

“NADIE SERÁ PRIVADO DE AQUELLO QUE LA LEY NO PROHÍBE”

Cristian De Fazio

En el presente artículo se han seleccionado cinco fallos dictados por distintas instancias del proceso penal (Juzgado de Instrucción, Cámara de Apelaciones, Tribunal Oral Criminal, Corte Suprema de Justicia de la Nación), en los cuales se resolvió de forma divergente el rol del querellante, su autonomía en el proceso, y la necesidad del impulso del Ministerio Público Fiscal, entendido como órgano a cargo de la excitación de la jurisdicción.

Puntualmente, se analizan en dichos precedentes, y serán motivo de opinión personal, la normativa Constitucional los Arts. 18 y 75 inciso 22, en cuanto incorpora la Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 8.1, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14.1, y el 120, los Arts. 71, 72 y 73 del Código Penal, y los Arts. 5, 6 y 7 del Código Procesal Penal de la Nación.

Asimismo, serán de relevancia los precedentes Santillán y Quiroga de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Me propongo responder el siguiente cuestionamiento formulado por *Julio B. Maier*; *¿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?*<sup>1</sup>. Quizás no resulte la mejor técnica responder a un cuestionamiento, mediante otra interrogante, pero entiendo que se impone preguntar *¿En qué momento la Constitución, sus Tratados y las normas de fondo y procesales, interpretados de forma armónica (entendido conforme CSJN; Fallos: 1:297)*<sup>2</sup>, *impiden el ejercicio autónomo del querellante, sin el acto promotor del Ministerio Público Fiscal que excite la Jurisdicción?*

---

<sup>1</sup> “Paternoster, Marcelo Gustavo y otro s/tentativa de estafa reiterada” – TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Nº 23 – 05/11/2012 PÁGINA 46.

<sup>2</sup> Interpretación de las normas, evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones...adoptar, aquella que las concilie.

Lo que se ha discutido con rigor en doctrina y jurisprudencia es el carácter eminentemente público de la acción penal, derivada del principio *ne procedat iudex ex officio*, y las consecuencias que trae aparejadas aceptar el impulso de la misma, por el querellante, pese al desistimiento del Ministerio Público Fiscal.

Así, existen sobrados argumentos a favor de una u otra tesitura, verbigracia a favor; tutela judicial efectiva<sup>3</sup>, derecho a ser oído<sup>4</sup> en juicio oral y público (derecho a la jurisdicción)<sup>5</sup>; bilateralidad<sup>6</sup> de las garantías constitucionales<sup>7</sup>; en contra; la acción penal pública solo puede ser impulsada por el Fiscal de lo contrario se convierte la acción pública en acción privada<sup>8</sup> o que tales derechos (tutela judicial efectiva, derecho a ser oído) se encuentran previstos literalmente para el imputado conforme las convenciones internacionales, y que excepcionalmente reconocen su ampliación, en favor del querellante, en casos de delitos de lesa humanidad, o violación de derechos humanos fundamentales<sup>9</sup>; entre los principales de uno y otro sector.

Entiendo que el vicio de la discusión doctrinaria y jurisprudencial, se encuentra en el punto de partida de los sistemas procesales. Según las teorías criminológicas, con el surgimiento del Estado, se produjo la **expropiación del conflicto**<sup>10</sup> que pertenecía (*PERTENECE*) a la víctima. La misma desaparece de plano, para ser ahora el Estado, el afectado, representante del interés común, que

---

<sup>3</sup> 38.665. "F.,N.B.", Desestimación. Estafa. Instr. 14/143. Sala VII.j. 13/5/10, página 1.

<sup>4</sup> Mirta Lidia Molloy de Devoto, Juzgado de Instrucción 47, sec. 136, incidente de falta de acción, causa Nro. 9618/11.

<sup>5</sup> Causa N 5/2012, "Karuza, Walter s/ desestimación", Sala VI, página 7.

<sup>6</sup> Sandoval, David Andrés s. Homicidio agravado por ensañamiento, fecha 31/08/10, CSJN, cita RC 2167, considerando 8 del voto del Dr. Eugenio Raul Zaffaroni.

<sup>7</sup> "Paternoster, Marcelo Gustavo y otro s/tentativa de estafa reiterada" – TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Nº 23 – 05/11/2012 PÁGINA 25.

<sup>8</sup> 38.665. "F.,N.B.", Desestimación. Estafa. Instr. 14/143. Sala VII.j. 13/5/10, página 2, voto en disidencia del Dr. Rodolfo Pociello Argerich.

<sup>9</sup> "Paternoster, Marcelo Gustavo y otro s/tentativa de estafa reiterada" – TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Nº 23 – 05/11/2012 PÁGINA 25.

<sup>10</sup> Eugenio Raul Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, Parte General, páginas 165 a 167.

para la sociedad toda, representa el conflicto (que a nivel estructural, no deja de ser jamás un conflicto individual).

Dicha **ficción jurídica**, de la que parte el Derecho Penal y Procesal Penal<sup>11</sup>, y justifica la intromisión del Estado, en pos de intereses colectivos, no puede derivar, (en casos de desinterés en la persecución estatal), en un cercenamiento de los derechos de la víctima, a impulsar el proceso, y a obtener en su caso una tutela judicial efectiva. La vilipendiada ficción, sirvió como marco teórico para los sistemas inquisitivos, en desmedro de los sistemas acusatorios<sup>12</sup>.

Ahora bien, entiendo, desde el sector que cree procedente el impulso del querellante en forma autónoma, que si bien, no existen preceptos procesales que unívocamente permitan dicha **autonomía**<sup>13</sup>, (salvo los Arts. 82, 180 in fine, 195 in fine, 348 según párrafo en lo relativo al querellante, cuya inconstitucionalidad no ha sido declarada, entre los más relevantes), **tampoco existen normas que de forma expresa y univoca impidan dicho desempeño autónomo**. No se ha reparado en doctrina y jurisprudencia, la real dimensión que el Art. 82 concede al querellante, al establecer “...podrá impulsar el proceso” en los casos de delitos de acción pública.

Por su parte se debe tener presente la Garantía del Debido Proceso (acusación- defensa- prueba- sentencia)<sup>14</sup> derivada del Derecho de Defensa en Juicio del Art. 18 de la Carta Magna. No puede desconocerse la presencia del querellante, como parte integrante de la acusación. Así lo sostuvo la C.S.J.N. en el precedente Santillán<sup>15</sup>, estableciendo que no existe distingo respecto al carácter público o privado de quien formula la acción.

Asimismo, no resulta del todo cierto, como se pretende en el Fallo Paternoster, del voto del Dr. Magariños, y **en particular del destacado desarrollo normativo**

---

<sup>11</sup> “Paternoster, Marcelo Gustavo y otro s/tentativa de estafa reiterada” – TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Nº 23 – 05/11/2012 PÁGINA 12 “...el germen...”.

<sup>12</sup> “Paternoster, Marcelo Gustavo y otro s/tentativa de estafa reiterada” – TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Nº 23 – 05/11/2012 PÁGINA 12 “in fine”.

<sup>13</sup> “Paternoster, Marcelo Gustavo y otro s/tentativa de estafa reiterada” – TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Nº 23 – 05/11/2012 PÁGINAS 45 a 50, **del voto del Dr. Javier Anzoátegui**”.

<sup>14</sup> Julio B.J. Maier, Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos, página 540.

<sup>15</sup> CSJN, “Santillan, Francisco A., fecha 13/08/1998.

**del Dr. Anzoátegui**, que pueda excluirse de la mentada tutela judicial efectiva, al querellante, toda vez que el Art. 8.1 de la C.A.D.H. prevé “...o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal **o de cualquier otro carácter**...”, que interpretada de forma armónica con la posibilidad de recurrir garantizada a toda persona, prevista en el Art. 25 del mismo cuerpo, no permite sostener de forma ineludible, que tales garantías sean previstas solo en favor del imputado. Me pregunto *¿que se diría, si el propio imputado termina convirtiéndose en víctima del Estado? Acaso el mismo, desde que dejó de ser imputado por violación sistemática de sus derechos en paralelo con su proceso, ¿no tendría derecho a una tutela judicial efectiva?* Se debe resaltar que el argumento de que solo se ha permitido la autonomía del querellante, resultó ser en casos de lesa humanidad o violaciones a derechos humanos fundamentales, **encubre una falacia argumentativa**<sup>16</sup>, puesto que no se imagina injerencias de la Comisión Interamericana, en otro tipo de casos.

Ello explica, sin más discusión, las posiciones adoptadas por la C.S.J.N., en los precedentes Santillán, Quiroga, donde se deja a salvo la posibilidad de la parte querellante de excitar la jurisdicción a fin de arribar a un veredicto condenatorio, pese al pedido de absolución formulado por el Ministerio Público Fiscal.

Ahora bien, la pregunta trascendental y que debe inexorablemente zanjar la cuestión es la siguiente: *¿Resulta lógico que, por un lado, a un sujeto procesal, se le otorgue la facultad para, por sí solo, habilitar la jurisdicción en pos de obtener una condena (segundo párrafo del Art. 348 resulta elocuente en tal sentido), o aún más, apelar una sentencia absolutoria, obtener su revocación, y finalmente lograr una condena<sup>17</sup>, y por el otro, se le impida iniciar una incipiente pesquisa, e impulsarla durante la etapa previa (a la etapa fundamental: debate oral)?* Ya desde el propio sentido común, y la idea misma de lo “justo” se impone el resultado racionalmente ilógico como respuesta. **Si se permite la facultad más gravosa (habilitar una**

---

<sup>16</sup> “Paternoster, Marcelo Gustavo y otro s/tentativa de estafa reiterada” – TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Nº 23 – 05/11/2012 PÁGINA 25”.

<sup>17</sup> Sandoval, David Andrés s. Homicidio agravado por ensañamiento, fecha 31/08/10, CSJN, cita RC 2167, considerando 8 del voto del Dr. Eugenio Raul Zaffaroni.

**condena), aquella, necesariamente, como integradora de una totalidad, debe incluir sus facultades menores (habilitar un proceso). Quien accede a lo máximo, debe poder acceder a lo mínimo.**

A ello debe aunarse respuesta a otra falacia argumentativa. Habilitar el impulso solitario de la querrela, no implica retrotraerse al período de la venganza privada, puesto que la acción es ejercida por ante tribunal competente, imparcial e independiente, más el control de la legalidad procesal que realizará el Ministerio Público Fiscal. No se vislumbra vulneración a garantía alguna de la Defensa, en tanto rige la plena contradicción, con la salvedad, de realizarse con el acusador privado.

A mi entender, la única piedra en el camino para esta formulación, resulta ser el Art. 5 del C.P.P.N. Siquiera puede contraponerse el Art. 71 del C.P., toda vez que el mismo dispone la obligación de iniciar de oficio todas las acciones penales, lo que para nada impide que sean iniciadas por el querellante. La norma procesal, prevé “...que la acción penal pública se ejercerá por el ministerio público fiscal...”. Como se ha visto, si se adopta la tesitura abonada en el fallo Paternoster, la interpretación literal, constituiría un valladar para el querellante autónomo. Pero tal interpretación, pone en jaque las referidas normas que habilitan el impulso del particular pese al desistimiento fiscal (Arts. 180 in fine, 195, y 348 segundo párrafo). Entonces, si bien una reforma como la impulsada por el proyecto de reforma del C.P.P.N., en su Art. 25 resolvería el presente conflicto, no menos cierto resulta que la C.S.J.N. ha sostenido que en caso de contradicción de las normas de un mismo cuerpo, se debe adoptar la interpretación que armonice las mismas, pretendiendo asignar valor a todas. Tal criterio deberá imperar hasta tanto se modifique el actual sistema de enjuiciamiento penal, ello en pos de respetar los derechos reconocidos, a nivel Constitucional (incluidos Tratados Internacionales mencionados) y a nivel nacional (C.P. y C.P.P.N.).

Reflexión autorizada resulta ser la de Bidart Campos, que oportunamente sostuvo que “...tardíamente hemos comprendido que ninguna ley ni el Código Penal ni en los Códigos Procesales, puede constitucionalmente privar de legitimidad procesal a la víctima de un delito [...] por más que ese delito sea de acción pública...”<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Bidart Campos, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, 1995, T1, p. 355.

Finalmente, para quienes alegan que poner en cabeza de la víctima el rol de acusador solitario, implicaría discrecionalidad, y un retroceso hacia la antigüedad y la venganza privada, es dable recordar las palabras de Eugenio Raul Zaffaroni que sostiene que la víctima “...dista mucho de responder al estereotipo degradado de un ser sediento de venganza e insaciable en su exigencia de reparación [...] aunque el poder punitivo haya confiscado a la víctima y ésta sea su característica estructural, el juez no puede extremarla hasta el absurdo, sino, por el contrario, debe agotar el esfuerzo jurídico por minimizarla hasta donde sea posible...”<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Eugenio Raul Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, Parte General, páginas 771 y 772.