esclarecerlos y castigar a los culpables.

Este último deber, se desprende como corolario necesario de la obligación estatal de garantizar el pleno ejercicio de los derechos contenidos en la Convención, contemplado en el artículo 1.1 de dicho instrumento internacional; pues la impunidad de las graves violaciones de los derechos humanos fundamentales cometidos desde el poder del Estado o a su amparo, propicia que ese tipo de comportamientos se repitan.

El mismo tipo de matriz de razonamiento se percibe en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que suelen invocarse en apoyo del presunto "derecho humano fundamental a la venganza privada", que defiende aquél sector de la doctrina.

En ninguno de esos casos nos enfrentamos a víctimas de delitos comunes, sino a personas que fueron afectadas por graves violaciones de derechos humanos fundamentales, imputables al Estado, que habían sido privadas de la protección efectiva para evitar o prevenir aquellas violaciones, al momento de los hechos, o de la posibilidad de que, una vez consumados ellos, una investigación estatal sería los esclareciera, identificara a sus responsables y los sancionara.

En este sentido, el Informe N° 5/92 resulta elocuente, al abordar el tratamiento de la legitimidad de la denominada Ley de Caducidad, que impedía el enjuiciamiento de los crímenes cometidos por agentes estatales durante el último gobierno de facto, en la República Oriental del Uruguay. Allí la Comisión Interamericana de Derechos Humanos explica que se "... debe aquilatar, asimismo, la naturaleza y gravedad de los hechos a que se refiere la Ley:

presuntas desapariciones de personas que han sido ampliamente condenadas como violaciones de derechos humanos particularmente graves y secuestros de menores, entre otros; por lo que **la necesidad social de su esclarecimiento e investigación no puede ser equiparada a la de un mero delito común**" (cfr. párrafo 38. El resaltado se agrega).

Por lo demás, en ese mismo informe, y refiriéndose al tema bajo análisis, se aclaró que "La Comisión no discute la publicidad y oficialidad de la acción penal" (párrafo 41), y más allá de que inmediatamente afirme que en aquellos sistemas legales que contemplan la posibilidad de la víctima de intervenir en el proceso penal, ella deviene un derecho del que no puede ser arbitrariamente privada, inmediatamente aclara (con expresa cita del caso "Velázquez Rodríguez") que frente a severas violaciones a los derechos humanos fundamentales, imputables al Estado, su obligación de investigarlos "... debe tener sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares" (párrafo 50, resaltado en el original); es decir, constituye, más allá de los intereses de la víctima, un deber público asumido frente a la sociedad y a la comunidad internacional.

En la misma línea, al aclarar los alcances de esta obligación de investigar seriamente, en el informe 5/96, la Comisión refiere que tal obligación implica "... que el Estado actuará con debida diligencia, es decir con los medios existentes a su alcance, e intentará arribar a una decisión. Sin embargo, cuando el Estado haya cumplido con su obligación de investigar diligentemente, el hecho que la investigación no produzca un resultado positivo, o que la decisión no resulte favorable al peticionario no demuestra *per se* que éste no ha tenido acceso a un recurso" pues "... en el marco de la Convención, el término 'recurso' debe entenderse en un sentido amplio y no limitarlo al significado que esta palabra tiene en la terminología jurídica propia de las legislaciones procesales de los Estados".

En lo expuesto hasta aquí, queda claro cuál es el alcance que la Comisión Interamericana ha asignado a la cláusula contenida en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos

en la Convención. En palabras de la Comisión, el denominado “derecho a la jurisdicción” o “derecho a un recurso judicial efectivo”, en el caso de víctimas de delitos que a su vez constituyen graves violaciones a los derechos humanos fundamentales cometidos desde el Estado o al amparo de éste, implica que el Estado tiene el deber de investigarlos seriamente (de oficio y no dependiendo del esfuerzo o la capacidad de la víctima para colaborar con la investigación), para esclarecerlos y castigar a los culpables; pues la indiferencia estatal frente a esa clase de crímenes favorece que se reiteren.

Tampoco la jurisprudencia más reciente de la Corte Interamericana de Derechos humanos, que suele invocarse en apoyo del pretendido derecho de la víctima a que se impongan castigos, puede ser interpretada estrictamente en ese sentido.

En precedentes como “Bulacio” (CIDH, caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia del 18 de septiembre de 2003), o “Bueno Alves” (“Bueno Alves vs. Argentina”, sentencia del 11 de mayo de 2007), al igual que en “Velázquez Rodríguez”, resulta clara la conexión que la Corte establece entre las obligaciones estatales de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos esos derechos (arts. 1 y 2 de la CADH), y la necesidad de investigar, esclarecer y sancionar aquellos delitos que impliquen graves violaciones a los derechos humanos imputables al Estado.

En este sentido, en el considerando 111 de la sentencia dictada en el caso “Bulacio”, la Corte expresó que “La protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia”.

Ello es así, pues como lo expone, con toda claridad, el juez *ad hoc* designado por la Argentina para intervenir en dicho proceso, Ricardo Gil Lavedra, en el considerando 3ro. de su voto razonado, “La investigación de los

hechos, satisface el derecho a la verdad que tiene toda víctima. La imposición de una pena al culpable de lo sucedido no sólo afirma y comunica a la sociedad la vigencia de la norma transgredida, según las ideas más corrientes de la prevención general positiva, sino que también posee un inequívoco sentido reparador para la víctima y/o sus familiares. En efecto, la violación de todo derecho humano supone una afrenta a la dignidad y respeto que merece todo ser humano como tal, por ello la aplicación de una pena a quien cometió el hecho, restablece la dignidad y la estima de la víctima frente a sí misma y a la comunidad...” para concluir más adelante que “Investigación, averiguación de la verdad, castigo al culpable, acceso a la justicia, recurso judicial efectivo, son los elementos que configuran las obligaciones básicas de todo Estado ante la violación de un derecho humano, para procurar su reparación y como garantía de que no se repetirá”.

USO OFICIAL

Como se advierte, es la particular característica de los crímenes cometidos desde el poder del Estado, o al amparo de regímenes estatales, la que fundamenta que, ante la esperable complicidad de los mecanismos públicos de persecución de delitos con el encubrimiento y la impunidad de estos hechos, se reconozca como derecho subjetivo de las víctimas el de obtener el esclarecimiento de los hechos y el castigo de los culpables.

Por ello, el reconocimiento por parte de la Corte de un derecho de la víctima a que estos hechos sean investigados y sancionados, o incluso a intervenir activamente en esa investigación (con los alcances y restricciones con las que esta intervención se regula en el ordenamiento procesal de cada Estado), puede perfectamente pensarse como supuestos en los que ante la inacción o complicidad con estos hechos, por parte de los órganos públicos encargados del ejercicio de la acción penal dentro del Estado en el que tuvieron lugar, se consagra (como mecanismo de tutela orientado a garantizar los derechos reconocidos en la Convención) una suerte de acción subrogatoria, para que el afectado procure el esclarecimiento y el castigo de esas graves violaciones de derechos humanos, y gestione así, no un interés privado, sino un asunto público, que atañe no sólo a la sociedad en la que el hecho fue cometido, sino a la comunidad internacional en su conjunto.

En este aspecto, la raíz de esta regla, fijada por primera vez en el

fallo “Bulacio”, es común con el principio que establece que esa particular clase de delitos no está sujeta a prescripción, amnistía ni indulto, y que consecuentemente deben ser inexorablemente juzgados y castigados, sin que ninguna limitación derivada del derecho interno pueda oponerse a ello (a este respecto debe atenderse a lo establecido en el considerando 116 del fallo “Bulacio”, en el que con cita de los precedentes “Trujillo Oroza” y “Barrios Altos”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recuerda 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”).

Ante este panorama, no parece acertado pretender trasladar esas reglas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado sobre la base de aquella particular categoría de crímenes a los delitos comunes.

Nadie pensaría que los estándares relativos a la imprescriptibilidad e inamnestiabilidad de las graves violaciones de derechos humanos fundamentales puedan ser aplicados como regla al juzgamiento de delitos comunes como un hurto o una estafa. En este sentido, la propia Corte Interamericana ha establecido en un fallo reciente que aquellos estándares no resultan, siquiera, aplicables a cualquier supuesto en el que se verifique la afectación de un derecho humano reconocido por la Convención.

Así, ese tribunal ha dejado claro el parámetro que estableciera en otros precedentes, como “Barrios Altos”, “Velázquez Rodríguez” o “Bulacio”, relativo a la inexorable persecución y juzgamiento de crímenes que a su vez involucran una *grave violación* a derechos humanos fundamentales, y determinó que no es posible su traslado a toda violación de un derecho humano fundamental. En palabras de la Corte, si bien “...toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza, porque implica el incumplimiento de determinados deberes de respeto y garantía de los derechos y libertades a cargo del Estado a favor de las personas. Sin embargo, ello no debe confundirse con lo que el tribunal a lo largo de su jurisprudencia ha considerado como ‘violaciones graves a los derechos humanos’, las cuales, tienen una connotación y consecuencias propias. Asimismo, este tribunal ha indicado que resulta incorrecto pretender que en todo caso sometido a la Corte, por tratarse de

violaciones de derechos humanos, no procedería aplicar la prescripción” (“Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia”, sentencia del 03 de septiembre de 2012, considerando 282).

Ahora bien, como ya se dijo, existe cierto sector de la doctrina nacional que pretende trasladar, sin ningún tipo de matización, al ámbito de los delitos comunes, las reglas relativas al derecho inalienable de la víctima a obtener el esclarecimiento y el castigo de las *graves violaciones* a los derechos humanos, imputables al Estado; ello no obstante aquella marcada distinción formulada por la propia Corte Interamericana y fundada en la cualidad de los delitos a los que corresponde aplicar de modo exclusivo esa clase de estándares.

Por lo expresado hasta este punto, el camino, a partir de las reglas contenidas en el artículo 8.1 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hacia el reconocimiento de un derecho fundamental de la víctima a perseguir y castigar al autor del delito que la ha afectado (fuera de aquellos casos en los que nos enfrentamos a delitos que involucran a su vez graves violaciones de derechos humanos fundamentales cometidos desde el Estado, o al amparo de éste) es desde todo punto de vista, intransitable.

Las reglas de garantía consagradas en los tratados internacionales de derechos humanos constituyen límites impuestos al poder del Estado, en pos de asegurar la libertad de los individuos; configuran así prerrogativas que los ciudadanos pueden invocar frente a los estados, no frente a otros particulares.

Pretender entonces que reglas, como el “derecho a la tutela judicial efectiva”, pueden ser interpretadas para ampliar la potestad de aplicar penas a los ciudadanos (*ius puniendi*), facultad ésta cuyo carácter y naturaleza estatal parece (al menos por el momento) hallarse fuera de discusión; resulta un modo inaceptable de desnaturalizar el sentido y función de esos tratados internacionales.

VI

Recapitulando lo expuesto hasta aquí, corresponde señalar que el ordenamiento procesal nacional no reconoce la posibilidad de que, en el ámbito de los delitos de acción pública, la sola voluntad del querellante tenga aptitud

para provocar el juicio.

A este respecto, debe destacarse que la posibilidad, acordada al damnificado, de intervenir en el proceso penal acompañando —con carácter estrictamente adhesivo— al Ministerio Público Fiscal, no implica en modo alguno reconocerle legitimación para ejercer la acción penal pública, pues tal legitimación únicamente puede reposar en aquel sujeto que es a la vez titular del *ius puniendi*.

Constituye un grave error pretender que, a partir de las normas procesales que reconocen esa limitada intervención a la víctima en el proceso penal, se derive a su respecto legitimación como parte acusadora autónoma. Ello es así por cuanto, por una parte la legitimación para el ejercicio de las acciones no constituye una cuestión propia del derecho procesal, que pueda abordarse de modo diferenciado por cada legislatura local en sus respectivos códigos procesales, sino una materia a ser regulada por el derecho de fondo; y por otro lado, porque no resultaría razonable acordar legitimación para el ejercicio de una acción a un sujeto distinto de aquél que es titular del derecho que, merced a esa acción, se pretende tutelar.

A este respecto, tal y como lo he expuesto en el apartado I de este voto, el derecho penal se caracteriza por aquella prerrogativa estatal de aplicar penas a las personas sometidas a su jurisdicción, por consiguiente, posee carácter público, pues a través de él se garantizan, no los derechos subjetivos individuales de los ciudadanos, sino las reglas básicas de configuración social que convierten a un conglomerado desarticulado de individuos en una sociedad de personas en derecho.

Sin ese contexto de reglas, que definen el ámbito público de interacción social legítima y con ello el espacio de la libertad individual, ningún derecho subjetivo es concebible; por eso el aseguramiento de ese conglomerado de reglas no puede nunca ser un cometido de un ciudadano individual, ni de un grupo de ellos, sino que resulta un asunto que atañe fundamentalmente a la sociedad organizada en Estado.

Esta es la razón fundamental que explica que la acción penal revista carácter público, y que consecuentemente su ejercicio no pueda quedar librado a las inclinaciones, intereses, y capacidades, de los ciudadanos particulares (aún

cuando ellos sean, en algunos casos, directamente perjudicados por el delito del que se trate), sino que es encomendado al Ministerio Público Fiscal, como órgano específico orientado a representar a la sociedad, en la gestión de los intereses públicos de los que ella es única titular (art. 120 de la Constitución Nacional).

La actuación de la víctima, en el marco del proceso penal, no persigue la satisfacción de aquellos intereses de la sociedad en su conjunto, y por esa razón no puede, nunca, suplir la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal.

Si a pesar de aquél carácter decididamente público del conflicto penal, se mantienen en algunos de los ordenamientos procesales locales las reglas que autorizan la intervención del querellante acompañando al Ministerio Público Fiscal, esto no se debe a que a la víctima la asista algún derecho a castigar o hacer castigar al autor del delito, como algunos doctrinarios parecen pensar, sino que encuentra explicación, únicamente, en la estrecha relación que en nuestro sistema normativo existe entre el resultado del juicio penal y el reclamo por la indemnización civil de los daños ocasionados por el delito, para el cual la víctima sí se encuentra legitimada.

Por otra parte, tal como fue expuesto en los apartados IV y V de este voto, no es cierto que la Constitución Nacional, o los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados, exijan que se reconozca, a favor del damnificado por un delito, el derecho a perseguir penalmente a quien lo cometió.

A este respecto, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que, en aquellos casos en los que un delito configura una violación grave de los derechos fundamentales consagrados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos imputable al Estado, constituye un deber estatal inexorable el de esclarecer los hechos, perseguir y sancionar penalmente a los culpables, pues lo contrario implicaría privar a las víctimas de su derecho a una tutela judicial efectiva (en conexión con el deber estatal de garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales amparados por la Convención); de este estándar, elaborado en el ámbito de esa especial categoría de delitos, ninguna consecuencia puede derivarse para el tema que nos

ocupa, es decir, el vinculado a la legitimación para el ejercicio de la acción penal pública frente a delitos comunes.

Por todo lo expuesto, no resulta, en modo alguno, una interpretación razonable del sistema normativo vigente aquella que pretende convertir al derecho penal, y a la acción destinada a ejercitarlo, en una cuestión privada entre víctima y acusado.

Sin embargo, decisiones como las adoptadas por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el fallo “Storchi” (proceso nro. 21.229, resuelto el 8 de marzo de 2004), y por la Sala IV de ese mismo tribunal, en el presente proceso (cfr. fs. 508/509 y 528/529), que pretenden transformar los delitos de acción pública en delitos de acción privada sin la necesaria intervención del Ministerio Público Fiscal, ello a partir de una particular interpretación de la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Santillán” y “Quiroga”; exigen un esfuerzo adicional para clarificar ese punto. Esto determina la necesidad de que, en los apartados siguientes, se explique cuál es el sentido que corresponde asignar a la citada jurisprudencia de la Corte Suprema y establecer si, de algún modo, la doctrina que ese tribunal ha consagrado impacta sobre las reglas vinculadas con el ejercicio de la acción penal pública en aquellos casos regulados por el artículo 348, segundo párrafo, segunda alternativa, del Código Procesal Penal de la Nación.

VII

Comprender adecuadamente los alcances del precedente “Santillán” (*Fallos* 321:2021) exige considerar, en primer término, la configuración del caso con relación al cual la Corte Suprema debía pronunciarse en esa ocasión.

Se trataba de un proceso sustanciado en orden a un delito de acción pública (abandono de personas), que había llegado al debate oral en función de sendos requerimientos de elevación a juicio presentados por el representante del Ministerio Público y por la querrela (cfr. considerando 1º del fallo).

Al momento de celebrarse la audiencia de debate, tras haberse formulado la imputación formal al acusado mediante la lectura del requerimiento fiscal de elevación a juicio, y luego de acordarse a éste la posibilidad de

contradecir esa imputación (en su declaración indagatoria) e incorporarse la prueba al juicio; se concedió a las partes la palabra para que formularan sus alegatos. En ese momento, la querella, tras dar por acreditados los hechos y calificarlos como constitutivos del delito de abandono de personas agravado, solicitó se condenara al acusado a la pena de cinco años de prisión. La fiscalía, por su parte, si bien tuvo por acreditados los hechos imputados, solicitó la absolución del Sr. Santillán por considerar que resultaban atípicos (cfr. considerando 2° del precedente “Santillán”).

Ante ello, el Tribunal de juicio entendió que, en tanto la intervención del querellante particular en el proceso no gozaba de autonomía y, dado el pedido de absolución formulado por el fiscal, resultaba de aplicación el estándar fijado por la Corte Suprema en el caso “Tarifeño” (*Fallos* 325:2019), en el sentido de que la solicitud de pena formulada sólo por la querella no era apta para habilitar al tribunal a dictar una sentencia condenatoria (cfr. considerando 3° del fallo “Santillán”), criterio éste confirmado luego por la Cámara Nacional de Casación Penal al revisar la sentencia.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, merced al recurso extraordinario federal deducido por la querella, revocó el fallo del *a quo* y estableció que la jurisdicción del Tribunal Oral estaba habilitada, y en consecuencia resolvió que era arbitraria la aplicación al caso de la doctrina sentada en el precedente “Tarifeño”.

Los argumentos que dieron sustento a la decisión son de diversa índole; tres de los jueces que acompañaron la resolución del caso (Nazareno, Moliné O’Connor y Vázquez) consideraron, como lo habían expuesto ya en el precedente “Cáceres” (*Fallos* 320:1891), que el requerimiento fiscal de elevación a juicio contenía en sí mismo la acusación, y que, por consiguiente, el alegato fiscal que solicitaba la absolución del acusado, en modo alguno privaba al Tribunal de jurisdicción para dictar un pronunciamiento de condena, ello más allá de si en el caso esta petición coexistía o no con un pedido de condena por parte de la querella.

Los otros cinco jueces que concurrieron a formar la decisión (los ministros Fayt, Petracchi, Belluscio, Bossert y Boggiano) sostuvieron, en lo que aquí interesa, que, por un lado, si bien la cuestión relativa a la regulación legal de

USO OFICIAL

la intervención de la víctima en el proceso penal se encontraba librada a la discrecionalidad del legislador ordinario (y en consecuencia era ajena al derecho federal), por otra parte, en tanto la ley procesal aplicable reconocía a la víctima “personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos”, la garantía del debido proceso legal, consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, exigía que se le asegure, al igual que a todos los demás litigantes, “...el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma” (cons. 11 del precedente “Santillán”).

Pues bien, lo primero que debería llamar la atención, al analizar los alcances de “Santillán”, es que aquella decisión mayoritaria de la Corte, se conformó, entre otros, con el voto del Juez Fayt, quien, poco después de resolver en el sentido indicado, al votar en el caso “Marcilese” (*Fallos* 325:2005), se inclinó por definir como acusación, es decir, como único acto del cual depende que el Tribunal quede habilitado para dictar una sentencia de condena, exclusivamente al requerimiento de elevación a juicio; ello más allá de que, al momento de los alegatos finales, el fiscal de juicio propicie la absolución del acusado. Así, el Juez Fayt se inclinó decididamente por una posición coincidente con la expresada por sus colegas Moliné O’Connor, Vázquez y Nazareno en el precedente “Santillán”.

De todos modos, y aun dejando de lado esta cuestión, advierto que en general, al considerarse el estándar fijado por la Corte en “Santillán”, no suelen valorarse otras cuestiones fundamentales que condicionan y circunscriben ese pronunciamiento.

A este respecto, parece no advertirse suficientemente que el caso que la Corte debió resolver había llegado a la instancia de debate de modo legítimo, esto es, merced al impulso de la acción penal pública por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, que había formulado, oportunamente, requerimiento de elevación a juicio, y que además, durante ese juicio, tras recibirse la prueba, el fiscal tuvo por acreditados los hechos que daban sustento a la acusación; sin perjuicio de que haya considerado, a diferencia del fiscal que intervino en la etapa de instrucción, que los hechos probados no resultaban típicos.

Esto significa que, si bien al momento de alegar, el fiscal solicitó la

absolución del acusado Santillán, lo hizo, no por entender que la imputación fáctica contenida en el requerimiento de elevación a juicio no estaba acreditada con la prueba incorporada al debate, sino que fundó su conclusión en apreciaciones de índole jurídica, que lo condujeron a sostener que los hechos imputados y probados no encuadraban en una figura penal.

Pues bien, un alegato del representante del Ministerio Público, de tales características, en modo alguno justifica la aplicación del estándar fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Tarifeño”, “Cattonar” y “García”.

A este respecto, ya en un antiguo pronunciamiento de este Tribunal Oral (“Martínez Juan Manuel s/ daño agravado”, proceso N° 1072, resuelto el 27 de agosto de 2002; publicado en *La Ley*, “Suplemento de Jurisprudencia Penal”, del 3 de marzo de 2003) he tenido oportunidad de expedirme con relación a cuáles son los alcances que deben asignarse al pedido de absolución del fiscal en el momento de pronunciar su alegato final.

Allí sostuve, en lo que aquí importa, que si bien es cierto que (como lo postulara el Juez Fayt en el citado precedente “Marcilese”) el requerimiento de elevación a juicio constituye “acusación”, en tanto contiene la hipótesis máxima que puede ser objeto de discusión y eventualmente de condena, y es el acto procesal que, al delimitar el sustrato fáctico sobre el cuál se desarrollará el debate, posibilita el cabal ejercicio del derecho de defensa durante el juicio. También es indudable que “el juicio oral y público” tiene por objeto valorar esa acusación -que abrió el debate- sólo a la luz de los elementos de prueba que se recibirán en la audiencia, para, a partir de ellos, corroborar o no la hipótesis de cargo descrita en el requerimiento de elevación a juicio.

En consecuencia, si bien es posible conceptualizar al requerimiento de elevación a juicio como “acusación”, para que él pueda habilitar el dictado de una sentencia de condena legítima, será necesario que la imputación fáctica que ese acto procesal contiene se halle sostenida por el acusador, con base en la prueba producida durante el debate, dado que sólo esa prueba puede ser objeto de valoración válida en la sentencia (a este respecto confrontar mi trabajo “La prueba producida durante el debate como único sustento de la acusación y la condena” en Bertolino, Pedro y Bruzzone, Gustavo -compiladores-: *Estudios en*

homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 359/368).

Para expresarlo con las palabras que utilicé en el citado precedente “Martínez”: “... materia, fundamento o contenido de la **“acusación” es la imputación de un hecho a una persona determinada** (único aspecto sobre el que debe mediar congruencia), **formulada con sustento en la prueba producida en el juicio por quien ostenta el rol acusador**” (resaltado en el original).

Por consiguiente, sólo en aquellos casos en los que quien desempeña el rol de acusador, al llevar a cabo la valoración de la prueba rendida durante el debate, en su alegato final, sostiene que los elementos de cargo producidos no lo habilitan para sustentar de modo razonable aquella imputación fáctica que dio base al juicio, podrá decirse que el tribunal carece de jurisdicción para dictar un pronunciamiento distinto de la absolución; pues únicamente en esos supuestos, ante la ausencia de una imputación fáctica sostenida en la prueba producida en el juicio por quien tiene normativamente asignado el rol acusador, la imposibilidad de contradicción por parte del imputado y su defensor determina que “el tribunal carecerá del ‘factum’ en conflicto que habilite su jurisdicción, por lo tanto, sólo será válido el dictado de una decisión que cristalice la indemnidad del estado jurídico de inocencia del imputado, a través de un veredicto absolutorio” (ver mi voto en el precedente “Martínez” cit.).

En cambio, si como ocurrió en “Santillán”, el representante del Ministerio Público Fiscal da por probados los hechos contenidos en el requerimiento de elevación a juicio y la intervención del acusado en ellos, aun cuando, por consideraciones de carácter jurídico, solicite la absolución del imputado, ello no obsta por sí solo a un pronunciamiento jurisdiccional condenatorio, sustentado en razones jurídicas diversas de las postuladas por el acusador, pues en ese aspecto rige el principio *iura novit curia* (a este respecto confrontar mi voto en los precedentes “Gortán, Gabriel Fernando”, del 22 de diciembre de 1994, reg. nro. 45 de este Tribunal; “Teubal, Daniel E.”, sentencia del 2 de junio de 1995, registro nro. 76 de este Tribunal; y “Martínez, Juan Manuel”, cit.). Ello es así, más allá de que otras circunstancias puedan obstaculizar, en ciertos supuestos, el ejercicio de jurisdicción; como por ejemplo,

el derecho de confrontar, en particular, aspectos relativos a la determinación del monto de pena a imponer.

En consecuencia, determinar si un cierto comportamiento posee o no sentido criminal y, en su caso, establecer su significado jurídico penal preciso es, dado el carácter público del derecho penal, función propia del órgano jurisdiccional.

La vigencia, en una sociedad de libertades, del principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional), hace inexorable que la resolución de todo caso penal deba encontrar una explicación en la ley escrita y estricta, pues a diferencia de otros ámbitos normativos del ordenamiento jurídico, en los cuales es legítimo recurrir a otras fuentes para la solución de los conflictos, por ejemplo, a la aplicación de leyes análogas, a los principios generales del derecho o a la costumbre, en el marco del derecho penal, sólo en la ley debe encontrar fundamento la imposición de una pena en cada caso concreto. Dicho de otro modo, el *conocimiento y decisión* de todo caso penal debe asentarse exclusivamente en una interpretación y aplicación racional de la ley que lo rige.

Esa función consistente en seleccionar, interpretar con razonabilidad y aplicar sólo la ley a la resolución de cada caso, a su vez garantiza la estabilidad de las normas penales y asegura orientación en las relaciones sociales, al permitir el desarrollo de los contactos con base en las expectativas de comportamiento garantizados con carácter general por el ordenamiento. De ese modo, se hace posible además la percepción segura por parte de los destinatarios de las normas de la dimensión del espacio normativo de libertad de acción o de adecuación social de las conductas.

Por consiguiente, la fijación del significado delictivo o socialmente adecuado de un comportamiento, esto es, de lo prohibido y de lo que no lo es, no puede depender de los sentimientos, de las necesidades o de los intereses parciales de los sujetos involucrados en un proceso penal, aun cuando uno de ellos represente al interés general que la sociedad posea con respecto a la resolución del caso concreto del cual se trate.

Las características institucionales de imparcialidad, independencia y vinculación exclusiva a la ley de las que se encuentra embestido sólo el poder jurisdiccional, de acuerdo con la distribución de incumbencias establecida por la

propia Constitución (artículos 18, 116 y cctes. de la Constitución Nacional; artículos 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), determinan la legitimidad única y excluyente del juez en la función de selección, interpretación y aplicación de la ley penal para la resolución de cada caso particular.

Por ello, como desde antiguo lo ha sostenido una jurisprudencia pacífica y constante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "... en orden a la justicia represiva, el deber de los magistrados, cualesquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que jueguen con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley", deber que únicamente "...encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio" (*Fallos* 186:297; 242:227; 246:357; 284:54; 298:104; 302:328, 482 y 791; 310:2094; 312:2370; 314:333; 315:2969; 319:2959; 321:469 y 324:2133, voto del Juez Petracchi).

En síntesis, al momento de definir si concurre una acusación sostenida en la prueba producida en el debate, no debe confundirse el aspecto fáctico con el jurídico-penal, es decir, la situación de hecho que el acusador pone en tela de juicio cuando se la atribuye al acusado, con la valoración de derecho acerca de ese suceso. Verificar si la situación fáctica sostenida por el acusador encuadra en una hipótesis abstracta de la ley penal, darle un *nomen iuris*, o lo que es igual, reconocer los elementos constitutivos de un delito, es tarea del juzgador (ver en este sentido, Vélez Mariconde, Alfredo: op. cit., tomo II, p. 236).

Por esa razón, el Prof. Vélez Mariconde, en la obra citada en el párrafo anterior, afirma con toda claridad, que es tarea "(d)el juzgador verifica(r) si efectivamente se ha producido la situación afirmada por el actor penal: **es sólo bajo ese aspecto fáctico que el tribunal está limitado por la representación conceptual del Ministerio Público**" (Conf. Vélez Mariconde, Alfredo, cit., p. 219, sin negrita en el original); tal limitación, en modo alguno implica que el acusador pueda imponer al tribunal de juicio su propia interpretación de la ley que debe regir el caso, pues, como ha quedado claro ya, la subsunción de lós

hechos contenidos en la acusación a las normas que les asignan significado jurídico-social delictivo, compete exclusivamente a los jueces.

Con lo dicho resulta claro que, a mi modo de ver, en el precedente "Santillán", los hechos del caso permitían afirmar que la imputación fáctica contenida en los requerimientos formulados por el Ministerio Público y por la querrela, sostenida luego, también, en la prueba producida durante el debate tanto por el fiscal de juicio como por la querrela, quien además postuló una calificación legal de los hechos y un determinado monto de pena a imponer, no sólo habilitaba, sino que obligaba al tribunal de juicio a dictar un pronunciamiento que definiera cuál resultaba la ley aplicable al caso; y ello con absoluta prescindencia de la opinión, que sobre esa cuestión jurídica, había expresado al alegar el fiscal.

Cabe destacar una vez más, que en el caso bajo análisis, junto al pronunciamiento del representante del Ministerio Público, que estimó atípicos los hechos acreditados, coexistía el alegato de la querrela que, al contrario, propuso la subsunción de tales hechos en una figura penal determinada y requirió la imposición de un monto de pena. Por consiguiente, aun otorgando al principio de contradicción un alcance tal que proporcione al imputado y a su defensa técnica la posibilidad de resistir la calificación jurídica de la conducta acreditada, y la individualización de un monto de pena específico, de modo tal de garantizar así la más amplia y efectiva posibilidad de la defensa de contradecir tales aspectos, resulta evidente que en el caso "Santillán" dicha posibilidad de contradicción se hallaba suficientemente asegurada.

Por ello, es necesario insistir en que los alcances de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el pronunciamiento en examen, deben circunscribirse a sus justos términos.

En tal sentido, es cierto que, en el caso, tras habilitarse el debate mediante el ejercicio de la acción penal pública por parte de su titular (el Ministerio Público Fiscal, quien requirió la elevación a juicio), y luego de darse la posibilidad al acusado de ejercer su defensa material frente a la imputación fáctica y de recibirse la prueba sobre cuya base debía determinarse la suerte de tal imputación, el tribunal de juicio poseía jurisdicción para decidir el caso. Pues, en la medida en que con aquellos actos procesales habían quedado cumplidas de

modo válido las etapas de *acusación, defensa y prueba* (*Fallos* 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557), en función de la garantía del debido proceso contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, los sujetos procesales habilitados por la ley para intervenir en el juicio tenían derecho a obtener una sentencia que, de modo definitivo, resolviera el caso (confr. doctrina de la CSJN en “Mattei” – *Fallos* 272:188-, en particular considerandos 14 y 15).

Por tal razón, lo afirmado por la Corte Suprema en “Santillán” posee exclusivamente el sentido de establecer que, al momento de dictar sentencia, cuando, como ocurrió en ese caso, el Ministerio Público tiene por acreditados, en virtud de la prueba producida en el juicio, los hechos imputados, y más allá de su opinión acerca del significado jurídico de ellos, el tribunal oral no puede desconsiderar absolutamente la pretensión de un sujeto procesal legalmente constituido, como la querella.

Este es específicamente el sentido que corresponde asignarle a las afirmaciones de la Corte, relativas a que “...todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma” (cfr. “Santillán”, considerando 11).

En síntesis, de tales expresiones no se desprende, en absoluto, que la víctima de un delito de acción pública tenga por sí derecho a obtener una condena penal, ni tan siquiera a perseguir penalmente, de modo autónomo, al responsable de ese hecho; lo sostenido por la Corte es, simplemente, que el querellante, al cabo de un juicio llevado a término en legal forma, merece una respuesta fundada por parte de la jurisdicción. Esta doctrina no puede entenderse aplicable a etapas anteriores del proceso (requerimiento de elevación a juicio), pues sin la concurrencia, en su conformación, del Ministerio Público Fiscal (exclusivo titular del ejercicio de la acción penal), no existe acusación legítima conforme al plexo constitucional y legal que rige en nuestro país.

VIII

Tampoco es correcto interpretar, a partir de lo resuelto por la Corte

Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Quiroga” (Fallos 327:5863), que en aquellos casos en los cuales, al momento de la clausura de la etapa de instrucción, el representante del Ministerio Público Fiscal solicita el sobreseimiento del acusado, la querella quede habilitada para ejercer de modo autónomo la acción penal pública.

En ese fallo, la Corte debió analizar la constitucionalidad de la regla contenida en el segundo párrafo del artículo 348 del Código Procesal Penal de la Nación, es decir, allí donde se establece que: si al momento de contestar la vista contemplada en el artículo 346, el agente fiscal solicita el sobreseimiento del acusado “el Juez dictará sobreseimiento si estuviere de acuerdo con el requerido.

De lo contrario, sea que no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal, o sea que sólo el querellante estimara que debe elevar la causa a juicio, dará intervención por seis (6) días a la Cámara de Apelaciones. Si esta entiende que corresponde elevar la causa a juicio, apartará al fiscal interviniente e instruirá en tal sentido al fiscal que designe el fiscal de cámara o al que siga en orden de turno” (el resaltado se agrega).

El precedente “Quiroga” sentó doctrina únicamente respecto de la legitimidad de la primera alternativa regulada en aquella regla legal, y, en cambio, nada estableció acerca de los casos en los cuales la elevación a la Cámara esté motivada por el desacuerdo entre el fiscal, que peticiona el sobreseimiento y la querella, que pretende la elevación a juicio del proceso. De hecho, en el propio fallo, varios de los magistrados que concurrieron a conformarlo dejaron expresamente a salvo *–obiter dictum–* que las consideraciones que los llevaron a declarar inconstitucional la primera alternativa prevista en el segundo párrafo del artículo 348 de la ley procesal, no debían ser trasladadas a la segunda hipótesis normativa (Cfr. en particular considerando 37 del voto mayoritario; considerando 24 del voto del Juez Maqueda y considerando 24 del voto del Juez Zaffaroni).

Sobre el punto, el fallo establece: “En tales casos, en principio, no es posible suponer una afectación genérica de la imparcialidad del tribunal, en la medida en que **su intervención quede limitada a asegurar que el querellante pueda ejercer el derecho que la ley le concede a ser oído** en juicio oral y público...” (el resaltado se agrega).

Ahora bien, determinar cuál es, entonces, el alcance e interpretación razonable que este *obiter dictum* de la Corte Suprema proyecta sobre el tema bajo análisis, exige comprender cuáles eran las cuestiones que estaban en juego en el caso “Quiroga”, y por qué razón es plausible la afirmación de la Corte relativa a que esos mismos problemas no se verifican en los casos en los que la intervención de la Cámara es producto de un conflicto entre el fiscal y la querrela.

El Tribunal se ocupó de reseñar las cuestiones que se encontraban en juego con total precisión en el considerando 11° del voto mayoritario, allí dijo que “lo que se discute en el caso no es que sean los jueces quienes decidan dentro de su jurisdicción apelada que no existen elementos que justifiquen un debate, sino **si pueden ser quienes resuelvan de oficio lo contrario: impulsar la acción penal, no sólo en contra del fiscal, sino también del imputado**” (el resaltado se agrega). Aquí radica el nudo de la cuestión a ser considerada, pues la posibilidad de impulsar de oficio la acción penal, que la norma cuestionada asigna al juez, es la que coloca a la regla legal en contradicción con la garantía de imparcialidad.

En ese contexto de discusión, la Corte argumentó que “... la actividad legislativa enfrenta permanentemente el desafío de lograr un adecuado equilibrio entre un proceso penal ‘eficiente’ y uno que le dé al imputado la oportunidad de defenderse en un marco de verdadera imparcialidad. En este sentido, no es nueva la concepción de que la separación funcional entre juzgador y acusador apunta a lograr esa finalidad”, para inmediatamente agregar, con cita de Obarrio, que “...la imparcialidad es una de las condiciones de que debe el juez estar siempre revestido, y esa imparcialidad es inconciliable con las funciones de la acusación, funciones que vienen en rigor a desempeñar, cuando, a pesar de las opiniones del ministerio público o querellante particular, manda llevar adelante los procedimientos y pasar la causa al estado de plenario” (confr. considerando 15 del voto mayoritario).

Por ello, como se expresó algo más adelante, en el considerando 17 del fallo, “la exigencia de ‘acusación’, si es que ha de salvaguardar la defensa en juicio y la imparcialidad como condiciones del debido proceso, presupone que dicho acto provenga de un tercero diferente de quien ha de juzgar acerca de su

viabilidad, sin que tal principio pueda quedar limitado a la etapa del 'debate' ..., sino su vigencia debe extenderse a la etapa previa, de discusión acerca de la necesidad de su realización”.

Está claro pues que, si la Corte declaró inconstitucional el procedimiento reglado en el artículo 348, segundo párrafo, primera alternativa, del código de procedimiento, no lo hizo porque estimara que dicho procedimiento afecta al Ministerio Público Fiscal en su autonomía funcional, sino porque consideró que poner en manos de un órgano jurisdiccional la decisión de impulsar oficiosamente el ejercicio de la acción penal, afectaba la garantía de imparcialidad del juez y la necesaria separación entre las facultades de acusar y juzgar que están en la base del sistema acusatorio, que como garantía del acusado prevé la Constitución (arts. 18, 116 y cc. de la Constitución Nacional).

A este respecto, aquel tribunal señaló expresamente: “...un sistema procesal regido por el principio de legalidad procesal, en el cual la pretensión penal pública es llevada adelante por dos representantes del *Estado* (el fiscal y el juez), la exigencia de que las funciones de acusar y juzgar se encuentren, al menos formalmente, en cabeza de funcionarios distintos queda completamente diluida si también el tribunal de alzada puede, en contra del criterio del Ministerio Público, decidir, por sí solo, que se produzca la acusación y la apertura del debate” (considerando 18) e, inmediatamente, agregó que “...el ejercicio de tal facultad de sustituir al acusador hace que los jueces, en vez de reaccionar frente a un estímulo externo en favor de la persecución, asuman un compromiso activo en favor de ella” (considerando 19).

Aquí se ubica el núcleo de la doctrina sentada en el precedente “Quiroga”, que, como puede advertirse, poco tiene que ver con la cuestión relativa a cuáles son los alcances de la autonomía del Ministerio Público Fiscal, establecida en el artículo 120 de la Constitución Nacional.

Con la finalidad de precisar esta cuestión, estimo conveniente reseñar los argumentos centrales de un viejo precedente de este Tribunal en el cual procuré sistematizar las cuestiones que más tarde serían discutidas en el tantas veces citado precedente “Quiroga”. Me refiero a lo sostenido en el voto que pronuncié en el proceso N° 1092 del registro de este Tribunal Oral en lo

Criminal N°23: “Levy, Víctor Rubén s/ amenazas coactivas y lesiones” (sentencia del 17 de mayo de 2002).

En dicho fallo señalé que “la Constitución Nacional asigna al Poder Judicial una clara competencia, esto es, conforme lo dispone el art. 116 de la ley suprema, corresponde a ese poder el **conocimiento** y **decisión** de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación”; se trata, como lo explica Guastavino, de la “función estadual de resolver *controversias* aplicando el derecho” (Cfr. Guastavino, Elías P.: *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, La Rocca, Buenos Aires, 1992, p. 62, el destacado se agrega).

Ahora bien, esta función del poder judicial sólo puede ejercerse en tanto una controversia haya sido previamente planteada, por lo cual “El ejercicio de la función judicial por los tribunales nacionales requiere la existencia de un juicio. Así resulta de los términos de los artículos 100 y 101 -actuales 116 y 117- de la Constitución Nacional. Si no existiera esa limitación, los jueces nacionales podrían, por propia iniciativa, revisar los actos de otros departamentos de gobierno...” (Cfr. Ymaz, Esteban y Rey, Ricardo: *El recurso extraordinario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 41).

A este respecto, la propia Corte Suprema ha afirmado “que si para determinar la jurisdicción de esta Corte y de los demás tribunales de la Nación, no existiera la limitación derivada de la necesidad de un juicio, de una contienda entre partes, entendido esto como ‘un pleito o demanda en derecho instituida con arreglo a un curso regular de procedimiento’, según el concepto de Marshall, la Suprema Corte dispondría de una autoridad sin contralor sobre el gobierno de la República... El Poder Judicial de la Nación, ha dicho Vedia (*Constitución Argentina*, párrs. 541 y 542), no se extiende a todas las violaciones posibles de la Constitución, sino a las que le son sometidas en la forma de un caso por una de las partes. Si así no sucede, no hay caso y no hay, por lo tanto, jurisdicción acordada” (*Fallos* 156:318).

En este sentido, poseen inmensa relevancia, para comprender el valor de tal limitación, las consideraciones vertidas por el senador Zapata (quien había sido miembro de la Convención Constituyente de 1853), al informar el despacho de la Ley nro. 182 del Congreso de Paraná, sobre organización de la

USO OFICIAL

justicia federal. Sostuvo entonces que “Nuestros jueces federales...conservan en el ejercicio de sus altas funciones los tres caracteres distintivos de todo juez común. Conservan su primer carácter que es servir de árbitro entre partes; porque no obran jamás sin que haya contestación, ni juzgan sin que haya proceso...Conservan el segundo carácter del Poder Judicial que consiste en pronunciarse siempre sobre casos particulares y no sobre principios generales...Conservan por fin el tercer carácter peculiar de todo poder judicial que constituye en no poder obrar sino cuando se le invoca o es requerido. **Los jueces federales son por su naturaleza pasivos; es preciso ponerlos en movimiento para que se muevan; que se les denuncie o acuse un crimen para que lo castiguen,** que se les pida la corrección de una injusticia para que la corrijan o enmienden...**Ellos no irán jamás espontáneamente y por sí mismos a perseguir al criminal,** a buscar la injusticia o indagar o examinar los hechos. Si así obrasen, desnaturalizarían su carácter pasivo, tomando una iniciativa que no deben tener y constituyéndose en censores de las leyes y de los actos” (Cfr. Cámara de Senadores, año 1857, p. 222, sin negrita en el original, citado por Gondra, Jorge M.: *Jurisdicción Federal*, Ed. de la Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944, pp. 30/31).

Por ello, como también lo expuse en el caso “Levy”: “...es evidente que en el art. 116 (anterior art. 100) de la Constitución Nacional sólo se le asigna al Poder Judicial la facultad de *conocer y decidir (juzgar)* un litigio, ante el requerimiento o impulso por parte de un agente externo a él y que, en consecuencia, le veda requerir o ejercer funciones de impulso y mantenimiento de la acción de oficio, esto es, sin que exista un actor que lleve adelante ese impulso y sostenimiento de la acción, necesario para que exista una contienda susceptible de excitar o habilitar la jurisdicción”. Así, el principio republicano de división de funciones, presenta como necesario correlato en la aplicación del poder punitivo de un Estado de Derecho al “principio acusatorio”; expresado en los aforismos **ne procedat iudex ex officio** y **nemo iudex sine actore** que garantizan la estricta separación de las actividades requirentes y jurisdiccionales, puestas en cabeza de órganos estatales distintos.

Ese principio ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que desde antiguo ha sostenido que resulta inadmisibles afirmar que

“los jueces puedan gobernar la pretensión punitiva del Estado, en detrimento del sistema acusatorio que organiza nuestra legislación vigente por el cual se pone en manos de un órgano especial, distinto del que declara el derecho, el cometido de excitar la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción” (*Fallos 299:249*).

En síntesis, de una interpretación razonada de los arts. 1, 33 y 116 de la Constitución Nacional, se deriva que, en virtud de la forma republicana de gobierno, la función que al Poder Judicial le corresponde ejercer es, estrictamente, la de conocer y decidir una contienda cuando le es planteada por un órgano externo que habilita su jurisdicción y que, por ello, le está vedado ejercer funciones de impulso y sostenimiento de la acción.

Por esa razón, una regla como la contenida en el artículo 348, segundo párrafo, primer supuesto del código de forma, que faculta a dos órganos judiciales (el juez de instrucción y la cámara de apelaciones) para que decidan, sin pedido de parte (*ex officio*) y de conformidad con su propio criterio, la formulación del requerimiento de elevación a juicio, resulta contraria al principio acusatorio que se deriva directamente de las citadas reglas constitucionales. Ello es así aun cuando no sean esos mismos órganos judiciales los que concreten por sí la acusación, porque lo cierto es que la decisión de sostener el ejercicio de la acción penal pública, en dicha hipótesis, depende exclusivamente de la decisión adoptada por ellos.

Con lo expuesto hasta aquí queda claro que lo que determina que la regla contenida en la primera alternativa del segundo párrafo del artículo 348 de la ley procesal resulte inconstitucional, no radica, tal como lo pretende cierto sector de la doctrina, y como lo afirmó el Juez Fayt en el precedente “Quiroga”, en un conflicto normativo con el art. 120 de la Constitución Nacional. Si bien es cierto que esa norma constitucional, introducida por la reforma del año 1994, en la medida en que define expresamente cuál es el órgano de gobierno, distinto del judicial, al que compete el ejercicio de la acción penal pública, ha venido a refirmar el principio que veda a los jueces involucrarse en el sostenimiento de la acusación, lo determinante en punto a la cuestión de constitucionalidad que genera la regla procesal considerada por la Corte en el precedente “Quiroga”, se mantiene presente de todos modos, aun si se prescinde de la consideración de lo dispuesto en el citado artículo 120 de la Constitución.

Una vez más, con las palabras que utilizara en el caso “Levy”: “Para advertir con mayor claridad dónde se ubica el verdadero punto de conflicto, es útil preguntarse qué ocurriría con la cuestión en análisis si en la reforma constitucional del año 1994 se hubiese optado por consagrar un esquema en el que el Ministerio Público se ubicase institucionalmente dentro de la órbita de uno de los dos poderes políticos del Estado, por ejemplo, del Ejecutivo y, en consecuencia, no pudiese predicarse el carácter independiente y autónomo de aquél, no obstante, claro está, atribuírsele la función de promover la acción de la justicia, tal como lo hace el texto del art. 120 de la Constitución Nacional. No hay duda que en esa hipótesis sería insostenible afirmar que la cuestión constitucional que genera el art. 348, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, ya no se presenta por no ser el Ministerio Público un órgano independiente y autónomo”.

Por esa razón, resulta claro que la violación a la reglas constitucionales que definen el modelo procesal acusatorio que nos rige, no se objetiva por la circunstancia de que la ley procesal establezca que, una vez definido, por órganos del Poder Judicial, que la acción penal debe sostenerse, éstos deban “instruir” al representante del Ministerio Público Fiscal que corresponda para que formule requerimiento de elevación a juicio; sino que ella se verifica mucho antes, precisamente en aquél momento en que el juez de instrucción, sin que ningún sujeto procesal distinto se lo requiera, es decir *ex officio*, ingresa a considerar si el pedido de sobreseimiento formulado por el fiscal es o no razonable, y decide, por sí mismo y en contra tanto de la petición fiscal como del interés del acusado, impulsar el procedimiento de consulta ante la Cámara de Apelaciones, pues, con ese acto procesal, un órgano jurisdiccional se involucra en el ejercicio de la acción penal.

En síntesis, la norma cuya inconstitucionalidad declaró la Corte Suprema, en el caso “Quiroga”, es contraria a las reglas básicas del sistema procesal delineado por la Constitución, pues faculta a los órganos judiciales a resolver **de oficio** la existencia de mérito para formular requerimiento de elevación a juicio y **decidir** que de ese modo se proceda, manteniendo así una imputación que el órgano acusador ha desestimado.

Es evidente que ese problema no se presenta en la hipótesis

contemplada en la segunda alternativa contenida en el artículo 348, segundo párrafo, de la ley de rito, dado que allí el impulso del control jurisdiccional de razonabilidad del requerimiento conclusivo del proceso, formulado por el representante del Ministerio Público, no proviene de un órgano jurisdiccional, sino de la solicitud de una “parte” legalmente habilitada para intervenir en el proceso (la querella), que al requerir la elevación a juicio pone en cuestión la razonabilidad del requerimiento fiscal de sobreseimiento.

Por consiguiente, la elevación del proceso a la cámara de apelaciones, en este supuesto, no se deriva de un vocación del juez de instrucción, que oficiosamente sostiene el impulso de la acción penal, sino, por el contrario, se deriva de la necesidad de resolver un *conflicto* suscitado por las pretensiones contrapuestas del representante del Ministerio Público y de la parte querellante.

Se trata pues, de un mecanismo legal orientado a garantizar que la querella cuente con la posibilidad de acceder a la jurisdicción, para obtener una respuesta a su pretensión relativa a la existencia de un caso suficientemente fundado como para habilitar su discusión mediante un juicio oral y público. De modo tal que, a través de ese mecanismo, la parte querellante puede lograr un control de razonabilidad de las pretensiones conclusivas del proceso formuladas por el Ministerio Público; control que eventualmente acarreará, en virtud del principio de legalidad procesal (art. 71 del Código Penal), el cumplimiento del deber de ejercer la acción penal pública por parte del órgano estatal que, por disposición constitucional, tiene asignada tal función.

Así, la solución prevista por la ley procesal en estos casos resulta en alguna medida semejante a la que contempla la Ordenanza Procesal Penal Alemana en sus parágrafos 171 a 177, regla que según la describe el Profesor Maier “...establece un procedimiento formal mediante el cual la víctima, que requirió la apertura de la acción penal pública del hecho –también, entonces, el querellante por adhesión- (...), puede acceder a un recurso ante la fiscalía superior en rango a aquella que sobreseyó la causa (...). Si el funcionario del ministerio público superior en rango rechaza el recurso jerárquico, **el solicitante tiene la facultad de acceder con su requerimiento a un tribunal (...). Un tribunal especial, el *Oberlandersgritch*** (Tribunal Superior del Estado Federado

...) decide y, en su caso, obliga a la fiscalía a interponer la acción penal pública (acusación)”; mecanismo que tiene por objeto garantizar la sujeción de la actuación del Ministerio Público Fiscal al principio de legalidad procesal (Cfr. Maier, op. cit., Tomo III, página 246, nota al pie nro. 75).

Como lo explica Claus Roxin: “El procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública (§§ 172/177) le da la posibilidad al ofendido de que un tribunal independiente examine el cumplimiento del principio de legalidad por parte de la fiscalía. A pesar de que la fiscalía, en principio, no está vinculada a la jurisprudencia de los tribunales superiores (...) y en sus funciones oficiales, es independiente de los tribunales (...), excepcionalmente se la puede obligar, de este modo a promover una acusación que se opone a su propia convicción” (Cfr. Roxin, Claus: *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 341).

En conclusión, parece claro que un procedimiento de estas características no pone en cuestión aquella regla que veda a los tribunales el impulsar o sostener de oficio la acción (*ne procedat iudex ex officio*). Sin embargo, resta por considerar lo sostenido por cierto sector de nuestra jurisprudencia y doctrina, en el sentido de que, de todos modos, la norma resultaría inconstitucional pues, en tanto el resultado del procedimiento de consulta previsto para este caso deriva en que un órgano jurisdiccional “instruya” al Ministerio Público Fiscal, compeliéndolo a que formule acusación, ello supondría una vulneración de la autonomía e independencia de ese órgano extra poder (art. 120 de la Constitución Nacional).

En primer término, cabe advertir cierta contradicción, en cuanto a que por un lado suele sostenerse que bajo ninguna circunstancia los jueces pueden “instruir” al Ministerio Público en relación con el ejercicio de la acción penal, dado que ello implicaría, según se afirma, afectar la autonomía e independencia de dicho órgano; en tanto, por otra parte, muchas de las voces que en ese sentido se pronuncian, no advierten, sin embargo, afectación alguna a esa independencia y autonomía, al momento de aceptar suprimir, lisa y llanamente, la intervención del fiscal en los delitos de acción pública y consentir así que el ejercicio de sus funciones sea usurpado por un particular (constituido en querellante).

Ahora bien, es preciso aclarar en este punto, cuál es la razón por la

que no importa contradicción con ninguna regla constitucional la circunstancia de que, una vez que el impulso de la querrela ha dado lugar a la intervención de un órgano jurisdiccional, para que resuelva la contienda entre la pretensión de aquel sujeto procesal, en el sentido de llevar a juicio el caso, y la postura opuesta del fiscal, cuando postula el sobreseimiento, sea el órgano jurisdiccional (la Cámara de Apelaciones, conforme la ley procesal) quien “instruya” al fiscal acerca de que el caso debe ser elevado a juicio.

En tal sentido, es oportuno observar que conforme lo establece el tantas veces citado artículo 120 de la Constitución, el representante del Ministerio Público no puede desempeñar la trascendental función de “promover la actuación de la justicia” en representación de la sociedad, de modo arbitrario o antojadizo, sino que debe hacerlo “en defensa de la legalidad”; por ello, su actuación debe ser ejercida con objetividad y en función del principio de sujeción a la ley.

En correspondencia con esta regla fundamental y con lo dispuesto por el artículo 71 de la ley penal, el artículo 29 de la ley 24.946 (Ley Orgánica del Ministerio Público), establece que “La persecución penal de los delitos de acción pública deberá ser promovida inmediatamente después de la noticia de la comisión de un hecho punible y no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos y bajo las formas expresamente previstas en la ley”.

Esta garantía de objetividad y legalidad en el ejercicio de la acción penal es la que, por un lado, permite que la actuación funcional emprendida por quien circunstancialmente encarna al Ministerio Público, pueda ser entendida como una actuación ejercida en representación de la sociedad, y no como una mera voluntad particular del funcionario del cual se trate. Por otra parte, la regla garantiza que, tal como lo exige el principio de legalidad contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, todos los conflictos penales tengan solución por aplicación de la ley.

En consecuencia, estos principios convierten a la acción penal en indisponible para el acusador público. Por esa razón, y además, porque, tal como fue expuesto en el considerando anterior de este voto, las características institucionales de imparcialidad, independencia y vinculación exclusiva a la ley, de las que se encuentra embestido sólo el poder jurisdiccional, determinan que

sean los jueces los encargados de la interpretación y aplicación de las normas penales para la resolución de cada caso particular; es que cabe concluir que, cuando impulsada por la existencia de una contienda entre el fiscal y la querrela, la cámara de apelaciones es llamada a decidir y resuelve que asiste razón al querellante, en el sentido de que en las condiciones del caso es razonable sostener una imputación por la presunta comisión de un hecho delictivo, quien representa al Ministerio Público Fiscal se ve compelido a formular requerimiento de elevación a juicio. Pero ese deber no deriva de que el órgano jurisdiccional ordene actuar en tal sentido, sino de la exigencia impuesta al acusador público por el principio de legalidad procesal (art. 71 del Código Penal).

En síntesis, como lo expuse en el ya mencionado precedente "Levy", el término "instruirá", empleado por el legislador en el artículo 348, segundo párrafo del Código Procesal Penal de la Nación no debe interpretarse, tal como parece hacerlo un sector de la doctrina y jurisprudencia que se ha ocupado del tema, como sinónimo del término 'ordenará', no sólo porque ambos términos no son sinónimos y porque el significado literal de la palabra 'instruir' es: 'enseñar, doctrinar, comunicar sistemáticamente ideas, conocimientos o doctrinas, dar a conocer a uno el estado de una cosa, informarle de ella, o comunicarle avisos o reglas de conducta' (Cfr. 'Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española', Espasa Calpe, 21º edición, Madrid, 1992, p. 830), sino porque, además, una interpretación razonable del término legal, llevada a cabo mediante la consideración del contexto normativo, permite entender que la ley está expresando que, una vez adoptada por los órganos del Poder Judicial la decisión de que en el caso de que se trate es razonable sostener la acción, simplemente se la comunica a un representante del Ministerio Público a fin de que éste materialice formalmente el acto procesal de que se trata, conforme al propio criterio de ese funcionario en punto a los aspectos que deben darle contenido.

No es pues el órgano jurisdiccional el que impone al fiscal acusar en estos supuestos, sino la ley la que así lo exige.

En conclusión, el mecanismo legal contenido en el artículo 348, segundo párrafo, segundo supuesto, de la ley procesal no puede ser tachado en modo alguno de inconstitucional, pues ni se trata de una regla que ponga en

manos del Poder Judicial sostener de oficio la acusación, ni involucra su injerencia en competencias atribuidas exclusivamente al Ministerio Público Fiscal. Se trata, simplemente, de un mecanismo orientado a posibilitar a la querrela el impulso del control judicial de razonabilidad de los dictámenes conclusivos del Ministerio Público.

Es por esa razón que la Corte Suprema señaló expresamente en el considerando 37 del caso “Quiroga” “...que lo dicho precedentemente no resulta aplicable a los supuestos en los que la discrepancia se plantea entre el fiscal -que se manifiesta en favor del sobreseimiento- y el querellante, que pretende que la causa sea elevada a juicio. **En tales casos, en principio, no es posible suponer una afectación genérica de la imparcialidad del tribunal, en la medida en que su intervención quede limitada a asegurar que el querellante pueda ejercer el derecho que la ley le concede a ser oído** en juicio oral y público (conf. doctrina caso “Santillán”, *Fallos* 321:2021) **ni una afectación intolerable a la independencia del Ministerio Público**” (el resaltado se agrega).

Para finalizar, considero prudente recordar que la referencia a la doctrina del fallo “Santillán” incluida en el considerando citado en el último párrafo, en modo alguno puede ser interpretada en el sentido de que el querellante tenga derecho a acceder por sí solo a la instancia de juicio oral. Resultaría, conforme con el desarrollo llevado a cabo hasta aquí, desde todo punto de vista inaceptable pretender que en aquellos casos en los que el fiscal decide -con apoyo en un supuesto legalmente contemplado- no impulsar la acción penal, un particular, aunque se trate del ofendido, pueda tomar su lugar y proseguir con una persecución penal privada, orientada no ya por la necesidad de preservar valoraciones sociales, sino por la satisfacción de intereses individuales.

IX

En función de todo lo expuesto, es dable concluir que no existe norma constitucional, convencional o legal alguna que en el ámbito de los delitos de acción pública habilite a un ciudadano particular a imponer su voluntad individual en pos de sus propios intereses por sobre los de la sociedad, encarnados en el Ministerio Público.

Para decirlo de modo sucinto, es evidente que la acción penal

pública no puede ser ejercida de modo legítimo por ningún sujeto distinto del fiscal, a quien esta función le ha sido asignada con carácter exclusivo por la Constitución y la ley (arts. 120 de la Constitución Nacional, 71 del Código Penal, 5 del Código Procesal Penal de la Nación y cdtes.).

Por consiguiente, en el presente caso, dado que merced a las decisiones de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, obrantes a fs. 508/509 y 528/529, este proceso, por un delito de acción pública, ha sido elevado a juicio sin habersele otorgado intervención al representante del Ministerio Público, no existe acción penal legalmente promovida (art. 167, inciso 2° y 339, inciso segundo, del código de procedimiento). En consecuencia, corresponde así declararlo y absolver a Marcelo Gustavo Paternoster y Gabriel Carlos Paternoster, sin costas (arts. 530 y 531 CPPN).

El juez **Javier Anzoátegui** dijo:

El caso aquí es que la Agente Fiscal instó el sobreseimiento de los imputados (fs. 453/456) y el expediente avanzó hacia la etapa plenaria sólo por impulso de la querella, que pidió la elevación de la causa a juicio a fs. 443/451.

El interrogante, pues, se reduce a desentrañar si el querellante tiene la facultad de promover solitariamente la acción penal pública, o si, por el contrario, debe siempre hacerlo en compañía del representante del ministerio fiscal.

Sin perjuicio de reconocer el alto interés que tienen las argumentaciones vinculadas a la filosofía del derecho y a la política criminal y, en muchos casos, su importancia en orden al fundamento de las normas, me circunscribiré al análisis de las leyes positivas que regulan la materia.

No existe norma constitucional –incluyendo en este grupo a las contenidas en los pactos internacionales, incorporados a la ley doméstica de conformidad con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional– que establezca el derecho del particular damnificado a que se le reconozca acción para perseguir en forma autónoma los delitos de acción pública. El cotejo constitucional resulta razonablemente sencillo para cualquiera con un poco de paciencia. La confrontación con los instrumentos internacionales de derechos humanos y, fundamentalmente, con la jurisprudencia o las opiniones de los

órganos de aplicación de tales tratados ya ha sido largamente analizada en diversos precedentes de la Cámara Nacional de Casación Penal, a los que me remito para evitar reiteraciones innecesarias (C.N.C.P., Sala II, causa N° 8184, “Rodríguez Guitián, José A., s/recurso de casación”, rta. 1/7/08; y causa N° 13.989, “Reinoso, Antonia Rosa Evangelina s/recurso de casación”, rta. 13/11/2011; entre otras).

Un Maier confesadamente cansado y descreído del derecho penal actual, ha podido por eso escribir sobre este tema dejando de lado ese *“idioma encriptado al que se titula de científico”*, y así dar su opinión llana acerca del asunto:

“[...] Me pregunto ¿cuándo habla la Constitución del querellante y sus derechos? ¿estipula ella, en verdad, algún sistema penal y, en ese caso, alguno en especial?; sí así lo hace ¿con qué nivel de detalle lo estipula como para poder afirmar que el sistema de ejercicio de las acciones peca por defecto? Busco un texto referido a este sujeto, por ende, no busco desarrollos lingüísticos rebuscados –en el fondo infantiles y confusos- sobre sus derechos, que los tiene, pero no por vía de confundir el sistema que la ley penal fija al establecer el ejercicio de las acciones (C.P., art. 71 y ss.) [...]”. (**Maier, Julio B.J., “Una tarde con la víctima”**, en “Las facultades del querellante en el proceso penal”, compilado por Sabrina Namer, Editorial “Ad Hoc”, Buenos Aires, 2008, pág. 121).

En cuanto a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que suelen citarse para contradecir esta afirmación, advierto que se refieren a situaciones diferentes a la de este proceso, de manera que no pueden ser aplicados al caso sin riesgo de llevar una doctrina -de por sí asentada sobre un tembladeral hermenéutico- hasta límites a los que el citado Tribunal –como se verá- jamás se ha siquiera acercado.

En efecto, en el precedente “Santillán” (Fallos 321:2021) la Corte decidió que, aun ante el pedido de absolución del Fiscal General, un Tribunal podía condenar mediando un pedido en ese sentido de la querrela en ocasión del alegato del art. 393 del Código Procesal Penal de la Nación.

En “Quiroga” (Fallos 327:5863) la Corte declaró inconstitucional el

art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, sólo en cuanto dicha norma establece la facultad de la Cámara de Apelaciones, de obligar al Agente Fiscal a formular acusación cuando el juez de instrucción hubiese puesto de manifiesto su desacuerdo con el pedido de sobreseimiento del representante del Ministerio Público.

Finalmente, en “Del’ Olio” (Fallos 329:2596) se estableció que no podía condenarse sobre la base de un pedido de pena formulado solitariamente por la querella, si esta parte no había requerido la elevación de la causa a juicio.

Esta apretada síntesis permite corroborar lo adelantado: la Corte Suprema jamás ha admitido en forma explícita que el juicio previsto en la Constitución Nacional para los delitos de acción pública fuese promovido sin la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal. Como dije, apelar a los *obiter dictum* del citado Tribunal en los precedentes en los que se trataron cuestiones vinculadas a nuestro caso, es un proceder que no resulta prudente, sobre todo en un tema tan discutido y discutible como el de la intervención del particular damnificado en el juicio penal.

Es cierto que una proporción no desdeñable de la doctrina y jurisprudencia ha echado mano de lo establecido en los arts. 8º, inciso 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inciso 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para sostener que existe un derecho constitucional a querellar.

El art. 14, inciso 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone:

“Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.”

Definitivamente, de esta norma no puede extraerse la existencia de un derecho constitucional a la querella penal, sencillamente porque se refiere a las personas contra las cuales se substancia una acusación, y a la posibilidad de

toda persona de ocurrir ante los tribunales en defensa de sus derechos de carácter civil.

El art. 8, inc. 1º, del Pacto de San José de Costa Rica dice:

“Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Se ha interpretado que la referencia a la “*determinación de derechos y obligaciones ... de cualquier otro carácter*” abarca también la materia penal. Admitiendo que esto fuese así, debe señalarse que –tal como lo expone Eugenio Rey en un artículo todavía inédito sobre el tema- la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que este derecho está sujeto a la implementación que, dentro de su competencia específica, el Poder Legislativo determine.

En efecto, en el precedente “Santillán” se dijo:

“[...] 11) Que si bien incumbe a la discreción del legislador regular el marco y las condiciones del ejercicio de la acción penal y la participación asignada al querellante particular en su promoción y desarrollo, desde que se trata de lo atinente a la más acertada organización del juicio criminal (Fallos: 253:31), todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma (Fallos: 268:266, considerando 2º).

Ello en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna y cuyo alcance, como la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos: 199:617; 305:2150, entre otros), es coincidente con el que reconocen los arts. 8º, párrafo primero, de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos y 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...]”.

De acuerdo a lo que se desprende del citado fallo, cuando a la víctima se le reconoce personería para actuar en juicio –caso de la ley doméstica argentina- aquella está amparada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que le asegura “*el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma*” (el resaltado me pertenece).

Esta última mención alude, en mi opinión, al juicio llevado a cabo de conformidad con las previsiones de la ley doméstica. Tal afirmación debe relacionarse, además, con lo expuesto en la primera parte del citado considerando 11º, en cuanto se pone de resalto la facultad del legislador de reglamentar el derecho reconocido por la Convención del modo que aquél lo estime adecuado.

Como consecuencia de estas circunstancias –la inexistencia de norma constitucional que establezca el derecho de querrela, la ausencia de jurisprudencia de la Corte Suprema que se ajuste estrictamente al caso y, en última instancia, la remisión a la normativa procesal, que el mismo Tribunal realizó en el precedente de Fallos 321:2021- es evidente que el análisis debe concentrarse en las disposiciones que sobre el punto contiene la ley doméstica.

En ese sentido, la economía de las normas que rigen la materia parece indicar que en los delitos de acción pública es ineludible la promoción y el mantenimiento de la acción por parte de un representante del Ministerio Fiscal, al menos hasta la apertura y celebración del juicio.

El art. 71 del Código Penal establece que deben iniciarse de oficio todas las acciones penales, a excepción de las que dependen de instancia privada o las acciones privadas.

El art. 5 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que la acción penal pública se ejercerá por el ministerio fiscal.

El art. 82 del mismo ordenamiento señala que la persona particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse como querellante, y como tal, a impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances establecidos en el código.

El art. 195 del Código Procesal Penal de la Nación establece que la instrucción será iniciada en virtud de un requerimiento fiscal o de una prevención o información policial. Más atrás, el art. 180 *ibídem* dispone que el juez que reciba una denuncia debe transmitirla al fiscal, para que formule un requerimiento en los términos del art. 188. El mismo art. 180 faculta a quien pretende ser querellante, a apelar la desestimación de la denuncia.

¿Qué ocurre si quien pretende ser querellante tiene éxito en su recurso y el Fiscal insiste en la desestimación? La ley no ha previsto esa hipótesis, de manera que pareciera que la Cámara no puede obligar al representante del ministerio público a instar la acción cuando éste considera que no debe hacerlo. Ese ha sido el criterio de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal en el precedente “Reinoso, Antonia”, resuelto el 13 de mayo de 2011, en el cual se anuló la decisión de la Cámara del Crimen –que ordenó la prosecución del trámite con la sola intervención de la querella- y se declaró que no podía procederse por ausencia de requerimiento fiscal de instrucción.

Ya en la etapa final del sumario, el art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación establece que cuando el juez “[...] *no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal, sea que sólo el querellante estimara que debe elevar la causa a juicio, dará intervención por seis (6) días a la Cámara de Apelaciones. Si ésta entiende que corresponde elevar la causa a juicio, apartará al fiscal interviniente e instruirá en tal sentido al fiscal que designe el fiscal de Cámara o al que le siga en orden de turno*”.

Sin perjuicio de las implicancias de orden constitucional que genera la redacción de esta norma, y que han sido tratadas extensamente en el mencionado precedente “Quiroga” de la Corte Suprema, parece claro que la ley dispone que el pedido de elevación a juicio no sea realizado exclusivamente por el querellante, sino también por el Agente Fiscal. No de otro modo puede entenderse la exigencia de elevar la causa en consulta cuando el que requiere es sólo el acusador particular.

Si esta exégesis todavía se considerara dudosa, el art. 349 del Código Procesal Penal de la Nación se encarga de aclarar el punto, pues expresamente establece:

“Artículo 349.

ARIEL YAPUR
SECRETARIO

Siempre que el agente fiscal requiera la elevación a juicio, las conclusiones de los dictámenes serán notificadas al defensor del imputado [...].”

Es decir, sólo cuando el Agente Fiscal solicita la elevación a juicio debe correrse traslado a la defensa. Más aún, en ese supuesto, la defensa debe ser notificada de *“las conclusiones de los dictámenes”*. El plural indica, indudablemente, que la norma se refiere también al requerimiento de la querrela, de donde se sigue –una vez más– que el traslado a la defensa del requerimiento de la querrela está supeditado a que exista pedido de elevación del fiscal.

En la etapa de juicio, el art. 374 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que en la apertura del debate el Presidente del Tribunal *“ordenará la lectura del requerimiento fiscal y, en su caso, del auto de remisión a juicio”*. Del requerimiento de la querrela la ley no dice nada, lo cual significa que la única pieza acusatoria con aptitud para abrir el juicio por delito de acción pública es, de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento procesal penal, la requisitoria fiscal.

Por su parte, el art. 381 del citado ordenamiento sólo prevé la posibilidad de ampliación del requerimiento fiscal, en el supuesto que durante el debate surgieren hechos que integran el delito continuado, o circunstancias agravantes de calificación no contenidas en la acusación. Nuevamente, ninguna posibilidad acuerda la ley para que el requerimiento de la querrela sea ampliado.

Este rápido repaso de las normas que regulan el ejercicio de la acción permite concluir, en mi opinión, que la parte querellante no tiene la facultad de impulsar la acción penal pública para lograr la apertura de un juicio oral, cuando el representante fiscal no lo ha hecho.

A esta conclusión se llega también tras analizar los antecedentes legislativos vinculados al asunto. En efecto, con relación a la figura del querellante, en el informe del Ministro de Justicia al Senado de la Nación expresamente se señaló, *“[...] Sólo le retaceamos una facultad: la de poder ejercer autónomamente la pretensión penal en el proceso”* (confr. Diario de Sesiones del Senado de la Nación, sesión del 21 de agosto de 1991).

Por otro lado, del informe aprobado por el dictamen de mayoría de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación, surge

que *"Se ha incorporado [...] la figura del querellante particular como parte eventual en el proceso, quien si bien no está munido de potestad acusatoria autónoma, tiene amplias facultades para apoyar la labor del ministerio fiscal en ese sentido [...]"*.

Buena parte de la doctrina concuerda con esta manera de considerar las cosas. Así, entre otros, Almeyra sostiene que:

"[...] el juicio penal promovido por el ejercicio de la acción pública, resulta inconcebible sin la participación del genuino representante que el propio Estado ha instituido para la debida preservación del denominado acusatorio formal —única figura que admite la imposición democrática de la pena estatal—, esto es: el ministerio fiscal.

Por eso nadie que se sepa ha llegado a sostener que en el régimen de enjuiciamiento penal que rige actualmente en el orden nacional, la intervención del particular ofendido pueda asumir la modalidad propia —indebidamente aceptada durante la vigencia del derogado código de procedimientos— de la querella autónoma, admitiendo tan solo que sea algo más que una querella meramente adhesiva, que se aproxima a una forma si se quiere impura de la querella conjunta.

Puede el querellante, con 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 recordados textos legales, que pueda abrirlo 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 2006 [abril], pág. 58).

Por último, ha sido la propia Corte Suprema la que parece haber comenzado a limitar las consecuencias ("capacidad de rendimiento" la llaman ahora) que tribunales y jurisconsultos pretendían extraer de los precedentes "Quiroga", "Del'Olio" y "Santillán". Efectivamente, en el caso "Fermín", resuelto el 22 de julio de 2008 (Fallos 331:1664), con remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, expresó:

“[...] la Cámara de Apelaciones del Noroeste de la provincia del Chubut, revocó la resolución del juez de grado por la que se decidía el sobreseimiento de Mauricio Fermín y declaró la inconstitucionalidad del artículo 306, segunda parte, del Código Procesal Penal de la provincia del Chubut, en cuanto, por vía de consulta, sujetaría la decisión del juez de instrucción ‘al concurso de voluntades sobreseyentes del procurador fiscal y del fiscal de cámara’ (fojas 4).

Bajo esa óptica, el proceso habría quedado en condiciones tales que pondrían en duda la finalidad práctica de elevar a juicio una causa en que no hay un ejercicio real de la acción por parte del ministerio público fiscal, habida cuenta que se trata de un delito de acción pública.

Asimismo, el único sostén de aquella habría quedado suplido, en esta etapa procesal, por la actuación del querellante adhesivo, habiéndose otorgado, en principio, un alcance distinto a la doctrina que surge del precedente dictado por la Corte Nacional "Santillán", publicado en Fallos: 321:2021 -porque es otra la situación procesal- [...]”.

Como surge del texto, el Procurador General y la misma Corte Suprema han puesto en duda *“la finalidad práctica de elevar a juicio una causa en que no hay ejercicio real de la acción por parte del ministerio fiscal”*, a la vez que han diferenciado esta situación –la relativa a la ausencia de requerimiento fiscal- de la que motivó el precedente “Santillán”, esto es, el pedido de absolución del representante del Ministerio Público en ocasión de los alegatos previstos en el art. 393 del Código Procesal Penal de la Nación. Esta distinción permite conjeturar que la Corte daría a un caso como el que nos ocupa una solución diversa a la que postuló en el citado precedente de Fallos 321:2021.

Consecuentemente, en tanto la presente causa ha sido elevada a esta etapa plenaria sin mediar el ineludible requerimiento fiscal de elevación a juicio, resulta claro que la acción pública no ha sido legalmente promovida, de manera que corresponde declarar su insubsistencia y, consecuentemente, absolver a los imputados (art. 336, inc. 1º, del Código Procesal Penal de la Nación).

Huelga aclarar que esta decisión no supone –ni mucho menos- una concordancia con el criterio expuesto respecto del fondo del asunto por la señora Agente Fiscal. Tampoco importa dejar de advertir la imperiosa necesidad de que una reforma de la ley procesal contemple un control efectivo de la actuación de

los fiscales, con el objeto de evitar que -por virtud de las diferentes interpretaciones acerca de los alcances del art. 348 del Código Procesal Penal- los derechos de la querrela queden sujetos a la discrecionalidad de un solo representante del Ministerio Público.

El juez **Marcelo Alvero** dijo:

Comparto en lo fundamental los argumentos expresados en el voto del Juez Magariños para alcanzar la conclusión de que, en el presente caso, la acción penal no ha sido legalmente promovida.

Únicamente debo señalar que no coincido, plenamente, con el alcance que mi colega le asigna al concepto de acusación, aspecto tratado en el punto VII de su voto; sin embargo, no advierto que esa parcial falta de coincidencia impacte en lo esencial sobre la cuestión que en el caso debe ser decidida.

Por tal razón, y con estos alcances, adhiero al voto del Juez Magariños.

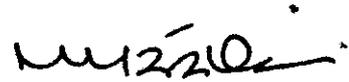
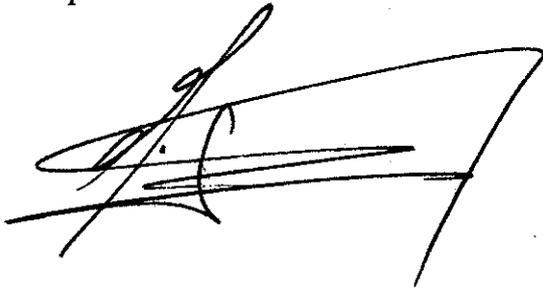
Estas son las razones por las cuales, de conformidad con lo manifestado por la defensa al pronunciarse en la oportunidad prevista en el artículo 376 del Código Procesal Penal de la Nación, el Tribunal, por unanimidad, ha **RESUELTO**:

DECLARAR que, en el caso, la acción penal pública no ha sido legalmente promovida (art. 120 de la Constitución Nacional, art. 71 del Código Penal, arts. 5, 167, inc. 2º, y 339, inc. 2º, del Código Procesal Penal de la Nación) y, consecuentemente, **ABSOLVER** a los Sres. Marcelo Gustavo Paternoster y Gabriel Carlos Paternoster -cuyas demás condiciones personales se consignan en el exordio-, en orden a los delitos de tentativa de estafa procesal reiterada -dos hechos-. Sin costas (art. 530, 531 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación).-

Insértese y protocolícese. Firme que sea, realícense las comunicaciones correspondientes, dispóngase legalmente de la documentación

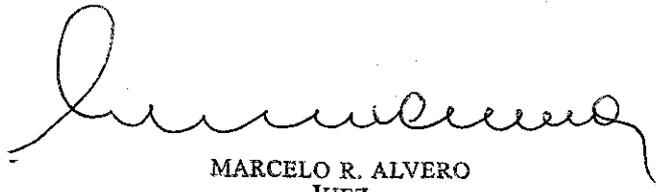
Poder Judicial de la Nación

reservada en Secretaría, acumúlense los incidentes a los autos principales, y oportunamente archívese con intervención fiscal.



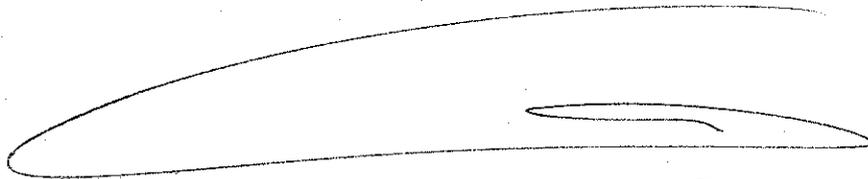
JAVIER ANZOÁTEGUI
JUEZ

 MAGARIÑOS
JUEZ



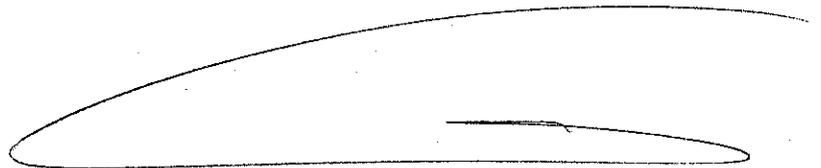
MARCELO R. ALVERO
JUEZ

Ante mí:



ARIEL YAPUR
SECRETARIO

El 5 de noviembre de 2012 se dio cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 400, segundo párrafo del Código Procesal Penal de la Nación. Conste.-



ARIEL YAPUR
SECRETARIO

USO OFICIAL