

La incompatibilidad de la participación conjunta del ofendido en la acción penal pública. Una propuesta que atiende los intereses de la víctima y resguarda los derechos del imputado.

Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Palermo.

Alumna: María Paz SCHECHTEL.

Tutor: Dr. Ignacio F. TEDESCO.

Índice

Introducción	3
Capítulo I: La regulación del ejercicio de la persecución penal en el derecho comparado	16
Capítulo II: El régimen legal y la tendencia jurisprudencial de la Corte en Argentina	36
Capítulo III: El problema del querellante conjunto frente al imputado	53
Capítulo IV: Una propuesta orientada a igualar los derechos de los protagonistas del conflicto	71
Capítulo V: Conclusiones	97
Bibliografía	104

Introducción

“...Los conflictos le han sido arrebatados a las personas directamente involucradas, de tal modo que, o bien han desaparecido, o bien se han transformado en pertenencia de otra gente. En ambos casos se ha llegado a un resultado deplorable... Los conflictos pueden¹ dañar a los individuos y pueden dañar, también, a los grupos sociales. Eso es lo que aprendemos en la escuela, y por esa razón tenemos a las autoridades. Sin ellas se multiplicarían la venganza privada y las vendettas”.

Con estas palabras, Nils Christie² define el sistema de enjuiciamiento penal que rige actualmente en nuestro país y el fundamento que le dio origen. Describe una de las reglas que gobierna el procedimiento penal, cual es la de oficialidad, en virtud de la que, el estado, reacciona ante la *notitia criminis*, apropiándose del conflicto para su solución.

En efecto, las leyes instituyeron la participación de un Ministerio Público Fiscal que, en representación del estado, tiene conferida la titularidad en el ejercicio de la acción penal. De este modo, de acuerdo al artículo 71 del Código Penal que recepta el principio de legalidad, comprensivo de la obligatoriedad de la persecución penal, deben iniciarse de oficio todas las acciones penales públicas.

Este principio se complementa con el del artículo 5 del Código Procesal Penal, cual es el de la irrevocabilidad, por imperativo del que no es posible someter la persecución penal a acuerdos con el órgano persecutor o con la víctima para solucionar el caso de un modo distinto al previsto por ley.

La decisión por la persecución de oficio de los delitos de acción pública se vincula a la consideración del interés público por sobre el individual, ante la ocurrencia del hecho ilícito. El carácter social que se le atribuye al delito y el temor a la venganza privada,

¹ Destacado original

² CHRISTIE, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, en *De los delitos y de las víctimas*, MAIER, Julio B. J., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1982, p. 157 y ss.

históricamente, justificaron el alejamiento del ciudadano-víctima, del poder central y un derecho penal fundado sobre la base de la persecución penal oficial³.

Sin embargo, no puede dejar de soslayarse que el delito también representa un daño individual, es por eso que, aunque excepcionalmente, se reguló la intervención de las víctimas del hecho ilícito, confiriéndoseles la facultad de constituirse en parte para poder así participar en el proceso penal por delitos de acción pública. En el ámbito nacional, este sujeto recibe el nombre de querellante particular, y en el provincial, el de particular damnificado.

Con ello, la víctima de un delito de acción pública, si así lo decide, puede sumarse al proceso y ejercer la acción, acompañando al fiscal.

De ahí que, si tuviéramos que describir el procedimiento a través de una figura geométrica, la relación entre las partes y el juez puede representarse como un triángulo en el cual el juez, encargado de dirimir el conflicto, ocupa el vértice superior, el acusado hace lo propio en uno de los dos vértices inferiores y, en el opuesto, sosteniendo una misma acción, se ubican el fiscal y el querellante.

Si bien actualmente se trata de buscar un equilibrio de intereses, concibiéndose al proceso penal como un instrumento para alcanzar la justicia y como una garantía individual, históricamente se reconoció una etapa en la cual primaba la finalidad de satisfacer los intereses de la víctima.

Ello así, en el derecho germánico antiguo reinaba la composición como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de persecución penal⁴. El derecho de persecución estaba en manos privadas y la finalidad del procedimiento, más que a averiguar la verdad histórica, tendía a buscar la razón de alguno de sus contrincantes. Toda infracción se consideraba como un quebrantamiento de la paz, que la víctima y su familia podían reestablecer, paradójicamente, mediante el combate o la guerra.

Progresivamente, este tipo de venganza abrió paso a la composición. Si el ofensor y el ofendido acordaban una enmienda o reparación económica, se evitaba la venganza. El

³MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, t. II, Parte general. Sujetos Procesales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 617.

⁴MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal, Penal*, citado, p. 582.

procedimiento judicial cumplía un papel secundario pues sólo se realizaba si fracasaba la composición privada.

Este modelo adversarial o de combate tuvo a la víctima como principal protagonista, prevaleciendo un sistema de poder limitado y de gran participación de los ciudadanos en la esfera pública.

La Inquisición desplazó a la víctima de ese pedestal y aquel derecho penal de daños, acentuado en el perjuicio y su reparación, se transformó en un derecho penal de delitos, como lesiones frente a Dios o a la persona del rey. Este fundamento sirvió para que el soberano se apropiara del poder de castigar, despojándole a la víctima su potestad de persecución, la que pasó a ser monopolio del estado.

Nació la persecución penal pública y, con ella, la figura del procurador del rey, la que a la larga dio origen al Ministerio Público, que perseguía en su nombre⁵. El sistema penal se transformó en un mecanismo de control de los súbditos y en una herramienta de coacción y dominación. Además, apareció un nuevo fin en el procedimiento penal: la averiguación de la verdad. Ya no importaba la reparación del daño sufrido, se buscaba superar la “verdad” admitida entre las partes, para adquirir la “verdad material”, y en la realización de tal cometido, el ofendido fue sólo tenido en cuenta como un medio de información para el conocimiento de la verdad.

Por su parte, el imputado, otrora protagonista, fue relegado al status de objeto de la investigación, siendo sometido a prácticas degradantes como los tormentos o la tortura, instituciones características de esa etapa para obtener la confesión.

El conflicto se reducía a la relación estado – súbdito, y la víctima, en palabras de Maier, “pasó a ser el convidado de piedra del proceso penal”⁶.

Si realizamos una visión política sobre el curso histórico, veremos en qué medida la exclusión de la víctima se correspondió con las concepciones absolutas de poder, mientras que la inclusión de ella se produjo allí donde prevaleció un sistema de poder limitado.

Con la Ilustración, se alcanzaron valiosos avances en algunas materias relacionadas al proceso penal y, principalmente, en la relación del sistema con el imputado. Durante este período, se criticó fuertemente la tortura, instrumento que había prevalecido en la

⁵MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999, p.296.

⁶MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, tomo II*, p. 583.

relación del imputado con el proceso. Filósofos del siglo XVIII como Beccaria, Montesquieu y Voltaire fueron quienes emprendieron el camino de la reforma procesal penal. Sin embargo, no se logró mejorar sustancialmente la posición de la víctima.

Fueron exponentes del positivismo criminológico quienes reaccionaron contra ese sistema punitivo y reflataron la participación de la víctima en el proceso penal, aunque de una manera impropia que no tenía en cuenta ni siquiera su interés particular en el conflicto⁷.

Por intermedio de Ferri, se incluyó a la víctima y a la reparación entre las funciones y tareas del derecho penal; más allá aún, la pena comprendía la reparación de los daños y ésta era, como aquella perseguida oficialmente, sin consideración al interés de la víctima⁸.

Sin embargo, la Inquisición dejó profundas huellas que perduran en el procedimiento penal actual. Es así que, con el movimiento reformador del siglo XIX, nació el procedimiento inquisitivo reformado que, sustancialmente, conservó los pilares del método inquisitivo histórico: La persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica como objeto del procedimiento. Para llegar a ella, predomina la investigación (indagación) durante el procedimiento desplazando al debate judicial (la prueba); la escritura triunfa sobre la oralidad y el secreto sobre la publicidad⁹.

Por tanto, la tarea de administrar justicia se transformó totalmente, del paradigma de la lucha (la *disputatio* era una lucha de argumentos) se pasa al paradigma de la decisión mediante la *inquisitio*¹⁰. En ese marco, el margen de actuación de la víctima se redujo. El

⁷ C. GAROFALO, R. *Indemnización a las víctimas del delito* (trad. De P. Dorado de Montero), Ed. La España Moderna, Madrid, 1929, ps. 60 y ss.; FERRI, E., *Sociología criminal* (trad. de Antonio Soto y Hernández), t. 2, Ed. Centro Editor de Góngora, Madrid s/f., p. 199 y n° 88, II, ps. 275 y ss. Citados por MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal tomo II*, p. 584, nota 7.

⁸ MAIER, Julio B. J.; *La víctima y el sistema penal* en *De los Delitos y de las Víctimas*, Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, 1982, p. 187.

⁹ MENDAÑA, Ricardo J.; *La reforma procesal penal y una nueva relación del Ministerio Público con las víctimas del delito*, en *Pensamiento Penal del Sur*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 28-MAY-09, Volumen: 3, p. 490.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 262

procedimiento, que anteriormente había sido sencillo y accesible y le permitía ejercer sus reclamos y derechos, fue haciéndose cada vez más complejo y formalista, a la par que se aumentó la cantidad de delitos perseguibles de oficio, disminuyéndose el catálogo de aquellos que requieren su voluntad para habilitar la intervención estatal.

Con razón afirma Maier, que el proceso penal sólo le reservó al ofendido “un papel secundario y penoso, el de informar para el conocimiento de la verdad”¹¹.

En este sentido, precisamente, en los últimos años, se ha producido, favorablemente un cambio: El marginal rol del ofendido fue percibiéndose como insatisfactorio y, gracias a los aportes de la criminología y de la victimología, se produjo una crisis de aquella visión unidireccional del delito¹², emergiendo una mirada bidireccional, que incluye también a las víctimas.

Para ello, se debió recorrer un largo trecho y se debieron superar ideas tales como que la participación del ofendido en el proceso penal tenía la pura finalidad de canalizar un deseo de venganza por intermedio del estado; concepción que, durante el siglo XIX, tuvo influencia para suprimir la figura del querellante particular en muchos ordenamientos.

En efecto, en nuestro país, supuesta una noción sustancial de la figura de la víctima¹³, la cuestión apareció, al menos ostensiblemente, a propósito del querellante particular conjunto en los delitos de acción pública, marcándose con ello las tendencias que, a fines del siglo XIX, se denominaron “abolicionistas” y “no abolicionistas”¹⁴.

La denominada “corriente no abolicionista” tuvo como pilar básico el Código de Procedimiento Penal para la justicia federal argentina y para los tribunales ordinarios de la

¹¹ MAIER, Julio B. J.; *La víctima y el sistema penal*, citado, p. 186.

¹² Enfocada sólo al imputado, principal protagonista en el proceso penal.

¹³ En el Código Penal Argentino se encuentra reiteradamente mencionada la voz “víctima” en diversos tipos penales, por ejemplo, en los de abandono de personas –art. 106-, abuso sexual –art. 119-, corrupción de menores –art. 125-etc.; en la reparación de daños causados por el delito –art. 29 inciso 2-, y en la determinación judicial de la pena –art. 41-.

¹⁴ BERTOLINO, Pedro J., *El Funcionamiento Del Derecho Procesal Penal: Interpretación, determinación, integración, aplicación*, Depalma, Buenos Aires, p. 155 y ss.

Capital Federal, que data del año 1888¹⁵. Su tendencia en este punto, surge clara de la opinión del codificador Manuel Obarrio, quien decía, luego de recordar la entonces existente acción popular, que ella quedaba proscrita¹⁶, “pero se reconoce en la parte ofendida o en sus representantes legales, el derecho de querellarse contra los delincuentes, o de constituirse en parte en el juicio criminal iniciado por el Ministerio Público”¹⁷; ya que no es posible desconocer en la persona damnificada el derecho de velar el castigo del culpable, y tanto más, cuanto el resultado del juicio criminal tiene una influencia respecto de la existencia de las acciones civiles que nacen del delito.

Con tal plataforma ideológica, se estatuyó la figura del “querellante”, caracterizándosela como la persona particularmente ofendida por el delito de acción pública, con facultad de promover y estimular el proceso penal (artículos 170 y siguientes).

A criterio de Velez Mariconde, influyó en este código el pensamiento de Francesco Carrara, quien consideraba que el delito hiere el derecho que al ofendido le da la naturaleza y no la sociedad, de suerte que ésta, aunque se organice jurídicamente, no puede privarle a aquel de la “facultad ilimitada de provocar la defensa pública y lograr la protección del estado”¹⁸.

Frente a la tendencia que sostuvo el mantenimiento del querellante particular, se alzó la que preconizó la supresión de esa institución del procedimiento penal y ello, en opinión de García¹⁹, se debió a que los profesores de derecho penal y tratadistas de esta

¹⁵Este Código siguió el modelo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, ya reformada al sancionarse el ordenamiento argentino.

¹⁶Sin razón para obrar de este modo pues, la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, no sólo mantenía la institución del querellante, sino que facultaba a todos los ciudadanos españoles a ejercer la acción pública (art. 101).

¹⁷BERTOLINO, Pedro J., Op. cit., p. 155.

¹⁸VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1986, p. 291 y ss.

¹⁹“Se han aferrado a una posición doctrinaria que nos viene de afuera, de ese “afuera” más peligroso que ningún otro, porque es contrario a nuestro modo de vivir y a los principios esenciales de gobierno que forman la base de nuestra existencia, y por no reconocer el error, están minando a su propio país, con el peligro de contribuir a que se desplome el edificio constitucional dentro del

materia del país, tenían como fuente exclusiva de información los trabajos de autores italianos.

En efecto, la gran mayoría de los procesalistas de Europa continental tienen un concepto centralista y absoluto del estado. Esta posición doctrinaria se origina en la abdicación del poder individual de los miembros de la comunidad y del poder social de ésta en un emperador o rey.

Es por eso que en los regímenes totalitarios se comprende esa separación o expulsión de la parte querellante del proceso, porque siendo el estado todo y el individuo un simple número, aquel lo representa a éste, ya sea para los fines de sanción o de reparación.

Nuestros autores, tomaron esta concepción “abolicionista”, netamente latina, heredera directa del derecho romano, absoluto, centralista y autoritario, olvidándose del origen de nuestras instituciones fundamentales y de nuestro régimen constitucional, de origen anglosajón, liberal, descentralizado y civilmente controlado, en donde prevalece el hombre como ser humano, cuyos derechos son anteriores al estado.

La corriente abolicionista influyó en el Código de Procedimiento Penal de la provincia de Córdoba, de 1939, obra de Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, legislación que inauguró lo que se llamó la corriente “moderna” en Argentina. Este ordenamiento revistió trascendencia en tanto, por un lado, suprimió el querellante particular, y por el otro, reguló prolijamente el trámite para el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal²⁰.

cual se desenvuelve y vive” (GARCIA, Eduardo A, *El querellante, la acción popular y la reforma procesal de Buenos Aires*, Jurisprudencia Argentina 1943 II, sección doctrina, p. 283 y ss.)

²⁰Sobre estos particulares, se expresaba en la opinión de motivos del código que “la acción penal es pública tanto por el objeto al cual se refiere cuanto por la finalidad que persigue: El Estado ha reivindicado del particular el derecho de acusar, para cumplir sus fines, para defender su propia vida, para mantener el orden jurídico - social. Ese derecho, se ha convertido en una función social, porque el interés individual ha quedado comprendido en el de la colectividad. La actividad acusatoria se ha socializado enteramente, dignificándose en una elevada concepción del derecho y de la justicia. Como regla sustantiva, el proyecto deroga el vigente instituto del acusador particular fuente de anacronismos teóricos y de inconvenientes prácticos reconocidos (y que esta concepción) no reconoce el derecho del ofendido al resarcimiento del daño que le haya causado el delito; por el contrario, el reconocimiento le da acceso al proceso penal, mediante el ejercicio de la acción civil,

Otros códigos provinciales legislaron el tema en igual sentido que el apuntado, creándose así una verdadera línea de política procesal sobre el tópico. Así, los códigos de las provincias de Río Negro y Neuquén (1986 y 1987, respectivamente), obra ambos de Ricardo Levene (h), mantuvieron el criterio abolicionista²¹.

Solución similar a la del Código federal de 1888, dio al problema el Código de Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires, obra de Tomás Jofré, en 1915²². El texto normativo creó la figura del particular damnificado quien se halla facultado a solicitar diligencias para comprobar la existencia del delito, no obstante, la interpretación jurisprudencial de esta figura ha sido, como regla, más bien restrictiva en cuanto a su intervención y facultades²³.

De lo dicho se desprende que, a excepción del Código Obarrio, el resto de los códigos provinciales, esgrimiendo argumentos tales como el carácter público de la acción penal, el móvil de venganza que mueve al querellante, su interés pecuniario o el

que a tal derecho corresponde” (Código Procesal Penal de Córdoba, versión originaria del año 1939, Córdoba, 1961, p. 27).

²¹El fundamento para tal postura se aprecia en estas palabras de la exposición de motivos del código de Neuquén: “Es hoy inadmisibles en materia penal, donde predominan conceptos de reeducación y defensa social, que el Estado se ponga al servicio del interés pecuniario, de la venganza personal, que son casi siempre los móviles que llevan al damnificado a ejercer la acción pública, móviles que se ponen en evidencia si nos fijamos en el gran número de querellantes que desisten de su acción, dando pretextos fútiles, una vez que han recibido la suma en la que se consideran perjudicados” (Códigos Procesales Penales de las provincias de Neuquén (ley 1677) y Río Negro (ley 2107), Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 8.)

²² La opinión del codificador fue ésta: “Por el interés particular o pecuniario que se atribuye al damnificado en el resultado del juicio criminal (se) lo autoriza a cooperar en cierta medida al éxito de las investigaciones y aun a la ilustración del proceso; pero no se le permite asumir el rol de una verdadera parte litigante. Tal cosa pondría en peligro la regularidad y brevedad del juicio y menoscabaría las atribuciones del ministerio público, único responsable del éxito de la investigación deducida (BERTOLINO, Pedro J., *Código de Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires, comentado, concordado y anotado con jurisprudencia*, 3ra. Edición, Depalma, Buenos Aires, 1991).

²³BERTOLINO, Pedro J., *Ibidem*, p. 124 y ss.

entorpecimiento del proceso, regularon el ejercicio de la acción sólo en manos del estado, y solo la provincia de Buenos Aires, le permitió al damnificado cooperar (siempre resaltando su interés pecuniario) aunque, expresamente, le negó la calidad de parte²⁴.

Más adelante, y con la finalidad de procurar una mejora en el sistema de enjuiciamiento penal, los códigos de Argentina experimentaron importantes reformas. Concretamente, se hace referencia al Código Procesal Penal de la Nación²⁵ y a los códigos en lo procesal penal de las provincias de Tucumán y Córdoba²⁶. Estos nuevos ordenamientos contienen, como novedad, expresas referencias a “la víctima” como figura autónoma e independiente dentro del proceso. Precisamente, tal incorporación plantea cuestiones a considerar, tanto en el campo estricto de la dogmática, cuanto en el de la política procesal penal, y se relaciona con el servicio de la justicia²⁷.

²⁴ Art. 89.

²⁵ Ley 23.984, promulgada el 4 de septiembre de 1991.

²⁶ El nuevo código de Tucumán fue elevado a consideración del Poder Ejecutivo provincial por parte de la Corte Suprema de la Presidencia (17-7-1991) y el de Córdoba (ley 8123) fue sancionado por ambas cámaras provinciales el 5 de diciembre de 1991.

²⁷ El código de Tucumán, que en 1979, contemplaba la figura del querellante porque “en la praxis judicial se hace necesaria su presencia en la mayor parte de las causas importantes (y) el apasionamiento o exceso en que pueda incurrir el acusador particular pueden ser controlados y reprimidos por el juez que dirige el proceso (ya que) mayores son los bienes que los males (para su mantenimiento)”, luego, en 1991, mantiene la figura (artículos 91 a 95), pero, agrega, el mismo título del querellante, el artículo 96, en el que se ocupa expresamente de la víctima. El código cordobés en su versión originaria no contaba con la figura del querellante. Sin embargo, en 1991, cambió de orientación y la incorporó, expresándose, en su exposición de motivos, que “La víctima del delito debe tener un reconocimiento en la ley procesal, por su dramático protagonismo en el hecho objeto del proceso, incluso para que su participación no signifique una revictimización”. Y se añade: “La víctima merece recibir un trato digno y respetuoso durante el proceso (lo que implica, por ejemplo, esperar en salas diferentes a las que se encuentra el imputado, familiares o testigos de aquel). En casos en que deba someterse a exámenes médicos, psicológicos o de cualquier otro tipo, será necesario explicarle el valor de estos estudios para el proceso, especialmente cuando se trate de personas que carezcan de suficiente información, nivel educativo o cultural. En los interrogatorios, habrá que evitar también ocasionarle un sufrimiento moral o social innecesario”.

Por su parte, el código nacional tuvo como base el llamado “Proyecto Levene”. Este contemplaba al actor civil pero no al querellante y a la víctima²⁸. Estas dos figuras fueron incorporadas durante el tratamiento legislativo del proyecto. Ello así, debido a la presión ejercida por los colegios de abogados, que reclamaban una mayor participación de la víctima, se incluyó en el proyecto al querellante “adhesivo”²⁹.

(BERTOLINO, Pedro J. *El Funcionamiento Del Derecho Procesal Penal: Interpretación, determinación, integración, aplicación*, cit., p. 344.

²⁸Según Vélez Mariconde, el fundamento de la exclusión del querellante estaba dando en razón de que “el delito es una violación del derecho público, en cuya defensa debe ocurrir el Estado; si la represión no puede ser concebida hoy como medio para satisfacer la venganza pública, menos puede pensarse en autorizar la vía de una venganza individual. Y el que crea que el ofendido acusa en nombre de un interés público en defensa de la colectividad, pone su ingenuidad al servicio de una causa noble: cree que de ese modo se favorecerá la actividad del órgano específico que el Estado ha instituido para demandar la justa aplicación de la ley” (VELEZ MARCIONDE, A., ob. cit., p. 292.)

²⁹ARSLANIAN dijo al respecto que “...La mayoría de las veces la víctima resulta ajena a los avatares del proceso (...) En los aspectos técnicos, para que pueda tomar parte en el proceso asumiendo el rol de querellante... Hemos sido receptivos de la demanda efectuada por el foro local en cuanto a la inclusión del querellante o acusador particular en el proceso penal. Ustedes saben que el proyecto del doctor Levene no lo contemplaba. Entonces creímos que era conveniente hacerlo. Tal vez no lo haya sido en la medida requerida por los colegios, que querían un querellante pleno, como el que existe en este momento en el código nacional. Sólo le retaceamos una facultad: la de poder ejercer autónomamente la pretensión penal en el proceso. Lo hemos hecho no porque no creamos en la institución del querellante, sino porque su inclusión debe ser respetuosa del régimen de la oralidad (...). No se puede conceder un escenario para que cualquiera ventile sus agravios o pujas personales exponiendo odios y demás. Hemos querido, entonces, que esa intervención en el proceso oral esté siempre acompañada de la intervención del Ministerio Público Fiscal, que le de sustento a la pretensión punitiva. Por eso auspiciamos la figura del querellante adhesivo y no del querellante autónomo. Esto no significa que no le concedamos grandes facultades de otro orden. Puede generar incidentes, puede apelar todo tipo de resoluciones; asimismo, puede provocar la intervención de la Cámara de Apelaciones cuando el fiscal no formulará acusación, a efectos de controlar, de esa manera, dicha decisión fiscal. Les hemos dado facultades plenas, inclusive para interponer recurso de casación u ofrecer medios de prueba e

Lo hasta aquí indicado muestra que tanto los proyectos de reforma como los concretados en orden a la víctima han debido enfrentar tendencias legislativas contrapuestas, las que revelan a menudo, diferentes influencias jurídico-culturales.

Como se señaló, en Argentina, el tema de la víctima estuvo ligado a la figura del querellante conjunto. A título de ejemplo, en la exposición de motivos del “proyecto Maier”, se lee, abonando la postura de mantener aquel sujeto en los delitos de acción pública, se decidió que “a más de constituir (la del querellante conjunto) una institución definitivamente arraigada en la administración de la justicia penal de la acción, se inscribe en la tendencia a incorporar, a quienes afecta el delito, al procedimiento que se dispone para la solución del conflicto social en el que consiste una infracción penal (y), por otra parte, el interés directo del afectado produce, al menos el efecto saludable de evitar en los casos concretos, la tendencia a la rutina que caracteriza a los órganos estatales”³⁰.

Con ello puede afirmarse que, conjugando los intereses comprometidos y ponderando la experiencia histórica de cada ordenamiento en particular, la política procesal penal de ese entonces se orientó firmemente a la incorporación del querellante, y con eso intentó dar mayor protección e injerencia procesal a la víctima.

Recogiendo lo más importante, cabe señalar el ingreso normativo de la figura de la denominada “víctima individual”, incorporación ésta que constituyó para ese entonces, la mayor novedad en el sistema. Aún así, se observan limitaciones de sus facultades de intervención en el proceso penal. Ello pues, en primer lugar, funciona como criterio interpretativo la defensa del imputado y, en segundo término, acota su intervención, el resultado de la investigación, o sea el interés en obtener la verdad, jugando aquí el valor “bien común”.

Por otra parte, cabe destacar que, desde la sanción del actual régimen procesal que estableció la realización del debate en forma oral y pública, se produjeron modificaciones legales que cambiaron sustancialmente el trámite del proceso. Así fue que se incorporaron el juicio abreviado, la instrucción sumaria delegada *ministerio legis* en el fiscal, la investigación por delitos con autores desconocidos, delegada, igualmente, en el fiscal, del

intervenir en la sustentación de la misma (Informe del Ministro de Justicia de la Nación, en la sesión del H. Senado, celebrada el 21 de agosto de 1991).

³⁰Proyecto de Código Procesal de la Nación del Poder Ejecutivo, año 1987.

mismo modo que para los casos de investigaciones por los delitos previstos en los artículos 142 bis y 170 del Código Penal, en los que también se dispuso la reducción de los términos para la duración de la instrucción y se legitimó a los fiscales para la recepción de las declaraciones a los imputados y para disponer la intervención de comunicaciones y autorizar la realización de allanamientos de morada sin orden judicial.

Si bien, en los últimos años, con fundamento en el nuevo orden jurídico constitucional argentino, se ha comenzado a prestar mayor atención a la víctima del delito, tal reconocimiento no ha sido plasmado aún en las normas de códigos procesales.

Ahora bien, el hecho de que la ley finalmente haya regulado la participación de dos sujetos acusadores, hace parecer, a primera vista, que ambos persiguen un mismo objetivo en el proceso penal, o al menos, que tienen la misma función: Investigar la participación del imputado en un determinado hecho y recolectar las pruebas que les permitan formular una acusación. Sin embargo, no debe perderse de vista que al fiscal, entre otros deberes, se le exige el de actuar siguiendo un criterio de objetividad³¹.

Por el contrario, actuar bajo ese parámetro, no se le obliga al querellante, como tampoco lo alcanza la facultad de interponer un recurso a favor del imputado. Ello pues el ofendido, por naturaleza, se diferencia del acusador estatal. Aquel es el titular real del derecho vulnerado por el delito, en tanto el fiscal es solamente quien lo representará en el curso del proceso penal.

En otras palabras, el querellante actúa movido por un interés propio en el proceso, mientras que el fiscal, es el encargado del ejercicio de la acción que nace como consecuencia de aquel interés.

Retomando la representación del triángulo, podríamos afirmar que si bien el fiscal y el querellante ocupan el mismo vértice y sostienen la misma acción, no necesariamente tendrán la misma pretensión.

Así pues, la diferente calidad que cada una de las partes reviste, es susceptible de ocasionar desavenencias entre ambos, las que sucederán cuando se hallen en desacuerdo en la forma de proceder o cuando ambos no pretendan lo mismo. Estos problemas pueden

³¹El criterio de objetividad que debe guiar la tarea del fiscal está expresamente regulado en algunos códigos (ejemplo, Código Procesal Penal de la CABA -ley 2303-) e incluso surge del régimen de recursos que regula el recurso del acusador público incluso a favor del imputado (artículo 433, Código Procesal Penal de la Nación).

plantearse en diferentes momentos del proceso, ya sea al comienzo, cuando el fiscal recibe la *notitia criminis* y solicita la desestimación o el archivo, con los que no está de acuerdo el ofendido, durante la investigación preparatoria, cuando requiere del juez el sobreseimiento de la causa y del imputado, al culminar ese primer período procesal, en el entendimiento que no debe acusar, o durante el debate, cuando al finalizar, requiere la absolución, y el ofendido manifiesta una postura contraria.

Nuestra Corte Suprema ha dedicado una especial atención a dilucidar los problemas que se suscitan con el actuar discordante entre el persecutor principal y el ofendido, los que generalmente se han solucionado –como se intentará mostrar- haciendo contar la voluntad del querellante en la persecución penal oficial.

Sin perjuicio de considerar altamente conveniente propiciar la inclusión de la víctima en el proceso penal, el objeto de esta tesina consiste en demostrar la incompatibilidad de nuestro estado de Derecho con la trascendencia que se le pretende conferir al querellante, y los inconvenientes que acarrea para la situación del imputado, el propiciarle una participación autónoma en el proceso por delitos de acción pública.

Para ello, en primer lugar, se abordará la cuestión de la acción penal desde dos perspectivas: Una de ellas, vinculada al derecho comparado, para lo que se analizarán los sistemas jurídicos de Francia, Inglaterra y Estados Unidos y la otra, estrictamente procesal, en tanto se examinará la regulación de la acción penal en nuestro derecho federal y las derivaciones jurisprudenciales que se extraen de ella.

El estudio de la figura del querellante desde la perspectiva comparada nos permitirá advertir que el instituto de querellante que recepta el Código Federal no se corresponde con ninguno de estos sistemas jurídicos.

Por su parte, se intentará mostrar que la interpretación que nuestros tribunales –en especial la Corte Suprema de Justicia de la Nación- ha realizado en relación a la participación de la víctima en el proceso penal, mayormente inclinada a conferirle autonomía, va en desmedro de los postulados fundamentales de nuestro estado de Derecho y vulnera ciertos derechos elementales del sometido a proceso.

Luego, se pondrán de relieve algunos de los problemas por los que actualmente atraviesa el sistema de enjuiciamiento actual, los que impiden que la persecución penal se ejerza con eficacia, apreciándose que estos inconvenientes alcanzan a la víctima.

Por ello, con fundamento en el nuevo orden jurídico constitucional que, con posterioridad a la reforma de 1994 -que otorgó jerarquía constitucional a diversos

instrumentos de derechos humanos-, reconoció un derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima, se realizará una propuesta orientada a brindar una mayor participación en el procedimiento a la víctima de un delito de acción pública, procurando que ello no desencadene en desmedro de los derechos de quien soporta la persecución penal.

Claro que tal cometido, implicará la necesidad de una reforma del actual sistema de Derecho penal fundado sobre la base de la persecución penal oficial, en el cual la entrega del poder penal a manos privadas constituye una excepción.

Así pues, se propondrá la recepción de criterios de oportunidad, que posibiliten la aplicación del instituto de la conversión de la acción penal pública en privada con el objeto de que el ofendido, una vez concluido el interés estatal en la persecución, pueda ejercer por sí la acción.

A tal efecto, se ejercitará un posible modo de regulación legal del mecanismo de la conversión de la acción que ofrece la ventaja de brindarle a la víctima y al imputado la posibilidad de solucionar el conflicto de acuerdo a sus intereses y necesidades reales.

Capítulo I:

La regulación del ejercicio de la persecución penal en el derecho comparado

Enseña Maier que el derecho es, como materia de estudio, un objeto cultural creado por el hombre en búsqueda de una convivencia pacífica. Es por eso que, el contenido de sus reglas es contingente, como lo son también las formas de organización social que se van dando en procura de alcanzar una mejor forma de convivencia³².

Es por eso que resulta necesario comenzar esta exposición realizando un repaso del desarrollo histórico político del régimen de la acción penal en el derecho comparado, a fin de situarnos en el proceso cultural.

En el ámbito del derecho procesal penal puede observarse cierta tensión entre el interés por conservar las estructuras políticas vigentes y el afán por transformarlas. En efecto, la concepción política imperante en cada momento histórico, determina la prevalencia de intereses sociales o particulares y, en consecuencia, se refleja un

³²MAIER Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos*, citado, p. 260.

determinado sistema de gobierno, una organización judicial, cierto enfoque sobre el conflicto y sobre el régimen de enjuiciamiento³³.

El predominio de uno u otro interés, define la reacción frente al delito, ya sea brindando un amplio protagonismo a las partes – sistema con un juzgador pasivo-, o bien, dando primacía a los intereses colectivos en desmedro de los valores individuales.

Intentaré llevar a cabo, entonces, una descripción del régimen de persecución penal en tres modelos de enjuiciamiento, uno de ellos, perteneciente a Europa Continental (Francia) y los otros dos propios del common law (Inglaterra y Estados Unidos).

A los fines de este trabajo, el vistazo histórico político, no sólo tendrá por finalidad ubicar culturalmente el tema, sino que además, permitirá efectuar una comparación del régimen de la acción penal con aquel propio de nuestro sistema federal y a partir de allí, analizar la figura del querellante.

Francia

La Revolución Francesa, recogiendo las ideas de la Ilustración, adoptó el sistema acusatorio basado en la acción popular, el jurado, el juicio contradictorio, oral y público y la libre convicción como sistema para valorar la prueba. Sin embargo, el código termidoriano de 1795 y el napoleónico de 1808 crearon el proceso denominado “mixto”.

Señala Maier que el *Code d' instruction criminelle* de 1808 fue la piedra fundamental de la reforma del enjuiciamiento penal que se produjo en Europa Continental durante el siglo XIX. Este código partía de un sistema de organización judicial conformado por las *cortes de assises*³⁴ e instituía el Ministerio Público, con el monopolio exclusivo de la persecución penal. Aunque se permitía el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, se separaban netamente las funciones del actor civil - autorizado a defender su interés personal sobre la reparación del daño- de las del ministerio público -encargado de promover y sostener la acción penal pública-³⁵

³³BOVINO, Alberto, *Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado*, en Problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

³⁴Este jurado popular entiende tanto sobre la apreciación de los hechos y la culpabilidad del sospechado, como también sobre la aplicación del derecho y de la pena.

³⁵MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal Fundamentos*, citado, p. 353.

Este código se transformó en la legislación procesal penal definitiva de Francia aunque paulatinamente, sufrió algunas modificaciones³⁶. Sin embargo, más allá de ellas, el sistema procesal francés sigue siendo “mixto”.

En la actualidad, sus fuentes están centradas principalmente en el Código de Procedimiento Penal de 1958, aunque el sistema actual posee diferencias con aquel. En especial, dos fenómenos tuvieron lugar en Francia: El primero de ellos, la constitucionalización de su derecho, que permitió la constitución de un Consejo Constitucional. Este le reconoció valor a preceptos generales no expresamente inscriptos en la Constitución de 1958, tales como aquellos enunciados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. El segundo suceso de trascendencia fue la internacionalización del derecho francés, producto de la ratificación de la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de los Pactos de la Organización de Naciones Unidas.³⁷

A los fines de analizar el ejercicio de la acción penal en este sistema, se debe reparar en tres instituciones que tienen incidencia en dicho acto. Ellas son: El Ministerio Público, la víctima y ciertos agentes administrativos.

El Ministerio Público es el titular de la acción penal. Así pues, el artículo 31 del CPP, expresa que: “El Ministerio Público ejerce la acción pública y requiere la aplicación de la ley”. Aunque no se encuentra solo en esta tarea. En efecto, el artículo 1 del CPP dispone que: “La acción pública para la aplicación de las penas es puesta en movimiento y ejercida por los magistrados y funcionarios a quienes la ley confía tal tarea. Esta acción puede también ser puesta en movimiento por la parte lesionada, en las condiciones determinadas en el código”.

³⁶Los principales problemas se debían a la instrucción preparatoria -la que era atacada por su estricta procedencia inquisitiva, y colocaba al imputado en total desigualdad con los órganos públicos de persecución- y al procedimiento intermedio - que reemplazó al procedimiento ante el jurado de acusación, mostraba la inutilidad del paso previo ante la Cámara del consejo, dominada por el juez de instrucción que había practicado la investigación.

³⁷DIAS, Horacio, LOSTEAU, María y TEDESCO, Ignacio, *El sistema procesal penal francés*, trabajo presentado en el seminario Sistemas procesales penales comparados, a cargo del Prof. Dr. Edmundo Hendler, junio de 2007. www.catedrahendler.org

De ahí que, si bien el Ministerio Público es el órgano persecutor principal, la víctima cuenta con varias posibilidades eficaces para participar en el proceso penal. El código procesal penal francés le permite constituirse en parte civil e iniciar una investigación, presentando una demanda por daños contra el acusado al mismo tiempo que el fiscal deduce la acción penal y ante el mismo tribunal.

En este sentido, la víctima es un sujeto eventual y puede convertirse en parte acreditando que fue perjudicada por la infracción, pudiendo hacerlo incluso a pesar de que el Ministerio Público haya decidido no iniciar investigación alguna.³⁸

En el sistema francés, la función principal del Ministerio Público es la de velar por el cumplimiento de la ley y hacer respetar el orden público, actividad que materializan los fiscales ejerciendo la acción pública en nombre de la sociedad.

Si bien es titular de la acción, al inicio de esta, el procurador debe respetar las órdenes de su superior jerárquico. No obstante obedecer la orden de perseguir, puede dejar a salvo su opinión ante el tribunal o la Corte.

En ciertos casos, el Ministerio Público tiene la potestad de decidir sobre aquello que va a perseguir ante la justicia y aquello que no. Es decir, en este sistema rige el principio de oportunidad. Así, el CPP señala que: “El procurador de la República puede, previamente a su decisión acerca de la acción pública, y con el acuerdo de las partes, decidir recurrir a una mediación, si le parece que tal medida es susceptible de asegurar la reparación del daño causado a la víctima, de poner fin al problema resultante de la infracción y de contribuir a la resocialización del autor”.³⁹

Los casos de mediación que contempla el artículo 40 del CPP se clasifican en dos grupos, según sean de decisión unilateral o multilateral. Dentro del primero de ellos, la principal manifestación de disposición unilateral es el archivo decidido por el representante del Ministerio Público, valorando la oportunidad de la persecución. Esta resolución debe ser comunicada a la víctima. Dentro de los casos de decisión multilateral, se encuentran el archivo bajo condición y la mediación -a iniciativa del Ministerio Público y tendientes a solucionar un conflicto sin juicio- y la “descalificación” -que está subordinada a un

³⁸DIAS, Horacio, LOSTEAU, María y TEDESCO, Ignacio, ob. cit.

³⁹Art. 41, párrafo 7 del CPP.

acuerdo tácito del juez en la cual se tiende a una calificación menos grave que la prevista legalmente-⁴⁰

Ahora bien, como se dijera anteriormente, el fiscal no monopoliza el ejercicio de la acción pues la víctima puede constituirse por sí sola en parte civil e iniciar una investigación ante el organismo jurisdiccional.

De este modo, la víctima puede constituirse en parte civil en el proceso penal y demandar una reparación al perjuicio material y moral causado por la infracción, sea por la vía de la intervención (si el procurador determinó la competencia del juez de instrucción), que le permite sumarse a una instancia ya iniciada para obtener su reparación; o por la vía de acción (cuando la acción pública no se inició), haciendo caso omiso a la inacción del fiscal, sea a través de una querrela con la constitución en parte civil ante los jueces de instrucción, o mediante la citación directa del autor de la infracción ante el tribunal, previo depósito por los gastos del proceso.

Señala Cárdenas que aunque tiene la facultad de hacerlo en forma separada, varias son las ventajas que puede obtener la víctima si decide unificar su acción con la del fiscal. En efecto, la víctima puede sacar provecho de los medios de investigación que dispone el fiscal, como por ejemplo, los registros, medidas que no están permitidas en las acciones civiles puras.⁴¹

Cabe destacar que en el sistema en análisis, la puesta en movimiento de la acción es lo que sólo se encuentra a disposición de la víctima, su ejercicio -por el contrario- es una de las facultades propias del Ministerio Público Fiscal, quien vigila la marcha del proceso penal, realizando los requerimientos necesarios a dicho fin.

Hendler -citando a Hélie- remarca la diferencia entre la iniciación y el ejercicio de la acción, señalando que todas las requisiciones concernientes a la imposición de una pena no pueden pertenecer a las partes y que el derecho de los ciudadanos, tiene siempre el sentido de una libertad, de resistencia a la opresión, es una garantía de los débiles para acudir al auxilio de la justicia.⁴²

⁴⁰Conf. DIAS, Horacio, LOSTEAU, María y TEDESCO, Ignacio, ob. cit.

⁴¹CARDENAS, Juan, *La víctima en el proceso penal*, Nueva Doctrina Penal, 1999-B, Ed. del Puerto, Buenos Aires, p. 747.

⁴²HENDLER, Edmundo, *El ejercicio de la persecución penal pública. Antecedentes históricos y comparados*, www.catedrahendler.org

Por otro lado, en este sistema, el desistimiento de la víctima, en principio, no provoca la extinción de la acción penal. Ello sólo ocurre en aquellos casos en los que la querrela resulta una condición necesaria para la persecución.

Es por eso que, en numerosas hipótesis previstas legalmente, el fiscal no puede actuar hasta tanto no reciba una querrela⁴³. Sin embargo, ello no lo obliga a iniciar una persecución. Uno de los casos está constituido por las infracciones “privadas” donde se le deja a la víctima la valoración de la oportunidad y otros por intereses propios del derecho fiscal, económico o social que corresponda.

Según Cárdenas, el principio rector de la acción civil es que existe para permitir que la víctima vuelva a la situación en que se encontraba con anterioridad a la producción del delito. Por lo tanto, su objeto es la indemnización por el daño emergente y por cualquier otro que se origine a partir del perjuicio. Sin embargo, el tribunal se halla facultado a dictar órdenes que resulten más convenientes, como por ejemplo, la de restituir el bien robado y la que dispone que el demandado costee los gastos de publicación de las resoluciones en un determinado periódico.⁴⁴

Por último, las leyes habilitan a ciertos agentes administrativos (ej. la Aduana) a perseguir las infracciones que lesionan los intereses de las mismas administraciones que representan.

En resumen, en lo atinente a la persecución penal pública en el sistema procesal penal francés merece destacarse lo siguiente:

- La persecución penal se ejerce de oficio y está a cargo del Ministerio Público Fiscal
- Rige el principio de oportunidad

⁴³La querrela es aquella que presenta toda persona que se encuentra lesionada por un crimen o delito a los efectos de su constitución ante el juez de instrucción como parte civil en el proceso. Ella puede tener lugar en todo momento de la instrucción y su denegatoria es apelable. Una vez constituida, debe depositar una caución a los efectos de garantizar que la demanda interpuesta no ha sido abusiva ni dilatoria.

⁴⁴CARDENAS, Juan; op. cit., p. 748.

- La víctima puede constituirse en parte civil en el proceso penal e iniciar una investigación para obtener la reparación del perjuicio que le causó el delito, aún cuando el fiscal haya decidido no hacerlo.

- La víctima está facultada a ejercer la acción ante los tribunales penales mediante la vía de la intervención, es decir, uniéndose a la investigación ya iniciada por el fiscal, o a través de la vía de acción, es decir, con independencia de la inacción del Ministerio Público y depositando una suma de dinero por los gastos del proceso.

- La víctima sólo está facultada a poner en movimiento la acción, su ejercicio es facultad privativa del Ministerio Público.

Inglaterra

El derecho inglés le dio a la víctima un papel relevante en la administración de justicia penal. En la temprana Edad Media, Inglaterra no poseía una justicia penal organizada formalmente. De ahí que, la víctima de un delito resolvía la disputa a través del combate físico con el acusado. Posteriormente, este sistema evolucionó hacia uno reparatorio, según el cual el autor estaba obligado a pagar el daño causado a la víctima. Con la conquista normanda, pervivió el énfasis de la persecución privada en tanto la víctima o sus familiares podían iniciar la persecución a través de un procedimiento formalizado (el juicio por jurados) o bien mediante la guerra privada. La capacidad para perseguir penalmente surgía del carácter de miembro de la comunidad local.⁴⁵

La tradición acusatoria del derecho inglés ha sido explicada en términos de garantía individual contra la posible persecución arbitraria por parte del poder político. Señala Bovino⁴⁶ que el sistema acusatorio privado o popular tiene la particularidad de impedir al poder político la persecución penal, con lo cual el derecho penal no puede ser utilizado por la autoridad política como instrumento de control para servir a sus necesidades. Esta desventaja del poder político se vio contrarrestada, en cierta medida, por otra característica del sistema inglés: Como los tribunales no podían ordenar el reintegro de las costas en los casos penales, la persecución penal no tenía costo alguno para el estado. De este modo, si la víctima decidía acusar, ella debía afrontar los gastos de la persecución.

⁴⁵BOVINO, Alberto, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, en Revista electrónica de Derecho Penal Online, 27/12/2005, disponible en www.derechopenalonline.com

⁴⁶Ibidem

A diferencia de lo ocurrido en Europa continental, en este país no se adoptaron formas inquisitivas durante la Edad Media; su desarrollo recorrió otros carriles. En tal sentido, durante el siglo XVIII, en Inglaterra se desarrolló la institución del jurado, que ocupaba el lugar del inquisidor europeo, en tanto investigaba y decidía. Con el correr del tiempo, el jurado adoptó un papel pasivo -similar al que posee actualmente-, lo cual terminó de consolidar la persecución privada.

La persecución mantuvo tal carácter hasta finales del siglo XIX cuando comenzó a sufrir cuestionamientos y una reforma reclamaba un sistema de persecución oficial que controlara y limitara la iniciativa privada. Así pues, se sancionó una ley *-Prosecution of Offenses Act-* que creó la oficina del *Director of Public Prosecution*, que tiene la facultad de iniciar la persecución penal como representante de la Corona.⁴⁷

Es importante señalar que, a diferencia de lo sucedido en Europa continental, el establecimiento de la persecución pública en Inglaterra no aparejó una modificación significativa de las reglas del procedimiento. El perseguidor oficial heredó el procedimiento de partes propio del acusador privado a quien sucedió. Por esa razón, en el derecho inglés no se incorporó el principio de averiguación de la verdad histórica y subsistió el consenso como elemento central del modelo de enjuiciamiento.

En relación al acusador oficial en el derecho inglés, el *Director of Public Prosecution*, Bovino señala que la similitud entre éste y el fiscal estadounidense, sólo puede plantearse en términos genéricos de control sobre la persecución penal.

Por cierto, el *Director* inglés sólo es responsable directo de la persecución en un grupo limitado de casos⁴⁸ y además, ejerce funciones de control sobre la persecución penal. Así, puede intervenir en cualquier procedimiento penal que se haya originado privadamente⁴⁹ y además debe ser informado cuando se trata de casos de importancia, en los que se le permite aconsejar a favor o en contra de la persecución. Por otra parte, en

⁴⁷CARDENAS, Juan, ob. cit., p. 720 y ss.

⁴⁸Delitos reprimidos con pena de muerte, casos originados en reparticiones públicas, homicidios dolosos, delitos sexuales contra niños y en general casos de mucha trascendencia que justifiquen su intervención.

⁴⁹Ello no limita el derecho de toda persona a iniciar o llevar adelante la persecución penal.

ciertos delitos se requiere el acuerdo del Director para que el acusador privado pueda iniciar la persecución penal.⁵⁰

Otro funcionario vinculado a la persecución penal en Inglaterra, es el *Attorney General*, quien tiene el poder de interrumpir la persecución iniciadas por *indictment*⁵¹ a través de la presentación de un *nolle prosequi* y debe autorizar la persecución cuando se trata de cierto tipo de delitos, según lo disponen algunas leyes. Como miembro del gobierno, responde ante el Parlamento por sus decisiones pero, según la tradición, debe actuar con independencia de toda influencia política. Ante este funcionario responde el *Director of Public Prosecution*.

La descentralización que caracteriza al régimen de persecución penal pública inglés, se debe, entre otros motivos, a la ausencia de un funcionario estatal que dirija el trabajo de todas las instituciones que intervienen en el proceso de la persecución penal y a que la práctica concreta de la persecución es dirigida por autoridades locales.⁵²

Si bien la persecución en Inglaterra puede ser iniciada por varios funcionarios del gobierno, entre ellos el *Attorney General* y el *Director*, y no hay ninguna restricción al derecho de cualquier persona de iniciar una acción penal, en realidad, en la práctica, casi todas las acciones son iniciadas por funcionarios policiales actuando en ejercicio de sus funciones.⁵³

Explica Bovino que la circunstancia de que el sistema esté considerado, formalmente, como un sistema de persecución privada, explica la escasa regulación sobre el ejercicio de la acción penal. Cualquier ciudadano puede iniciar formalmente la

⁵⁰Por ejemplo, delitos tales como cohecho, incesto, hurto al cónyuge (BOVINO, Alberto, *La Persecución Penal en el Derecho Anglosajón*, cit.)

⁵¹El *indictment* es un documento escrito precisando los cargos. Debe ser preparado por un funcionario del tribunal de enjuiciamiento o por un abogado con el rango de *barrister*. Este último, a su vez recibe el encargo de otro abogado, llamado *solicitor*, quien representa a la persona que inició la acción.

⁵²BOVINO, Alberto; ob. cit.

⁵³El 88 % de los casos. (Conf. BOVINO, Alberto, *La persecución penal...*, cit.).

persecución presentando su acusación en todos los delitos, con excepción de aquellos que requieren de autorización oficial.

En la práctica, sin embargo, la persecución privada es casi inexistente. Ello se debe a que el Director de Persecución Penal puede intervenir y tomar la conducción del caso, como también no autorizar que se continúe la persecución. Si el acusador privado pierde el caso, el tribunal le puede imponer la obligación de pagar el costo de la defensa. Asimismo, si el particular presenta una acusación finalmente considerada frívola o vengativa, puede ser demandado por acusación maliciosa.⁵⁴

Los departamentos de policía reciben denuncias, investigan las imputaciones y, de considerar pertinente el enjuiciamiento, formulan acusaciones formales contra el imputado. El oficial de policía se presenta ante el tribunal en carácter de acusador y en carácter de tal, formula acusaciones, interroga testigos e intercambia argumentos con el defensor. La víctima participa como testigo. Si la causa es compleja, la policía contrata los servicios de un abogado que actúa ante los tribunales inferiores o superiores.⁵⁵

Si se dicta un veredicto condenatorio, el acusador puede proponer al juez la pena que debe ser impuesta. En Inglaterra, los casos pueden ser juzgados por un jurado, en un tribunal de la Corona, o en un procedimiento sumario ante el tribunal de un magistrado. El sistema concede una importancia decisiva a la decisión policial que define el hecho y el delito por el que se acusa.

En la década del 70 se criticó el sistema pues la policía no hacía públicos los criterios y reglas utilizadas para tomar las decisiones referidas a la persecución. Por eso en esa época se produjeron cambios. Aumentó la organización de departamentos exclusivamente integrados por abogados (*prosecuting solicitors*) que intervienen en representación de la policía ante los tribunales y disminuyó el número de casos en los cuales intervenían agentes policiales ante los tribunales.

A partir de allí, el sistema sufrió alteraciones de importancia. Como se señalara, la tendencia más importante representa la reducción de las atribuciones de la policía y el crecimiento de los departamentos legales integrados por los *prosecuting solicitors*.

La consecuencia más relevante de esta evolución sucedió en 1985. Se dictó la ley de Persecución Penal Pública, que creó el Servicio de Persecución Penal de la Corona a

⁵⁴BOVINO, Alberto, *La persecución penal...*, cit.

⁵⁵CARDENAS, Juan, op. cit., p. 724.

cargo del Director de la Persecución Penal Pública. Esta institución tiene el deber de ocuparse de la persecución penal en todos los casos iniciados por la policía. Si bien esta ley centralizó aún más la función persecutoria, no permite que los acusadores inicien la persecución sin la intervención de la policía o que la dirijan en sus investigaciones.⁵⁶

En síntesis, como características fundamentales del sistema de persecución penal anglosajón pueden señalarse las siguientes:

- La mayoría de las acciones penales son iniciadas por la policía en nombre de la Corona, cuya acusación, en teoría, tiene carácter privado.

- La policía que decide poner en marcha el proceso penal, actúa ante el tribunal como si fuera un particular, en tanto la víctima participa como testigo. En casos complejos, la policía contrata los servicios de un abogado.

- A partir de la institución creada con la ley 1985 que centralizó la función persecutoria, no se permite que los acusadores inicien la persecución sin la intervención de la policía o que la dirijan en sus investigaciones, circunstancia que limitó la posibilidad de la víctima de cumplir un papel activo en la iniciación de acciones penales.

Hay que darle la razón a Hendler cuando dice que este sistema finge la vigencia de la acción popular, cuando en realidad son los organismos policiales los que ejercen la acción, bajo la formalidad de comparecer el agente ante la autoridad judicial, como si fuera un particular cualquiera.⁵⁷

Estados Unidos

Los primeros pobladores que llegaron a América del Norte provenientes de Inglaterra eran, mayormente, detractores tanto en lo religioso como en lo político y, en consecuencia, llevaron consigo sus tendencias dirigidas a cuestionar los puntos de vista aceptados en su tierra de origen en lo relativo al rol del gobierno y a la distribución del poder.⁵⁸ A ello se debe que los ingleses que se establecieron en el que más tarde sería

⁵⁶BOVINO, Alberto, *La persecución penal...*, cit.

⁵⁷HENDLER, Edmundo, ob. cit.

⁵⁸CARRIO, Alejandro, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1990, p. 44.

territorio estadounidense desarrollaran una fuerte conciencia por el respeto a la autonomía de gobierno y a la forma democrática de gobierno. Ello explica también que la relevancia de la víctima desembarcara en América.

Aquí la persecución penal privada también fue la regla hasta finales del siglo XVII. Fieles a su tradición, los ingleses consideraban que el delito era una ofensa contra la persona y que no afectaba la sociedad. Es por ello que, la tarea de perseguir y aprehender a los autores del hecho estaba a cargo de la persona que resultaba víctima de un delito⁵⁹.

La justicia penal era de carácter reparatorio. Los tribunales le imponían al condenado la obligación de reparar económicamente el daño causado y además, ordenaban el cumplimiento de medidas punitivas en beneficio de la víctima. Si el condenado carecía de recursos económicos, se lo podía obligar a trabajar como sirviente para la víctima por cierto período de tiempo fijado por el tribunal.⁶⁰

La revolución comercial del siglo XVIII operó cambios sustanciales en tanto le dio la bienvenida a la persecución penal estatal. Diversos fueron los motivos que llevaron a la implementación de tal reforma. Uno de ellos fue el aumento de la población en las colonias, que provocó el incremento de hechos delictivos. Por otro lado, la antigua práctica de ofrecer recompensa por la captura del perseguido dejó de funcionar. Es que la familiaridad de la comunidad se evaporó con la llegada de nuevos habitantes y se dificultaba contar con el apoyo de los vecinos para perseguir a los autores. Además, el sistema fue criticado por considerarse elitista y vengativo. Los funcionarios públicos, en particular, se mostraban interesados en convertir el sistema penal privado en público y justificaban sus reclamos sobre la base de las ideas del movimiento iluminista que llegaban de Europa.⁶¹

⁵⁹La mayoría de las víctimas realizaba personalmente la investigación o contrataba a alguien -un funcionario llamado *sheriff*- para que lo hiciera. En el siglo XVII se extendió considerablemente la práctica inglesa de ofrecer recompensas por la captura del perseguido. Luego del arresto, la víctima debía contratar a un guardia para que lo custodie hasta el momento del juicio y un abogado para que interviniera en él; aunque sólo lo hacía en las etapas iniciales puesto que en la mayoría de los casos, la víctima se representaba a sí misma durante el juicio.

⁶⁰CARDENAS, Juan, ob. cit., p. 728.

⁶¹CARDENAS Juan, ob. cit., p. 730.

Los pensadores de esa época, en especial Beccaria, postularon que el delito no era una cuestión privada entre agresor y víctima sino una cuestión social. En consecuencia, atribuyeron a la justicia la función de proteger los intereses de la sociedad y no ya los de la víctima individual.⁶²

Asimismo se señala la influencia de Francia -donde el concepto de acción pública estaba muy arraigado en esa época- en la aparición de la figura del fiscal estadounidense⁶³.

Sea cual fuere su origen, la irrupción de la persecución penal pública en Estados Unidos no implicó la adopción de un nuevo modelo penal. La participación de la víctima en el sistema imperante con anterioridad a la reforma, dio forma al régimen que adoptó las formas de un procedimiento de partes que facilitó la negociación. Asimismo, el fiscal de Estados Unidos heredó la discrecionalidad del acusador privado a quien sucedió.

El fiscal en la mayoría de los estados es elegido por el voto popular y pertenece al poder ejecutivo⁶⁴. En general, el término de su mandato es de cuatro años y pueden ser reelectos. Cada distrito vota su fiscal, circunstancia que da al funcionario gran independencia y si bien cada estado cuenta con un funcionario del Poder Ejecutivo local encargado de velar por el cumplimiento de la ley (*Attorney General*), en la mayoría de los estados, ni éste ni el Gobernador interfieren en las tareas del fiscal. Ello hace que el fiscal norteamericano sea un funcionario sin relación jerárquica ni de subordinación respecto de funcionarios estatales.⁶⁵

⁶²En Virginia, en el año 1751 los tribunales ordenaron que todas las víctimas debían consultar con un procurador general adjunto antes de presentar una acusación. Ya antes de 1789, ese funcionario poseía el dominio absoluto de todas las acciones penales de ese condado. Por su parte, en el derecho continental holandés se utilizaba a un funcionario público denominado *schout*, quien llevaba adelante las acciones penales. Los asentamientos holandeses en lo que sería EE. UU, contaban con los servicios de un *schout*, quien se asimilaba al fiscal. (Conf. CARDENAS, Juan, ob. cit., p. 731.

⁶³BOVINO, Alberto, *La persecución penal...*, cit.

⁶⁴La concepción del fiscal como funcionario ejecutivo es producto de la consideración de las facultades investigativas, persecutorias o requirentes de los fiscales como funciones impropias para el poder judicial que, además, afectan la imparcialidad del tribunal (BOVINO, Alberto, *La persecución penal...*, cit).

⁶⁵CARRIO, Alejandro, ob. cit., p. 52.

Por su parte, dado que la legislación no contiene reglas que determinen criterios de persecución, el grado de discreción que se les concede a los fiscales, les permite desarrollar una política persecutoria que atienda a las necesidades locales. Es así que, en este país, la decisión de iniciar la persecución penal es una de las facultades más importantes ejercidas por los fiscales.

Una vez que el fiscal determina que existe causa probable para creer que una persona ha cometido un delito, puede decidir si realiza una investigación, si inicia formalmente la persecución, si garantiza inmunidad o si negocia los cargos con el imputado (decidiendo asimismo qué cargos formula, cuándo y dónde los formula). Ello significa que, como principio fundamental, los tribunales no pueden obligar al fiscal a iniciar o continuar la persecución penal en un caso concreto.⁶⁶

Sin perjuicio de ello, señala Carrió que en Estados Unidos, la gran mayoría de los casos de persecución penal son el resultado de la actividad policial⁶⁷. Por su parte, agrega que en este modelo es posible hablar de partes en una contienda. Ello pues, por un lado, para el tercero juzgador (juez o jurado), el fiscal que interviene en el caso es una persona ajena al aparato judicial, lo que provoca que los jueces lo vean como a una de las partes peticionantes en un juicio y no como a un par. Por otra parte, el fiscal no es un individuo representativo de autoridad. En efecto, el fiscal es un funcionario electivo, independiente y no demasiado ligado a una estructura gubernamental.⁶⁸

Finalmente, hay que tener en cuenta que en este sistema, la víctima no adquiere en ningún caso rol de parte, y tampoco tiene abierta ninguna vía para forzar a un fiscal a que instituya cargos por el delito que la ha damnificado.

Señala Cárdenas que si bien la mayoría de los estados permite que las víctimas contraten abogados particulares para que asistan al fiscal, hoy, en ningún caso la víctima contrata su propio abogado para que ejerza la defensa del interés privado de aquella ante

⁶⁶BOVINO, Alberto, *La persecución penal...*, cit.

⁶⁷Luego de practicado el arresto, el policía interviniente elabora un informe detallando las circunstancias del arresto y a continuación, el fiscal de distrito, basado en ese informe, comienza su actuación.

⁶⁸CARRIO, Alejandro, ob. cit., p. 70.

el jurado de acusación o de juicio.⁶⁹ En general, los tribunales le confieren al fiscal la facultad exclusiva de iniciar las acciones penales y, cuando se les reconoce a los particulares derecho a presentar una acusación preliminar, tal prerrogativa se funda en disposiciones legales y se puede ejercer sólo por delitos específicos.

Por otra parte, ningún ciudadano puede iniciar una acción penal, ante la falta de aprobación, autorización y acuerdo del fiscal general del distrito. En caso de que éste te niegue a presentar una acusación o recurrir una decisión absolutoria, el particular carece de legitimación para recurrir la denegación de ejercicio de acción o presentar él mismo un recurso.⁷⁰

Por otro lado, en los Estados Unidos, el derecho de la víctima a contratar un letrado particular para que asista en el enjuiciamiento se encuentra limitado. En efecto, a dicho abogado le está vedado actuar como defensor de la víctima, ya que debe ajustarse a los mismos patrones de conducta que el fiscal⁷¹.

En otras palabras, el acusador privado debe garantizar la aplicación honesta e imparcial de la ley penal estadual. Su principal obligación no es obtener el dictado de una condena sino procurar que se haga justicia.

A pesar de las restricciones que pesan sobre los acusadores privados, la doctrina ha mostrado un enérgico rechazo a la participación de aquellos en el sistema de acción pública. En tal sentido, se considera que el letrado, al ser contratado por la víctima con un

⁶⁹El Jurado de Acusación (*Grand Jury*) es una institución trasplantada de Inglaterra. Su acusación por medio de *indictment* es todavía requerida para los delitos de jurisdicción federal, excepto los reprimidos con pena menor. Aproximadamente la tercera parte de los estados requieren la intervención de un Gran Jurado para instituir acusaciones por delitos mayores (aquellos reprimidos con pena de prisión superior a un año). En el resto de los estados, el fiscal puede actuar sin la necesidad de contar con la aprobación de dicha institución. Por su parte, el Jurado (*Petit Jury*) es una institución que se halla contenida en la Constitución de los EE. UU desde su redacción original. A diferencia de lo que ocurre con la acusación del Gran Jurado, el derecho a ser juzgado por un Jurado ha sido considerado fundamental dentro del esquema de justicia e incluido dentro de la garantía del debido proceso. (CARRIO, Alejandro, ob. cit., p. 42 y ss).

⁷⁰CARDENAS, Juan, ob. cit., p. 736.

⁷¹CARDENAS, Juan, ob. cit., p. 744.

fuerte interés en alcanzar una condena, actuará influenciado por los intereses de su cliente y no por sus responsabilidades para con el estado.

A propósito, señala Cárdenas que la práctica de permitir que las víctimas contraten letrados particulares para que participen en acciones penales es un resabio de las raíces inglesas de la justicia estadounidense.⁷²

Recapitulando, podemos apuntar como características del modelo de persecución penal estadounidense, las siguientes:

- Tendencia hacia la desconcentración de autoridad y un permanente recelo por evitar abusos de poder.

- Los partícipes del sistema -jueces, jurados, fiscales y policías- se insertan en un esquema de distribución de funciones y de trabajo coordinado, pero también de una amplia discrecionalidad en sus respectivas tareas.

- Los fiscales, mayormente, son designados por el voto popular y actúan de acuerdo a las necesidades de cada distrito.

- La víctima no tiene un rol protagónico, en tanto no puede compeler al fiscal a iniciar una acción por algún hecho que se haya producido en su contra y en muy pocos casos se le permite presentar por sí sola una acusación preliminar. Si bien puede contratar abogados para que asistan al fiscal, esta práctica acarrea significativos problemas éticos.

Ahora bien, la descripción de las características estructurales de los modelos escogidos muestra que si bien presentan profundas diferencias entre sí, es posible hallar en ellos ciertas similitudes.

En primer lugar, se señalarán genéricamente -puesto que detenerme en ello excedería los límites del presente trabajo- los rasgos que diferencian o asemejan los modelos señalados y luego, se hará lo propio, en relación a la participación de la víctima en el sistema penal.

Para comenzar puede decirse que, la diferencia fundamental que divide al modelo francés del estadounidense y provoca que sean presentados como antagónicos, radica en que el primero de ellos, al igual que el procedimiento federal de nuestro país, es muestra del sistema inquisitivo reformado, propio de la tradición jurídica continental europea, en tanto el último, es representante acabado de un modelo acusatorio formal en el marco de la tradición jurídica anglosajona.

⁷²CARDENAS, Juan, ob. cit., p. 745.

Sin embargo, es menester destacar que tanto el modelo estadounidense como el francés y el argentino ofrecen una primera similitud: La averiguación de la verdad es el objetivo del procedimiento penal. Si bien la meta última del procedimiento penal reside en la realización del derecho penal, esto es, en la aplicación del derecho penal sustantivo, esa meta sólo puede ser alcanzada si, a través del procedimiento, se determina la verdad del acontecimiento histórico que funda la imputación de responsabilidad y, a la vez, torna necesaria la respuesta punitiva⁷³.

En el contexto estadounidense, también se consolida la misma afirmación: la búsqueda de la verdad es el objetivo del procedimiento, aun cuando allí no rige el principio de legalidad y se contempla la posibilidad de respuestas no penales aun para los casos en los cuales se intenta dar respuesta a ciertos conflictos a través de la justicia penal — *diversion*—, y el fiscal tiene la facultad de negociar los cargos que constituirán la imputación formal; lo cierto es que cuando el caso llega a juicio, es claro que el objeto del juicio es demostrar ante el jurado la verdad de la imputación formulada por el fiscal; la misma obligación de determinar la verdad de la imputación existe⁷⁴.

Frente a esta similitud, podría pensarse que la única diferencia entre los modelos es instrumental, esto es, que regulan un método diferente para alcanzar un mismo objetivo. Sin embargo, ello no es así, a poco se advierte que es posible hallar diferencias en el significado de los distintos presupuestos que fundan cada uno de los modelos de construcción de la verdad considerados.

De este modo, es dable observar la diferente estructura que cada procedimiento presenta: En los países de tradición jurídica anglosajona, las reglas del proceso están diseñadas para que un juzgador profesional inactivo escuche cómo los abogados de ambas partes presentan su propia versión de los hechos sobre los que no se hallan de acuerdo, en tanto que las decisiones principales son tomadas por personas que no son profesionales del derecho.

En cambio, en los países del derecho continental, como el nuestro, se autoriza al tribunal a desempeñar una actividad que excede, ampliamente, el papel estrictamente decisorio, propio del poder judicial. En efecto, se regula la figura de un juez de instrucción

⁷³MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, tomo II*, cit., p. 148 y ss.

⁷⁴CARRIO, Alejandro, ob. cit., p. 78 y ss.

que desarrolla una investigación y lleva adelante una imputación y, durante la etapa de juicio, nuevamente un tribunal - integrado, exclusivamente, por jueces permanentes y profesionales- decide sobre la responsabilidad del acusado⁷⁵.

Otra clara diferencia entre el modelo de tradición anglosajona y el nuestro está dada por la ausencia en aquel sistema del principio de objetividad, lo cual se traduce en un deber de *fair play* en virtud del cual, cuando en el curso de la investigación, el fiscal encuentra prueba que permite eliminar o atenuar la responsabilidad del imputado, no tiene la obligación de producir esta prueba en el juicio. Pero la jurisprudencia ha establecido que debe notificar al defensor sobre la existencia de esta prueba si no desea correr el riesgo de la condena que pueda obtener sea anulada. Ello porque se entiende que no puede existir una persecución "objetiva" por parte de quien es, precisamente, encargado de perseguir.

En cambio, en nuestro país, al fiscal se le exige actuar siguiendo un criterio de objetividad⁷⁶, que implica el rechazo a toda idea relativa al desarrollo de un interés subjetivo o de utilidad política como meta de la actividad llevada a cabo por la fiscalía⁷⁷. También en Francia rige el principio de legalidad (el que tiene rango constitucional), aunque como se señalara, para ciertos casos es posible la aplicación de criterios de oportunidad.

Ahora bien, en relación al ejercicio de la acción penal, cabe señalar que en los tres sistemas estudiados se permite la participación de la víctima en el proceso, sin perjuicio de lo cual, tanto Francia, como Inglaterra y Estados Unidos presentan en común la

⁷⁵Cabe destacar que Francia, si bien pertenece al continente europeo, tiene la *Corte de Assises*, órgano llevado a Francia desde el derecho anglosajón, el que se conforma por tres magistrados profesionales y nueve ciudadanos particulares designados por sorteo como expresión de la soberanía popular. (MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. I, cit., p. 353).

⁷⁶En este sentido, el artículo 5 del CPP CABA dispone: En el ejercicio de su función el Ministerio Público Fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país y la ley. Investigará las circunstancias que permitan comprobar la acusación y las que sirvan para eximir de responsabilidad al/la imputado/a y formular los requerimientos e instancias conforme a ese criterio de objetividad.

⁷⁷MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. II, cit., p. 323.

característica de que dicha intervención no comporta que haya dos sujetos ejerciendo la acción penal.

En efecto, pudimos ver que en Francia, si bien se le permite a la víctima participar en el proceso penal -a través de la constitución en parte civil- y demandar una reparación al perjuicio material y moral causado por la infracción, sea por la vía de la intervención (si el procurador determinó la competencia del juez de instrucción) o por la de acción (cuando la acción pública no se inició), el ejercicio de la acción penal es una facultad privativa del Ministerio Público.

En tal sentido, el fiscal ejerce la acción pública en nombre de la sociedad puesto que debe velar por el cumplimiento de la ley y la vigencia del orden público.

De allí que en Francia la puesta en movimiento de la acción es lo que sólo se encuentra a disposición de la víctima, su ejercicio -por el contrario- es una de las facultades propias del Ministerio Público Fiscal, quien vigila la marcha del proceso penal, realizando los requerimientos necesarios a dicho fin.

Esta diferencia entre *iniciación* y *ejercicio* de la acción, es lo que demuestra que en Francia la acción penal siempre es ejercida por una sola persona: El representante del Ministerio Público Fiscal.

Si bien el ofendido cuenta con posibilidades de participar en el proceso, no ejerce la acción, y su desistimiento, no provoca la extinción de la misma, sino en aquellos casos en los que la querrela resulta una condición necesaria para la persecución.

Con respecto a Inglaterra, se vio que a partir de la ley de persecución penal pública dictada en 1985, que creó el Servicio de Persecución Penal de la Corona, a cargo del Director de Persecución Penal Pública, no se permite que los acusadores inicien la persecución sin la intervención de la policía o que la dirijan en sus investigaciones. Como se señaló, esta circunstancia, limitó la posibilidad de la víctima de cumplir un papel activo en la iniciación de acciones penales.

Si bien la persecución en Inglaterra puede ser iniciada por varios funcionarios del gobierno, entre ellos el *Attorney General* y el *Director of Public Prosecution*, en la práctica, casi todas las acciones son iniciadas por funcionarios policiales actuando en ejercicio de sus funciones, quienes comparecen ante la autoridad judicial, como si fueran particulares. En casos complejos, la policía contrata los servicios de un abogado (*prosecuting solicitors*). En tanto la víctima participa como testigo.

Lo cierto es que en Inglaterra, la víctima no puede iniciar en solitario una investigación o dirigirla, circunstancia que, al igual que lo que ocurre en Francia, implica que no haya coexistencia de acusadores que se enfrentan al imputado.

De igual modo, se señaló que en Estados Unidos, la gran mayoría de los casos de persecución penal son el resultado de la actividad policial. Los fiscales -elegidos por el voto popular- actúan con un grado tal de discreción, que les permite desarrollar una política persecutoria en atención a las necesidades locales. Se aprecia que la víctima no adquiere en ningún caso rol de parte, y tampoco tiene abierta ninguna vía para forzar a un fiscal a que instituya cargos por el delito que la ha damnificado. En muy pocos casos se le permite presentar por sí sola una acusación preliminar.

Si bien la víctima puede contratar a su abogado, en general, los tribunales le confieren al fiscal la facultad exclusiva de iniciar las acciones penales y, cuando se les reconoce a los particulares el derecho a presentar una acusación preliminar, tal prerrogativa se funda en disposiciones legales y se puede ejercer sólo por delitos específicos. Por otra parte, ningún ciudadano puede iniciar una acción penal, ante la falta de aprobación, autorización y acuerdo del fiscal general del distrito.

Así pues, puede observarse que en Estados Unidos -al igual que en Francia y en Inglaterra-, la persecución penal se ejerce por una sola parte. Los tres modelos tienen en común que, aunque receptan la intervención de la víctima del hecho ilícito en el proceso penal y le confieren ciertas facultades, ello no comporta la existencia de dos personas ejerciendo una misma acción penal.

Es decir, los tres países se rigen por un sistema de persecución penal oficial y la participación que asignan a la víctima no es tal como para permitirle ejercer esa persecución.

Por el contrario, podemos observar que la figura de querellante que se legisló en Argentina, no se corresponde con ninguno de esos sistemas jurídicos. En efecto, en nuestro país, se le permite a la víctima de un delito de acción pública, adquirir la calidad de querellante y tomar parte en la investigación estatal. Aquí sí hay dos partes -la víctima constituida en parte querellante y el representante del Ministerio Público Fiscal - que ejercen una misma acción penal. La primera lo hace por su interés propio y el fiscal, en defensa de los intereses generales de la sociedad.

La participación que en nuestro país se le da al querellante es tan amplia que, incluso, se le permite formular una acusación; no obstante que la ley instituyó a un órgano estatal específico para que realice lo propio.

Así pues, del análisis comparativo efectuado entre países de tradición jurídica continental europea y anglosajona, se extrae que la participación que en nuestro derecho federal se le dio a la víctima de un delito de acción pública en el proceso penal, no se corresponde con la que poseen los países de Francia, Inglaterra y Estados Unidos.

Como vimos, si bien estos modelos presentan diferencias entre sí, los tres se asemejan en que la intervención que dan a la víctima en el proceso penal no comporta un doble sistema de acusación. En nuestro país, por el contrario, al permitirse la figura del querellante en un régimen de persecución oficial, con facultades autónomas para requerir la elevación de la causa a juicio e interponer recursos, se originó un modelo en el cual la acción penal es susceptible de ser ejercida por más de un acusador.

En el próximo capítulo me propongo exponer cómo es que está regulada legalmente la intervención del querellante en nuestro país y el alcance que la Corte Suprema le dio a dicha participación. Luego, pretendo mostrar algunas derivaciones que acarrea la existencia de dos personas ejerciendo una misma acción para la situación del imputado.

Capítulo II:

El régimen legal y la tendencia jurisprudencial de la Corte en Argentina

Para poder aplicar una pena, el artículo 18 de la Constitución Nacional impone la realización de un juicio previo que debe reunir los caracteres de oralidad, publicidad y la continuidad de sus actos. Para salvaguardar la garantía de imparcialidad del juzgador, es menester diferenciar el órgano que acusará del que habrá de juzgar; por lo cual el proceso debe iniciarse por un estímulo extraño al tribunal de juicio (principio *ne procedat iudex ex officio*).

La persecución penal en nuestro país está en manos de un órgano estatal específico: El Ministerio Público Fiscal. En este sentido, el artículo 120 de la Carta Magna establece que el rol de este órgano es el de promover la actuación de la justicia; con lo cual deja sentado que sin esa promoción, el juez no se encuentra habilitado para ejercer su jurisdicción.

El artículo 71 del Código Penal recepta el principio de legalidad mediante el cual se obliga al Ministerio Público Fiscal a iniciar de oficio todas las acciones penales por delitos de acción pública.

Excepcionalmente, se reconoce al ofendido -o a algún sustituto para algunos casos- la facultad de disponer de la persecución penal en los delitos de acción privada (artículo 73, CP), en tanto se le exige su ejercicio, y en los delitos dependientes de instancia privada (artículo 72, CP), donde se requiere el concurso de su voluntad para promover válidamente la persecución penal oficial.

Ahora bien, también en el ámbito de los delitos de acción pública, los códigos han regulado la intervención de la víctima - o sus sustitutos- otorgándoles legitimidad para constituirse en parte querellante y participar en el proceso penal.

En tal sentido, la figura del querellante, representa la participación de la víctima en la persecución penal pública. Así pues, por limitadas que sean sus atribuciones, el querellante participa en el procedimiento con el objeto de influir en la decisión sobre el hecho punible imputado y sobre la solución prevista en el derecho penal de fondo.⁷⁸

Por cierto, el Código Procesal Penal de la Nación describe y circunscribe su actuación genérica en el art. 82, el que lo faculta a “impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir”. El debido alcance de las atribuciones que este artículo enumera ha sido materia de controversias tanto en el ámbito doctrinario⁷⁹ como en el jurisprudencial⁸⁰.

⁷⁸BOVINO, Alberto, *El querellante en los delitos de acción pública en algunos códigos latinoamericanos*, Pensamiento penal del sur, volumen 2, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2006, p. 96.

⁷⁹A modo de ejemplo, autores como MAIER entienden que la ley penal no legitima al querellante como persecutor penal privado (artículo 71 CP), y “tan sólo algunos códigos de procedimientos, de dudosa constitucionalidad...le conceden al ofendido...la posibilidad de ser titular del ejercicio de la acción oficial (por ej. CPP Nación, 82). Afirma que “la naturaleza pública de la persecución penal y su consecuencia, la falta de reconocimiento a cualquier otro sujeto de derecho privado de la calidad de titular de ella –salvo los casos de excepción que la misma ley prevé: acciones penales privadas-, permite reconocer que este tipo de querellante, a lo sumo mero auxiliar del órgano público de persecución penal por adhesión, no interviene por un interés propio y autónomo, según

Más allá de las opiniones de juristas y de jueces, lo cierto es que el CPPN le permite al querellante: Promover cuestiones de competencia (art. 45), recusar al juez (art. 58), oponer nulidades que no haya concurrido a causar (art. 169), apelar la resolución que ordena el archivo de las actuaciones (art. 195), proponer diligencias (art. 199, 212 y 348 1er. párrafo), asistir a los registros domiciliarios (art. 200), apelar el auto de sobreseimiento (art. 337 y 352), interponer excepciones (art. 339 y 358), apelar el auto que resuelve excepciones (art. 345), solicitar el sobreseimiento o requerir la elevación de la causa a juicio (art. 347), comparecer a juicio, examinar las actuaciones, los documentos y las cosas secuestradas, ofrecer pruebas e interponer recusaciones (art. 345), solicitar instrucción suplementaria (art. 357), formular preguntas a las partes, peritos, testigos e intérpretes (art. 389), solicitar la lectura de las declaraciones testimoniales (391) y de actas y documentos

la ley. (MAIER, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal*, tomo I, cit. p. 546). Otra línea argumental ubica al querellante por encima del meramente coadyuvante o adhesivo, facultándolo a recabar la imposición de una pena (Así D'ALBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación*; Abeledo Perrot, 1999, p. 691). En este mismo sentido, sostiene CAFFERATA NORES que el artículo 120 de la CN, no depara al Ministerio Público, como monopolio, defender los intereses generales de la sociedad "...cuando el "interés particular del damnificado" se canaliza en el proceso mediante la querella (Conf. CAFFERATA NORES, José I., *¿Se terminó el "monopolio" del Ministerio Público Fiscal sobre la acción penal?*; LL 1998 E, p. 329, citado en D'ALBORA, Francisco J., ob. cit. p. 691). También en esta tesitura se enrola BINDER al decir que "...la tendencia moderna se orienta... a abrir la puerta al acusador particular... en los últimos años se discute acerca de si se debe mantener la figura de un "querellante conjunto adhesivo" – es decir coadyuvante del Ministerio Público- o si se admite un "querellante conjunto autónomo". Pareciera que la tendencia dominante se orienta hacia un sistema de querellante conjunto autónomo, es decir que no sea simplemente "adhesivo", sino que tenga las mismas facultades que el Ministerio Público... Una de las características de la función del querellante conjunto adhesivo hace que, si el Ministerio Público no acusa, aquel no pueda acusar. Un querellante conjunto autónomo puede acusar, aún si el Ministerio Público no lo hace... Se ha comprobado que el querellante particular resulta una figura muy útil dentro del proceso, puesto que moviliza mucho la justicia y le quita trabajo al Ministerio Público..." (BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*; Ad-Hoc. Buenos Aires 2005, p. 328).

⁸⁰A propósito de lo cual, en lo sucesivo, se realizará una reseña de los pronunciamientos más relevantes emanados de la Corte Suprema de la Nación.

(art. 392), alegar sobre la prueba y formular acusación (art. 393) y recurrir las resoluciones judiciales en los casos expresamente previstos en el Código (art. 345).

En general, podría decirse que comparte estas facultades con la fiscalía. Sin embargo, el querellante no posee las atribuciones coercitivas ni ejecutivas de las que goza el fiscal o su auxiliar, la policía -allanar domicilios en los casos en que por ley se prescinde de orden judicial (art. 227), disponer arrestos y requisas urgentes (art. 184 incs. 3º, 5º y 6º), secuestros (art. 185) - entre otras.

Tampoco alcanzan al querellante ciertos deberes funcionales, como el de obrar con objetividad, o el deber que le impone el principio de legalidad (art. 71 y 274, CP), y la facultad de recurrir a favor del imputado (art. 433).

Por otra parte, rige para el querellante el secreto del sumario (art. 204) y se limita su facultad de asistir a la declaración del imputado (art. 295). Finalmente, el querellante no puede dirigir la instrucción preliminar ni practicar sus actos (art. 353 bis), o cumplir esa tarea por delegación del juez de instrucción (art. 196).

De acuerdo a lo previsto en los art. 347 y 393, en el derecho argentino, el querellante puede acusar autónomamente, esto es, sin depender de la acción que decida emprender el fiscal al finalizar la investigación preparatoria o en el debate.

Con todo, como dije anteriormente, la cuestión de la titularidad de la acción penal ha merecido la atención de la jurisprudencia, la que mayormente ha sido proclive a admitir la voluntad privada en la persecución penal oficial. Por eso, para finalizar el presente capítulo, considero importante reseñar los precedentes judiciales de nuestro máximo tribunal respecto a la titularidad de la acción penal.

Puesto que la cantidad de fallos relativos a la cuestión es inabarcable, atento a que los tribunales inferiores de nuestro país, a su turno, han ido delineando su jurisprudencia en el sentido señalado por la Corte, a los fines de este trabajo, se creyó conveniente limitar la descripción a los pronunciamientos más relevantes emanados de la Corte Suprema.

En el próximo capítulo me dedicaré a exponer mi postura en torno a la regulación actual del querellante en nuestro sistema procesal penal, entendiendo que, considerarla autónoma, no resulta compatible con lo dispuesto en el Código Penal. Intentaré poner de relieve los postulados que deben echar luz para realizar una correcta interpretación del alcance de las facultades del ofendido en el derecho de nuestro país.

En una posición marcadamente acusatoria se enrojan los fallos de la Corte, “*Tarifeño*”, “*García*”, “*Cattonar*”, “*Bensadón*”, “*Saucedo*”, “*Ferreyyra*”, “*Cáseres*”, “*Santillán*” y “*Fiscal c/ Fernández*”.

En el caso “*Tarifeño*”⁸¹ la Corte Suprema se expidió sobre la importancia que tiene la acusación como presupuesto ineludible de la sentencia condenatoria, considerando que no es posible condenar cuando el fiscal ha solicitado la absolución del imputado en el juicio.

Los jueces entendieron que “la lectura del expediente pone al descubierto una trasgresión a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso de tal entidad que...afecta la validez misma de su pronunciamiento”. En tal sentido señalaron que no habían sido respetadas las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales, en la medida en que se ha dictado sentencia condenatoria sin que mediase acusación, pues durante el debate el fiscal solicitó la libre absolución del sujeto pasivo del proceso y, pese a ello, el tribunal de juicio emitió sentencia condenatoria.

Idéntico criterio siguió el máximo tribunal nacional en los casos “*García*”⁸² (Fallos 317:2043), “*Cattonar*”⁸³ (Fallos 318:1234), “*Bensadón*”⁸⁴ (Fallos 318:1400), “*Saucedo*”⁸⁵ y “*Ferreyyra*”⁸⁶ (Fallos 318:2098). Es importante destacar que en la sentencia “*García*” el fiscal había solicitado la absolución del imputado, pero el actor civil que actuaba como parte en el proceso sí había requerido la condena.

⁸¹Tarifeño, Francisco s/ Encubrimiento en concurso ideal c/ abuso de autoridad, resuelta el 28-12-1989.

⁸²García, José Armando s/P. s. a. estelionato y uso de documento falso en concurso ideal s/Casación, resuelta el 22-12-1994.

⁸³Cattonar, Julio Pablo s/ abuso deshonesto”, resuelta el 13-6-1995.

⁸⁴Bensadón, Germán p/ av. infr. art. 34, inc. d, de la ley 20.974 y art. 293 en función del art. 292, 2da. parte, del Código Penal”, resuelta el 10-8-1995.

⁸⁵Saucedo, Elizabeth y Rocha Pereyra, Lauro Daniel s/ Av. contrabando”, resuelta el 12-9-1995.

⁸⁶Ferreyyra, Julio s/ recurso de casación”, resuelta el 20/10/1995.

En el fallo “*Cáseres*”⁸⁷ (Fallos 320:1891), la mayoría de los jueces de la Corte mantuvo los mismos fundamentos indicados en los anteriores casos.

Tiempo después, la Corte dictó el fallo “*Santillán*”⁸⁸, en el cual el imputado había sido absuelto en primera instancia por aplicación de la doctrina sustentada en “*Tarifeño*”. Llegado el caso a la Cámara Nacional de Casación Penal, la Sala IV, en fallo dividido, entendió que “es el Ministerio Público el que se encuentra habilitado para ejercer la acción pública, de lo que cabe colegir que dicha facultad no ha sido conferida a ningún otro sujeto, ni siquiera al querellante”. Empero, la Corte revocó la sentencia al entender que, a diferencia de lo que ocurrió en “*Tarifeño*”, en este caso, en la oportunidad prevista por el artículo 393 de la ley ritual, el querellante había solicitado la condena del imputado; motivo por el cual no existía violación a las formas sustanciales del juicio. Así, la Corte siguió manteniendo su doctrina, pues seguía existiendo –al momento de los alegatos–, una concreta solicitud de pena.

Asimismo entendió que “todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está acaparado 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”. Los jueces Nazareno, Moliné O’ Connor y Vázquez, en el entendimiento de que el requerimiento de absolución por parte del fiscal de juicio no desapodera al tribunal del ejercicio de la jurisdicción, nada dijeron respecto de la virtualidad de la acusación de la querrela ante la ausencia de la del fiscal.

Posteriormente, la Corte se pronunció nuevamente sobre esta cuestión en el fallo “*Fiscal c/ Fernández*” (Fallos 324:425),⁸⁹ donde la mayoría de los jueces se remitió a lo resuelto en la sentencia “*Cáseres*”.

⁸⁷ *Cáseres*, Martín H. s/ Tenencia de arma de guerra, resuelta el 25-9-1997.

⁸⁸ CSJN, S.1009.XXXII, *Santillán*, Francisco Agustín s/ recurso de casación, resuelta el 13/8/1998.

⁸⁹ CSJN, F. 18. XXXV, *Fiscal c/ Fernández*, Pedro Ricardo s/ homicidio culposo, resuelta el 27/2/2001.

Con el dictado de “*Marcilese*”⁹⁰, se produce una modificación muy importante en la doctrina de la Corte. Aquí, nuestro máximo tribunal decidió confirmar la sentencia que condenaba al nombrado al considerarlo instigador del delito de homicidio agravado, a pesar de que al momento de alegar, el representante del Estado había solicitado la absolución. En esa ocasión, la Corte ponderó –especialmente en el voto del juez Fayt⁹¹–,

⁹⁰ CSJN, M.886.XXXVI, *Marcilese*, Pedro Julio y otro s/ homicidio calificado –causa N° 15.888/98, resuelta el 15/8/2002.

⁹¹ Si bien este magistrado consideró que existía una diferencia entre el caso “*Marcilese*” y los precedentes anteriores de la Corte, pues el fiscal no solo había realizado oportunamente el requerimiento de elevación a juicio, sino que también había ampliado la acusación durante el debate –aunque luego pidió la absolución del imputado– lo cierto es que se puede verificar un cambio en el criterio del magistrado con relación a lo que había sostenido en el fallo “*Cáseres*”. Según el juez Fayt, el principio acusatorio exige la clara separación de la función del juez y del acusador, pero ello no significa que el fiscal tenga el poder de disponer de la acción penal. El proceso y el juicio únicamente puede realizarse si existe una acusación del fiscal, pues ello funciona como garantía de “imparcialidad” de quien debe juzgar. Sin embargo, “a diferencia del derecho anglosajón no se está aquí ante un derecho de partes como ocurre en el derecho privado. En nuestro sistema de enjuiciamiento penal no hay un derecho de los acusadores a la condena del imputado, pues en el proceso penal no hay una verdadera pretensión, en tanto no existe una relación jurídico–material entre acusador y acusado y es el Estado el exclusivo titular del derecho penal sustancial. Es por ello que el acusador no tiene un derecho subjetivo a la imposición de la pena. En efecto, la conclusión del proceso penal debe sujetarse estrictamente a la legalidad”. Es decir, “no siendo el acusador titular de derecho alguno, resulta impensable que pueda apartar al tribunal del ejercicio de su jurisdicción ejerciendo un poder vinculante”. Por otra parte, en su voto el juez Fayt adoptó el criterio –sostenido por la minoría en los anteriores fallos de la Corte– referido a que en el proceso penal la acusación se materializa a través del requerimiento fiscal de elevación a juicio. De acuerdo a este punto de vista, “La existencia de una acusación así definida se verificó en el sub lite, de lo contrario el tribunal oral actuante hubiera carecido de jurisdicción”. Por el contrario, “los alegatos no revisten ese carácter, éstos no modifican el objeto procesal: allí simplemente las partes exponen sus conclusiones sobre las pruebas incorporadas en el debate”. (considerando 11°). El magistrado también consideró en su voto que “esta solución es la que mejor se compadece con un sistema republicano de gobierno”, pues “establece una estructura de contención a través de un sistema de revisión y control recíproco de esos poderes, en pos de evitar que la excesiva concentración y la ausencia de control degeneren en arbitrariedad, despotismo y

que no se vulnera la garantía de defensa en juicio, toda vez que la requisitoria de elevación de la causa a juicio es la acusación indispensable para garantizar el debido proceso legal, y los alegatos, no revisten ese carácter, ya que no modifican el objeto procesal.

De esta manera, la Corte concluyó que el pedido desincriminatorio del Ministerio Público no desapodera al tribunal del ejercicio de la jurisdicción, y que el requerimiento de elevación a juicio es la acusación que habilita el juicio.

Esa tesitura se mantuvo hasta el dictado del fallo “*Mostaccio*”⁹², a partir del cual la Corte retomó el criterio defendido en “*Tarifeño*”. En esta oportunidad, el imputado Julio Gabriel Mostaccio Scafati había sido condenado a la pena de seis meses de prisión de efectivo cumplimiento y cinco años de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores, como autor del delito de homicidio culposo, no obstante que el fiscal –en oportunidad de alegar– se abstuvo y estimó de aplicación el art. 4 del CPP de esa provincia. Contra la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, que había rechazado el recurso de casación, la defensa interpuso recurso extraordinario federal. La mayoría de los jueces de la Corte consideró que el recurso era procedente, dejando sin efecto el pronunciamiento recurrido. Directamente se remitieron a los argumentos expuestos en el fallo “*Cáseres*” (Fallos 320:1891), antes citado.⁹³

Más tarde, en “*Quiroga*”⁹⁴, la Corte declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo, primera alternativa, del artículo 348 del CPPN, en cuanto autoriza a la Cámara de Apelaciones, en los casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal, a apartarlo e instruir el que designe el fiscal de Cámara, a fin de tiranía. (considerando 14°). Finalmente en su voto expresó que “En el sub lite la acusación – requerimiento fiscal de elevación a juicio– y su consiguiente ampliación presentaron todos los elementos necesarios para garantizar una defensa válida. En efecto, ni siquiera la discusión sobre la pena –no contenida expresamente en la acusación que, como ya se señaló, solo requiere la imputación de los hechos– resultaba aquí necesaria por tratarse de un delito ante cuya comisión se prevé pena de prisión o reclusión perpetua” (considerando 17°).

⁹²CSJN, M.528.XXXV, *Mostaccio, Julio Gabriel s/ homicidio culposo*, resuelta el 17/2/2004.

⁹³ En este fallo, el voto de la minoría, estuvo conformado por los jueces Fayt y Vázquez, quienes – en lo sustancial– reiteraron los argumentos expuestos en el voto del juez Fayt en el fallo “*Marcilese*”.

⁹⁴*Quiroga, Edgardo Oscar s/ Causa n° 4302*, fallos 327: 5863, resuelta el 23-12-2004.

producir la elevación a juicio, para asegurar la independencia funcional del Ministerio Público, consagrada en el artículo 120 de la Constitución Nacional.

El fiscal general sostuvo que el artículo 348 del CPPN configura una violación al principio *ne procedat iudex ex officio* toda vez que autoriza que el tribunal encargado de dirimir el pleito se entrometa en la función requirente. Entendió que ello opera en desmedro del imputado, quien se ve privado de ser juzgado por un órgano imparcial que se encuentre totalmente ajeno a la imputación y así se viola la garantía de imparcialidad y la de defensa en juicio. Asimismo señaló que el procedimiento desconoce la autonomía funcional del Ministerio Público como titular de la acción penal pública.

Por su parte, la Cámara de Casación justificó la existencia del procedimiento de consulta cuestionado en la necesidad de implementar un instrumento legal que controle la actividad de los fiscales, quienes deben adecuar su actuación al principio de legalidad. Así, entiende que son los jueces quienes deben efectuar ese control, con el objeto de evitar la concesión de un amplio campo para el funcionamiento del principio de oportunidad.

La Corte entendió que la exigencia de la acusación, para salvaguardar las condiciones del debido proceso –defensa en juicio e imparcialidad– supone 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 de debate, sino que su vigencia debe entenderse a la etapa previa, de discusión acerca de la necesidad de su realización.

Manifestó que resulta insostenible que el tribunal encargado de controlar la investigación sea el que pueda ordenarle al fiscal que acuse porque el ejercicio de tal facultad de sustituir al acusador hace que los jueces comprometan su imparcialidad.

Indicó que aún cuando se pueda sostener que los fiscales cumplen materialmente una función judicial, en tanto, al igual que los jueces, aspiran a que el proceso culmine con una sentencia justa, lo hacen desde posiciones diversas y sus funciones se excluyen recíprocamente: Ni el fiscal puede juzgar, ni el juez puede acusar. De otro modo, durante la instrucción, el imputado debe defenderse no sólo de quien lo acusa, sino de quien decide y de quien debería poder esperar independencia de criterio.

Asimismo, la Corte entendió que la introducción del artículo 120 a la Constitución, vino a implementar un sistema procesal en el que ha de existir una separación mucho más estricta de las funciones de acusar y juzgar.

Finalmente, se hizo especial mención de los supuestos en los que la discrepancia se plantea entre el fiscal –que se manifiesta a favor del sobreseimiento– y el querellante –que

pretende la elevación de la causa a juicio-, expresando que lo resuelto en el fallo no resulta aplicable a tal hipótesis porque allí no es posible suponer una afectación genérica de la imparcialidad del tribunal, en la medida en que su intervención queda limitada a asegurar que el querellante pueda ejercer el derecho que la ley le concede a ser oído en el juicio, ni una afectación intolerable a la independencia del Ministerio Público⁹⁵.

El juez Fayt votó por declarar la inconstitucionalidad del artículo 348 del CPPN pero otorgó sus propios fundamentos. Así, resaltó el valor del acto de requerimiento de elevación a juicio como objeto alrededor del cual se instala el debate, y que el tribunal valora para absolver o condenar. Ese acto, a criterio de Fayt, es el que posee las características definitorias del concepto de acusación, y por ello, lo consideró el presupuesto de un debate válido. Remarcó que la exigencia de acusación es lo que resguarda la imparcialidad de los jueces.

Conforme a ello, el principio *ne procedat iudex ex officio* supone únicamente que el proceso sólo podrá iniciarse si hay acusación del fiscal extraña al tribunal de juicio, en tanto ello es garantía de imparcialidad de quien ha de juzgar. En base a esa necesidad de imparcialidad y objetividad de quien tiene que dictar sentencia es que la existencia de acusación y su contenido no pueden tener origen ni ser delineados por el mismo órgano que, luego, tendrá a su cargo la tarea decisoria.

Una vez establecido que el requerimiento de elevación a juicio es el acto que satisface la exigencia de acusación, resulta ineludible indagar sobre la validez constitucional que tiene ese acto si proviene de un trámite en el que, de conformidad con el artículo 348, segundo párrafo, CPPN, es un tribunal de alzada el que, previa consulta del

⁹⁵ Palacios señala que aun cuando exista parte querellante en el proceso, la Cámara de Apelaciones no está facultada para obligar al fiscal a acusar, porque cuando en este caso se dejaron a salvo los derechos de la querella para provocar la consulta ante el pedido de sobreseimiento del fiscal, evidentemente, lo que se quiso significar era que el acusador privado sí tenía facultades para propiciar la elevación a juicio de la causa en solitario, pero nunca que se podía compeler al fiscal a trasladar la imputación. En este entendimiento, entonces, no existiría violación a la imparcialidad del juez, porque justamente ante dos acusaciones autónomas, la Alzada analizaría el caso y resolvería a cuál de ellas le asiste razón. (PALACIOS, Juan Carlos; *¿Es la querella un medio legítimo de inicio de un proceso penal por delito de acción pública? A propósito de dos decisiones contradictorias*, en *La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal - I*. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, p. 531.

juez de la causa, impele al Ministerio Público a realizarlo. Es que, considerar al requerimiento de elevación de la causa a juicio como la verdadera acusación, impone precisar con suma prudencia sus condiciones de efectividad. Si se parte de la premisa de que la actuación del fiscal en el debate no vincula al tribunal, como lo hace el juez Fayt, el requerimiento posee una importancia fundamental que no puede subestimarse, en tanto el fiscal no tendrá luego la posibilidad de renunciar a la acción.

El juez Fayt entendió que la Cámara de Casación subestimó el valor de verdadera acusación que posee el acto del requerimiento, al intentar ubicarlo como un acto propio de la instrucción, en cuya etapa el contradictorio está evidentemente limitado.

En cuanto al principio de imparcialidad, indicó que este implica que el tribunal que juzga no debe encontrarse comprometido con la imputación. Ello implica que el requerimiento debe ser formulado por un órgano extraño al que debe resolver. En consecuencia, lo primero que debía evaluarse en el caso era si la aplicación de la norma cuestionada implicaba que la acusación quedaba en manos del tribunal que decidía la causa.

Ello así, sostuvo que para considerar violada la garantía debían de presentarse dos variables: 1. que el tribunal sea el que debe decidir sobre el juicio de culpabilidad definitiva y; 2. que algún miembro de ese tribunal haya intervenido previamente en una función que hubiera significado un juicio de culpabilidad provisorio. Señaló que esa esta situación no se configuró en el caso “Quiroga”, en tanto de conformidad con el procedimiento descrito en el segundo párrafo del artículo 348 del CPPN, quien debía decidir en la causa no se vio comprometido con la hipótesis acusadora (requerimiento), resguardándose así la imparcialidad del tribunal. Ello así pues es la Cámara de Apelaciones quien, en definitiva, motiva al Ministerio Público a formular la acusación, motivo por el cual, la imparcialidad del tribunal que resolverá el caso no se ve comprometida.

Sin embargo, señaló que ello no significaba que la norma que consagra la facultad de las cámaras de apelaciones de imponer al fiscal la presentación de la acusación tenga validez constitucional. En ese contexto, circunscribió el problema a establecer si el requerimiento de juicio que cubre formalmente la expectativa de acusación es compatible con la redacción de la Constitución Nacional en relación a la jerarquía constitucional otorgada a la independencia y autonomía funcional del Ministerio Público y,

consiguientemente, determinar si el vicio de voluntad que padecería el órgano independiente lesionaba el debido proceso.

En primer lugar destacó que la constitucionalización del Ministerio Público impone el rechazo de que se inmiscuya otro órgano en la función que no tenga constitucionalmente asignada. En base a ello, toda vez que por definición expresa es el Ministerio Público Fiscal el órgano específicamente encargado de la persecución, la norma legal no puede concederle la función a otro poder, sea judicial u otro, privando de ella al competente para ejercerla.

El juez votante concluye que la garantía del debido proceso supone que la acusación provenga de un miembro del Ministerio Público Fiscal que la haya formulado libre de subordinación. Por ello, la aplicación del segundo párrafo del artículo 348 del CPPN, en tanto establece un sistema de elevación en consulta por parte del órgano jurisdiccional –juez de instrucción- al órgano jurisdiccional – Cámara de Apelaciones- por el que impone al Ministerio Público Fiscal la obligación de impulsar la acción penal, no respeta el debido proceso, pues no se condice con el valor que debe otorgársele a la mencionada autonomía.

En suma, si bien con otros argumentos, Fayt votó por declarar la inconstitucionalidad del artículo 348, segundo párrafo del CPPN, a partir de la necesidad de asegurar la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal, consagrada en el artículo 120 de la Constitución Nacional.

En el mismo entendimiento, el juez Boggiano señaló que el apartamiento de un miembro del Ministerio Público en razón de haber expresado su criterio independiente y la imposición de otro a quien lo sustituye, se encuentra irremisiblemente reñido con el artículo 120 de la Constitución Nacional por lo que, ante la necesidad de asegurar la independencia del Ministerio Público Fiscal, votó por declarar la inconstitucionalidad del artículo 348, segundo párrafo, primera alternativa, del CPPN.

Por su parte, el juez Maqueda entendió que el mecanismo previsto en el artículo 348 del CPPN implica la consagración de facultades judiciales con clara injerencia en las funciones del Ministerio Público Fiscal, incompatible con el fin que tuvo el constituyente al sancionar el artículo 120 de la Constitución, que fue el de elevar al Ministerio Público como un órgano extrapoder con clara independencia orgánica y funcional respecto de la rama judicial como ejecutiva.

Destacó que la estricta separación de las funciones de acusar y juzgar responde a la exigencia estructural de un proceso justo, con reales y eficaces posibilidades de defensa y jueces lo más desvinculados posible de los intereses en juego.

Este juez, sin perjuicio de resaltar que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional y que sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, votó por su declaración por cuanto tal extremo se verificaba en el caso.

Por su parte, el juez Zaffaroni agregó que siendo el fiscal quien tiene la tarea de acusar, aun en la etapa preparatoria del proceso, cuando arriba a la conclusión de que carece de la prueba suficiente para pasar a la etapa de juicio, desaparece el presupuesto básico de la contienda, toda vez que la acusación, no es ni más ni menos que el marco referencial que delimita el conflicto y respecto del cual se establece la estrategia de defensa. Si el acusador declina la prosecución del proceso, el juzgador no puede suplantarle en su rol sin romper el juego de equilibrio entre partes, resignando la imparcialidad. Ello así por cuanto entiende este juez que la acusación constituye un bloque indisoluble que se perfecciona en dos momentos procesales distintos: El requerimiento de juicio, que habilita la jurisdicción del tribunal para abrir el debate y el alegato fiscal, solicitando condena, que habilita la jurisdicción del tribunal a fallar.

A ello sumó que la acusación debe provenir de un tercero diferente de quien ha de juzgar, sin que tal principio pueda quedar limitado a la etapa de debate. Es por ello que, conforme los fundamentos del juez Zaffaroni, no es posible sostener que el tribunal encargado de controlar la investigación preparatoria sea, al mismo tiempo, el que puede ordenar al fiscal que acuse.

Refirió que la Constitución Nacional estableció la forma republicana de gobierno, basada en la división de poderes, a fin de establecer un delicado equilibrio de atribuciones específicas y controles recíprocos, para garantizar el funcionamiento armónico del sistema.

Asimismo, remarcó que lo hasta allí establecido no resultaba aplicable a los supuestos en que, habiendo querellante, la discrepancia se planteaba entre la pretensión de éste de elevar la causa a juicio y el pedido de sobreseimiento del fiscal, pues en tales casos no se podía presumir parcialidad del tribunal, en la medida en que su intervención tenía por objeto asegurar al querellante el ejercicio del derecho a ser oído en el juicio oral y público que le otorga la ley.

También refirió que la intervención de las cámaras de apelaciones “ordenando” que se produzca la acusación, no sólo ponía en tela de juicio la imparcialidad del tribunal, sino que avanzaba más allá del ámbito de sus competencias, cuando al decidir el apartamiento de las causas donde la controversia se planteaba, lo hacía sobre funcionarios que integran un órgano diferente, independiente y autónomo.

Es por ello que concluyó que el segundo párrafo del artículo 348 del CPPN vulneraba la autonomía funcional de los fiscales (artículo 120, CN) al conceder a los jueces una facultad que la propia Constitución les veda.

En tanto, el juez Belluscio votó en disidencia al entender que la sentencia requerida no provenía del superior tribunal de la causa, ya que no se trata de ninguno de los casos de los artículos 457 y 474 del CPPN, que habilitaban los recursos de casación e inconstitucionalidad.

Por esa época se dictó el fallo “*Amarilla*”⁹⁶, en el que se recurrió a fortiori la doctrina de “Quiroga” frente a la aplicación analógica del artículo 348 del CPPN, en la etapa inicial de la investigación, ante el pedido de desestimación de la denuncia efectuada por el fiscal y que no había compartido el juez de grado.

Con la misma fecha tuvo lugar el precedente “*Mattio*”⁹⁷, en el cual llegó a la Corte por vía de recurso extraordinario, el rechazo de la nulidad articulada por el representante del Ministerio Público Fiscal contra la elevación en consulta de la causa a la Cámara de Apelaciones y el apartamiento del fiscal actuante. La Corte, por mayoría, era sustancialmente análoga a la de “Quiroga”, a cuyos fundamentos se remitió, dejando sin efecto el pronunciamiento apelado.

Sin embargo, Zaffaroni entendió que por incluir la figura del querellante que había solicitado la elevación de la causa a juicio, el caso difería parcialmente del anterior. Por ello, refirió que aún cuando la elevación en consulta a la Cámara resultaba viable, ello no habilitaba al órgano judicial a ordenar el apartamiento del fiscal actuante, facultad de la que carecía por tratarse del representante de un organismo distinto y autónomo.

⁹⁶ A. 2.655. XXXVIII, *Amarilla*, Javier O. s/ Recurso de hecho –causa 4330-, resuelta el 23-12-2004.

⁹⁷ M.1344.XXXIX, *Mattio*, Celina Edith s/ Recurso de queja.

Posteriormente, en *Munson*⁹⁸, la Corte dejó sin efecto una condena impuesta al acusado ante el recurso extraordinario de la defensa y el representante del Ministerio Público Fiscal en virtud de que la causa había arribado a juicio gracias al procedimiento de consulta declarado inconstitucional en "*Quiroga*", y pese a que el procurador general ante la Corte desistió del recurso de su inferior jerárquico por considerar que, en definitiva, la decisión de requerir la elevación a juicio y acusar había quedado en manos del Ministerio Público.

Luego, en "*Alas*"⁹⁹, la Corte mantuvo la línea sostenida en "*Quiroga*". Aquí, la jueza Argibay compartió la doctrina del último fallo y concluyó que el artículo 348, segundo párrafo, del CPPN, en cuanto autoriza al juez de instrucción a requerir la intervención a la Cámara de Apelaciones si no estuviese de acuerdo con el sobreseimiento instado por el fiscal, se encuentra en contraste manifiesto con el artículo 120 de la Constitución Nacional. La juez refirió que si bien la resolución que se cuestionaba (rechazo de un planteo de nulidad) no resultaba definitiva, correspondía equipararla a tal clase de pronunciamientos en tanto el agravio federal alegado no podría ser reeditado al momento de la sentencia definitiva, cualquiera fuese el resultado final del pleito.

Indicó que lo dispuesto por el artículo 348, segundo párrafo del CPPN, afecta los actos centrales de la función que lleva a cabo el Ministerio Público, y lo hace en una medida tal que elimina por completo el gobierno que dicho organismo tiene sobre la decisión de promover el enjuiciamiento de una o varias personas.

Otro antecedente importante de la Corte en torno a la titularidad de la acción penal es el fallo "*Del' Olio*"¹⁰⁰ donde el Tribunal Oral en lo Criminal N° 12 de la Ciudad de Buenos Aires había condenado al imputado a la pena de dos años de prisión en suspenso y costas, como autor del delito de defraudación por administración fraudulenta, a pesar de que el fiscal había solicitado la absolución durante el juicio.

En este fallo, la Corte Suprema compuesta por una nueva integración de jueces, recordó el criterio sostenido en "*Santillán*" y consideró que "la exigencia de la acusación,

⁹⁸M.1788.XXXVIII, *Munson, Gregory s/ Recurso de casación*, resuelta el 3-3-2005.

⁹⁹A.138.XL, *Alas, Leonardo Fabian s/ Recurso de casación*, resuelta el 30-8-2005.

¹⁰⁰*Del'Olio, Edgardo Luis y Del'Olio Juan Carlos s/defraudación por administración fraudulenta*, resuelta el 11-07-2006. www.eldial.com.ar AA378A.

como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto o contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula”. En tal sentido señalaron que “la decisión del juez de instrucción de dar por decaído el derecho a responder la vista que prevé el art. 346 del Código Procesal aparejó la pérdida de los derechos procesales vinculados al acto precluido. Si el particular ofendido no concretó objetivamente y subjetivamente su pretensión, no podría integrar legítimamente una inculpatión que no formuló previamente”. En definitiva, consideraron que “este aspecto es decisivo para resolver el pleito en sentido adverso a la eficacia del fallo de condena, lo que permite descalificar a la sentencia apelada como pronunciamiento jurisdiccional válido, pues al haberse dictado en las condiciones señaladas resultó violatoria del derecho de defensa en juicio” (considerandos 5º, 6º y 7º).¹⁰¹

En la tendencia que acerca al proceso a un modelo acusatorio material, se ubican las disidencias de Zaffaroni y Lorenzetti en el fallo “*Amodio*”¹⁰² en donde el fiscal de juicio solicitó la imposición de una pena de dos años de prisión que podía ser dejada en suspenso y, el Juzgado Correccional n° 8, lo condenó a la pena de tres años de prisión en suspenso. Los jueces mencionados, afirmaron que si bien el sistema de enjuiciamiento criminal adoptado por la legislación responde a lo que se conoce como “sistemas mixtos”, la etapa del debate se caracteriza por principios de puro cuño acusatorio, dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio. A partir de ello, la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio se halla limitada por los términos del contradictorio y cualquier ejercicio de ella que traspase el ámbito trazado por la propia controversia atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria del modelo de enjuiciamiento penal vigente.

Asimismo, los jueces Zaffaroni y Lorenzetti refirieron que al colocar al procesado en una situación más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador, se vulnera también la prohibición de *reformatio in pejus*.

¹⁰¹La jueza Argibay votó en disidencia considerando que el recurso debía declararse inadmisibile en los términos del art. 280 del CPCCN.

¹⁰²*Amodio*, Héctor Luis s/ Recurso de hecho, causa 5330, resuelta el 12-6-2007.

No obstante, esta inaugural posición fue restringida en el precedente "*Oyarse*"¹⁰³, en el cual se estableció que el tribunal, al dictar condena, no se encuentra limitado por la solicitud del fiscal en punto a la elección del modo de ejecución de la pena a imponer.

En cuanto a la virtualidad de la acusación de la querrela frente al pedido absolutorio del fiscal de juicio en la oportunidad de brindar alegatos, la Corte se expidió en el fallo "*Sabio*"¹⁰⁴ en la cual el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Neuquén decidió revocar la sentencia de condena dictada por la Cámara de Apelaciones de todos los fueros de la ciudad de Zapala y dispuso sus sobreseimientos en orden a los delitos que les fueron atribuidos.

Los magistrados del máximo tribunal provincial que conformaron el voto mayoritario sostuvieron que el tribunal de juicio no se encuentra habilitado para emitir sentencia condenatoria si el agente fiscal, en la discusión final, postula la absolución, aunque la parte querellante formule, a su turno, requerimiento de condena. En ese sentido, expresaron que el artículo 6° del código procesal penal local establece que la acción penal pública se ejercerá exclusivamente por el Ministerio Fiscal. Por otra parte, negaron que la doctrina admitida por la Corte en el precedente "*Santillán*" –que había sido invocada por el querellante en la instancia casatoria- resulte determinante en el asunto, entendiendo que dicho fallo fue dictado por una integración distinta a la actual, razón por la cual, resulta algo meramente conjetural si, el criterio reseñado, en un futuro próximo permanecerá o, por el contrario, mudará.

El querellante atribuyó arbitrariedad al fallo por cuanto sería el producto de una inteligencia inadecuada de las normas locales aplicables al caso. Indicó, en ese orden, que el a quo efectuó una interpretación literal del artículo 6° del código procesal penal provincial, y mediante afirmaciones dogmáticas le otorgó preponderancia sobre otros preceptos legales, que regulan con especificidad las atribuciones de la parte querellante y la habilitan para formular la acusación de manera autónoma.

El Procurador General compartió los argumentos del querellante y en tales condiciones, entendió que la sentencia adolecía de una decisiva carencia de

¹⁰³ *Oyarse*, Gladis Mabel y otro s/ Robo calificado por el uso de armas, resuelta el 26 de junio de 2007.

¹⁰⁴ S. 58. XLI - *Sabio*, Edgardo Alberto, Herrero, Carlos Washington s/ falsedad material de documento, etc. -causa 2948, resuelta el 11-07-2007. www.eldial.com.ar - AA3F1B.

fundamentación, toda vez que el a quo se había apartado arbitrariamente de los principios que informaban la doctrina invocada por el querellante, con base a aseveraciones meramente conjeturales; razón por la cual merecía ser descalificada en los términos de la doctrina de la arbitrariedad. Al tomar conocimiento, la Corte hizo suyos esos argumentos y dejó sin efecto la sentencia apelada.

Finalmente, en *Bernstein*¹⁰⁵, la Corte entendió que las cuestiones allí debatidas eran sustancialmente análogas a las tratadas en *Santillán* y *Quiroga*, y se remitió a las consideraciones y fundamentos allí expresados. Por ello, declaró mal concedido el recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General, hizo lugar a los recursos extraordinarios deducidos por los acusados y confirmó la resolución apelada¹⁰⁶.

Capítulo III:

El problema del querellante conjunto frente al imputado

Si tenemos en cuenta la referencia a los antecedentes de la Corte Suprema expuestos en el punto anterior, podemos decir que la acusación constituye un presupuesto ineludible de la condena, pero es indiferente que sea efectuada por el acusador público o por el querellante.¹⁰⁷

¹⁰⁵Bernstein, Jorge Héctor y otros s/ recurso extraordinario, B. 505. XLIII, resuelta el 29 de abril de 2008.

¹⁰⁶El procurador General, al igual que el fiscal recurrente, entendió que ante la divergencia de criterios entre la querrela .que requiere la elevación de la causa a juicio- y el fiscal -que pide el sobreseimiento-, debe procederse de acuerdo a lo establecido por las resoluciones n° 32/02 y 13/05 de la Procuración General. Asimismo, consideró que hasta tanto el Fiscal General no se expida fundadamente sobre el criterio mantenido por su colega de primera instancia, resulta prematuro tratar la cuestión del derecho del querellante de impulsar la elevación a juicio de procesos por delitos de acción pública cuando no media pretensión del Ministerio Público en tal sentido.

¹⁰⁷ En cambio, hasta ahora no se ha modificado el criterio del máximo tribunal sostenido en el fallo “García” (Fallos 317:2043) en el sentido de que, para tener por satisfecho el requisito de una acusación previa, no es suficiente con el solo pedido de condena del actor civil.

De este modo, al conferirle la facultad de acusar independientemente de la actividad que realice el representante del estado, la Corte considera al querellante como un sujeto autónomo. Al respecto, cabe recordar que el llamado *querellante conjunto* es aquel acusador autónomo del fiscal y de su acción, que se ubica frente al imputado, con amplio derecho a requerir por su cuenta y a esperar soluciones a esos requerimientos. Por su parte, el denominado *querellante adhesivo* es aquel que participa en el procedimiento como un colaborador de la fiscalía¹⁰⁸.

Con ello, al erigir al querellante en un acusador conjunto, nuestro máximo tribunal avala la posible existencia de dos individuos que se enfrentan al imputado.

Si bien es necesario reconocer que se trata de un tema sumamente discutible y que, como se ha señalado, ha dado lugar a diferentes interpretaciones en la doctrina y la jurisprudencia, desde mi punto de vista, la posición adoptada por la Corte pone en crisis los postulados de nuestro sistema penal y perjudica la situación del imputado. Pasaré a exponer los argumentos que considero fundamentales para resolver este problema:

1. La incompatibilidad del querellante conjunto con un régimen de persecución penal oficial

En primer lugar, hay que recordar que la intervención *exclusiva* que nuestro derecho positivo le dio al ofendido está regulada en los artículos 72 y 73, C.P. Con ello, en los delitos dependientes de instancia privada y en los delitos de acción privada, en menor o mayor grado, se le concede poder al ofendido sobre la persecución penal. En estos casos podemos hablar de una legitimación propia del ofendido o de su sustituto para perseguir penalmente como condición de la actuación de la ley.

La admisibilidad de acciones penales privadas -señala Maier¹⁰⁹- es la mayor excepción de la regla básica que gobierna la estructura de nuestro procedimiento penal, cual es la reacción directa del estado ante la *notitia criminis* y la apropiación del conflicto para su solución, de oficio.

Ello se justifica bajo la consideración que el delito representa un daño social, por sobre el daño individual que pueda causar, razón por la cual el derecho penal no incluyó a

¹⁰⁸MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, tomo II*, cit., p. 664.

¹⁰⁹MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, tomo II*, cit. p. 617.

la víctima ni a la reparación del daño entre sus fines y tareas. Se habla, por eso, de una expropiación de los derechos del ofendido, que el estado de derecho legitimó, junto a la forma política de estado-nación, al erigir a ese estado en portador del monopolio legítimo de la fuerza y con ello, en garante de las condiciones de vida pacífica¹¹⁰.

A su turno, la víctima fue objetivada en el concepto de bien jurídico, establecido por la teoría del delito, mediante el cual se la dice proteger. En realidad, se considera que más allá de proteger la persona que está detrás del daño causado, lo que se buscó fue controlar los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro del sistema. Por eso, el conflicto se redujo a la relación estado-súbdito, estableciéndose la pena estatal y el derecho penal como forma de control social directo¹¹¹.

En este sistema, el Ministerio Público fue construido desde la perspectiva del interés estatal en castigar la infracción de la ley, y no para atender el interés de la víctima en la solución del conflicto¹¹². Ello nos permite hablar de un derecho penal caracterizado por la importancia de la infracción, como contraposición a un derecho penal del conflicto, en el cual se tienen en cuenta los intereses reales de la víctima.

Del juego armónico de los artículos 71, CP y 5, CPPN, se obliga al Ministerio Público Fiscal a iniciar de oficio todas las acciones penales por delitos de acción pública; de ahí que nuestro sistema no consiente, en estos delitos, que la voluntad del ofendido, por sí misma o en conjunto con la voluntad del autor, inhiba la persecución estatal.

En otras palabras, desde el punto de vista negativo, ello significa que ningún criterio de oportunidad autoriza a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible, pues estas normas prohíben, en principio, la renuncia al ejercicio de la persecución penal o el desistimiento de la acción intentada¹¹³.

¹¹⁰MAIER, Julio B. J., *La víctima y el sistema penal* en *De los Delitos y de las Víctimas*, Ad. Hoc, Buenos Aires, 1982, p. 187.

¹¹¹BOVINO, Alberto, "*La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*", en *Lecciones y Ensayos*, n° 59, Ed. Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 1994.

¹¹²Por eso, no tiene en cuenta su interés y sólo la utiliza como instrumento (ej. Citarla como testigo).

¹¹³MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, tomo II, citado, p. 828/829.

Conceptualmente, se ha definido al principio de legalidad como la “automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos (generalmente la policía o el Ministerio Público Fiscal) que, frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo (de acción pública), se presenta ante los órganos jurisdiccionales, reclamando la investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar.”¹¹⁴

Como se señalara, este principio tuvo su origen en la Inquisición, que estableció como sus principales tareas la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica o real, por lo tanto, no es sino un resabio de aquel sistema que se aplicaba en Europa Continental durante la Edad Media.

En cuanto a los fundamentos teóricos del principio de legalidad, se ha intentado justificar su vigencia, a partir de los siguientes argumentos:

- En primer lugar, se sostiene que para lograr que el orden jurídico penal vulnerado por el delito sea “reintegrado”, hace falta que se imponga la sanción amenazada por la ley como consecuencia de su comisión, pues sólo así se afirmará la vigencia del Derecho en la realidad¹¹⁵;
- Asimismo, se afirma que es a través de este principio que puede cumplirse con el fin de la pena, dado que se vincula éste con la idea de retribución propia de las teorías absolutas, según las cuales ante la ocurrencia de todo hecho que en apariencia resulta delictivo, debe, necesaria y obligatoriamente, aparejar una acusación y un proceso penal que concluya con la aplicación de una pena. El fundamento de esta teoría reside en la retribución del daño ocasionado, para compensar el mal, como forma de reparar la lesión jurídica, extinguir la culpabilidad del autor y reingresar a la sociedad;
- Finalmente, se argumenta que a través del principio de legalidad, se garantiza en forma más plena, el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 16 de la CN, pues al establecer la obligación en cabeza de los órganos de ejercer la persecución y

¹¹⁴CAFFERATTA NORES, José I., *El principio de oportunidad en el Derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas*, Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, t. 1992 A, p. 4.

¹¹⁵CAFFERATA NORES, *El principio de oportunidad...* citado, p. 6.

de llevar adelante la investigación en todos los casos, se acota la posibilidad de manipulación, corrupción y favoritismo¹¹⁶.

Si bien en nuestro país no hay normas constitucionales que impongan el principio de legalidad procesal, la manda viene impuesta por el Código Penal, con la regla establecida en el artículo 71. Correlativamente, el artículo 274 de ese cuerpo legal, sanciona al funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes.

Entonces resulta que, en nuestro derecho penal, por imperativo del principio de legalidad, la voluntad del querellante no tiene virtualidad para privar la persecución penal del estado por delitos de acción pública. Establecida la intervención penal, el interés concreto de la víctima, se torna irrelevante para frenar dicha intervención. Si la víctima quiere perdonar, o simplemente desea una reparación, en lugar de que se inicie un proceso penal que concluya con la aplicación de una pena, ello no podrá ser posible, en tanto se considera que ciertos bienes jurídicos, por trascender el interés de su portador, son indisponibles y la voluntad del ofendido no puede prosperar.

Dicho de otro modo, la aspiración del ofendido, dirigida en el sentido de evitar la persecución penal, pronunciada con posterioridad al hecho, no provoca efecto alguno sobre la viabilidad de la persecución penal pública¹¹⁷.

Entender lo contrario, contribuiría a convertir la persecución penal pública en privada, contraviniendo la decisión legislativa de que para ciertos delitos, corresponde la persecución estatal.

Este primer argumento, que surge como derivación lógica de los principios que rigen nuestro sistema penal y el estado de Derecho, no puede dejar de ponderarse a la hora de medir el alcance de las facultades que la ley procesal confiere al querellante.

Por otro lado, analizando la cuestión desde la óptica contraria, es decir, no ya de la eventual pretensión del ofendido de *inhibir* el juicio sino de la de *realizarlo*, se deriva una

¹¹⁶BINDER, Alberto, *Legalidad y oportunidad*, en Estudios sobre la Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 207.

¹¹⁷Cabe recordar que el anterior artículo 132, CP, preveía el casamiento con la ofendida en los delitos contra la honestidad de una mujer soltera, como causal de exclusión de pena y, por ende, de persecución penal; tratándose esta de la única excepción que registra la ley penal que, acuerdo imputado víctima mediante, permitía evitar la persecución penal.

conclusión similar: Su único propósito, carece de virtualidad para lograr la realización del juicio público.

En efecto, la voluntad del querellante tampoco cuenta en la etapa crítica de la instrucción, cuando el fiscal y el juez deciden su clausura por sobreseimiento. El CPPN le permite al juez dictar el sobreseimiento en cualquier estado de la instrucción (art. 334), decisión recurrible para los acusadores (art. 337). Cuando no lo ha dictado, lo obliga a hacerlo, aún cuando no esté de acuerdo, por decisión de la Cámara de apelaciones requerida en consulta para el caso de que la fiscalía requiera el sobreseimiento por estimar que no corresponde acusar y remitir la causa a juicio, o en el caso de que sólo el querellante acuse, requiriendo la remisión de la causa a juicio (art. 348, 2do. párrafo).

Con ello, parece claro que la ley argentina no permite que la sola voluntad del ofendido provoque el juicio, en tanto requiere que la cuestión sea resuelta por un órgano judicial de control. Más allá de lo discutible que pueda resultar esta disposición, cuando se da esta discrepancia con la postura adoptada por el fiscal, es real que el querellante, por su sola decisión, no puede lograr que el juicio se realice y; como se señaló anteriormente, su voluntad tampoco puede inhibir el poder persecutorio, que se ejerce automáticamente no bien se conoce la posibilidad de comisión de un hecho punible.

Este segundo argumento -que está dado por la regulación de la provocación del juicio que la ley procesal efectuó- también debe medirse cuando se estudia la autonomía de la actuación del querellante en el proceso penal.

Si este análisis es correcto, parece que en nuestro sistema vigente, poco espacio queda para la influencia de la voluntad del ofendido. Aún concibiéndolo como el portador real del bien jurídico protegido, carece de legitimación propia para perseguir penalmente en los delitos de acción pública y para impedir que lo propio suceda.

De otra opinión, autores como Cafferata Nores, entienden que el derecho penal tiene por fin la tutela subsidiaria de aquellos “intereses generales” penalmente simbolizados en los “bienes jurídicos”¹¹⁸, cuyo resguardo corresponde al Ministerio Público. Pero que el derecho penal también debe tutelar los intereses concretos de la víctima y, en condiciones de igualdad, ya que el delito no es sólo una lesión a un bien abstractamente protegido como tal por la ley penal (“la propiedad”), sino que es también

¹¹⁸ Citado en FLEMING, Abel y LOPEZ VIÑALS, Pablo; *“Garantías del imputado”*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, p. 597.

una lesión al bien concreto del ofendido (“su propiedad”); razón por la cual, “un fiscal no puede ser un instrumento que impida que un órgano jurisdiccional, en el momento procesal en que se produzca la bajada del caballo¹¹⁹, impida, que un tribunal diga: señor querellante **tiene razón**, O, señor querellante, **no tiene razón**¹²⁰.

Si bien me parece correcta la intención del autor de devolverle a la víctima su papel protagónico, creo que si no se suceden cambios en la ley penal, que la legitimen para perseguir a su ofensor por un delito de acción pública, junto con el Ministerio Público o en su reemplazo, su rol en el procedimiento debe limitarse al de un interviniente adhesivo o coadyuvante, que coopera en la tarea que el fiscal desempeña, pero nunca lo sustituye.

Dicho de otro modo, el proceso penal no puede ser promovido por la instancia del particular ofendido y éste, en consecuencia, únicamente puede incorporarse como parte a un proceso ya iniciado. Del mismo modo, el impulso de la acción penal durante la etapa de instrucción y la promoción de la acción hacia la etapa del debate, requiere el acompañamiento del acusador estatal o, cuanto menos, de la decisión de la Cámara de apelaciones.

Entonces, del análisis de la regulación de la figura del querellante que se efectuó en el punto anterior y de lo dicho hasta aquí, es posible extraer la siguiente conclusión: Nuestro derecho contempla una querrela por adhesión, pues precisa de la actividad acusatoria de la fiscalía para subsistir; no obstante, el querellante posee ciertos rasgos de autonomía pues ha sido dotado de amplias facultades de impulso del proceso, de aporte de elementos de prueba, de argumentación y contradicción sobre el mérito de esta última, y de la posibilidad de interponer recursos para provocar el control de los tribunales de Alzada.

Sin embargo, los fallos de la Corte que se han analizado, en su mayoría, mostraron una solución contraria, toda vez que le concedieron a la querrela autonomía para intervenir en los hechos punibles de persecución penal oficial¹²¹.

¹¹⁹ El autor esquematiza la persecución penal como un caballo, cuyo jinete, conductor principal es la fiscalía y su acompañante, enancado en el mismo caballo, es el ofendido por el delito. (en *Las facultades del querellante en el proceso penal desde “Santillán a Storchi”*, citado).

¹²⁰ El destacado es original. CAFFERATA NORES, José, *Las facultades del querellante en el proceso penal desde “Santillán a Storchi”*, NAMER, Sabrina, comp., Ad-hoc, Buenos Aires, 2008.

¹²¹ Cabe destacar que la Cámara de Casación fue delineando su jurisprudencia en el mismo sentido. Sólo para ilustrar: En relación a la etapa inicial del procedimiento, en el plenario *Zichy Thyssen*

Ello a mi criterio, contraría la estructura de nuestro sistema penal pues, según se afirmara, los artículos 71 del Código Penal, 5 y 348, 2do. párrafo del Código Procesal Penal de la Nación, impiden que la voluntad del ofendido por si sola inhiba y provoque la persecución penal y la realización del juicio público.

Asimismo, no puede dejar de soslayarse que la redacción del artículo 120, CN, además de implementar un sistema procesal en el que han de separarse las funciones de acusar y juzgar, vino a consagrar al Ministerio Público Fiscal como el órgano específicamente encargado de la persecución.

Al ser ello así, no cabe duda que la función penal es eminentemente estatal y, toda vez que el derecho penal tutela intereses sociales y tiende a asegurar el mantenimiento del orden jurídico, se exige la obligatoria actividad del estado, a través de fiscales y jueces que, desde sus funciones, contribuyen al carácter público del juicio previo que exigen los principios de oficialidad y legalidad¹²².

(CNCP, en pleno, plenario n° 11, resuelto el 23-6-2006) se le dio legitimación al pretense querellante para interponer los recursos de casación que regulan los artículos 456, 457 y 470 del CPPN y conforme el artículo 470 de dicho texto. Vinculado a la etapa intermedia, la Sala I en “López González” (CNCP, sala I, causa n° 6537, resuelta el 8-2-2006) entendió que puede proseguirse con el avance del proceso en la etapa del juicio con sólo el requerimiento de elevación a juicio del acusador particular en ausencia de uno producido por el fiscal. Finalmente, un precedente de interés relativo a la etapa del debate es *Ricciardelli*, (CNCP, sala II, causa n° 1882, resuelta el 16-6-99), donde el tribunal oral había condenado al imputado sin perjuicio de que el fiscal de juicio se había abstenido de acusar y sólo lo había hecho la querrela. La Sala II de la CNCP, con cita de “Santillán”, confirmó la sentencia.

¹²²En tal sentido, Vitale, quien considera que “De la existencia de la persecución penal pública (art. 120 CN), se deriva (entonces) una garantía constitucional para el imputado, que es aquella según la cual no hay juicio ni pena sin promoción de acción penal por parte del fiscal”. Incluso considera que como “el art. 120 de la CN no efectúa distinción alguna entre delitos de ‘acción pública’ y ‘de acción privada’...a partir de la reforma constitucional de 1994, los delitos de ‘acción privada’ se han convertido en delitos de ‘acción privada dependientes de promoción pública’”. Por ello “no resultaría legítima la imposición de una pena por un delito de los descriptos en el art. 73 del CP si el fiscal, como órgano estatal promotor de la acción de la justicia, no requiere la imposición de pena alguna” (VITALE, Gustavo L., *No hay condena sin acusación fiscal. A propósito de un fallo*

Considero necesario formular una aclaración adicional. La circunstancia de que por imperativo del artículo 120 de la CN la función persecutoria sea exclusivamente estatal y que en virtud del artículo 71 del Código Penal y el complemento de esta regla, plasmada en el artículo 5 del Código Procesal Penal de la Nación, la acción, una vez ejercida por medio de una acusación, no puede suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar a discreción del Ministerio Público, no implica que, si al finalizar el debate, el fiscal, obedeciendo su deber de objetividad, cambia de opinión y estima que no existe mérito para acusar, esté renunciando al ejercicio de esa acción, o, dicho de otro modo, “disponiendo” de la acción penal.

Ello pues, retirar una acusación no equivale a un desistimiento de la acción. Deben diferenciarse los términos “disponibilidad” y “ejercicio negativo de la acción penal”. Si bien, en ambos casos, el tribunal se ve impedido de dictar una sentencia condenatoria, como bien advierte Pereyra, el concepto de acción encierra mucho más que la intención de formular o no una acusación concreta¹²³.

Según el autor, retirar una acusación no equivale a un desistimiento de la acción, porque acción y pretensión procesal (acusación) se presuponen, pero no son lo mismo. La acción puede definirse como el “derecho al juicio”, el elemento que sirve de sustento a la pretensión, en tanto esta última configura el momento en que el fiscal deduce la acusación, cuando afirma que alguien es responsable de la comisión de un delito, requiriendo la imposición de pena.

No obstante, cuando el Ministerio Público “juzga”¹²⁴ y en virtud de ello, requiere la absolución del imputado, no está disponiendo de la acción, sino simplemente, desiste del derecho de formular esa pretensión porque entiende que en el caso, no corresponde hacerlo.

del Tribunal Superior de Neuquén, Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado, Año V, N° 9, 2004, p. 366).

¹²³PEREYRA, Pablo, *Modelo acusatorio y persecución penal estatal. Sobre los aciertos y desaciertos en la disputa por la relevancia de las conclusiones del Ministerio Público Fiscal*, Nueva Doctrina Penal, 2002 A, p. 197 y ss.

¹²⁴El Ministerio Público, al igual que el juez, juzga, puesto que no se puede acusar sin juzgar (PEREYRA, Pablo, ob. cit., p. 200)

Ello así pues, nada impide que en nuestro sistema actual, convivan la obligatoriedad de la acción penal con la posibilidad del órgano persecutor de desistir de una acusación. La manifestación del representante del Ministerio Público de que no encuentra base suficiente para acusar –durante el debate- no significa una renuncia a la persecución penal, ni, por lo tanto, una violación al principio de legalidad, sino el correcto cumplimiento de su deber de objetividad.

2. La desigualdad que genera la incorporación de un nuevo acusador

Es correcto afirmar que el injusto social que subyace al delito toca, en primer lugar los intereses de la víctima. El hecho ilícito tiene dos proyecciones perjudicantes: la particular, en su víctima, y la general, en el daño a la seguridad colectiva, en términos de alarma o amedrentamiento¹²⁵. La víctima es, como consecuencia, un protagonista principal del conflicto social, junto al autor, y el conflicto nunca podrá pretender hallar una solución integral si el interés de la víctima no es atendido.

Asimismo, el estado no puede prescindir completamente de la víctima en tanto su concurso es necesario para que el estado conduzca el procedimiento hacia su meta¹²⁶.

Por otra parte, hoy ya no son defendibles las teorías que pretendían expulsar a la víctima bajo los prejuicios justificantes de su deseo de venganza o el procurar obtener un beneficio pecuniario, razones que representan una suerte de retribución privada¹²⁷.

¹²⁵FLEMING, Abel y LOPEZ VIÑALS, Pablo; *La acusación particular*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, p. 586.

¹²⁶Señala Maier que casi el 90% de los casos ingresan al sistema penal por denuncia o querrela de la víctima (MAIER, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal, tomo II*, cit., p. 609).

¹²⁷Argumentos esgrimidos por VELEZ MARICONDE cuando se inició la corriente codificadora moderna, en 1939, quien expresó que “La injerencia del particular ofendido es fuente de anacronismos teóricos y de inconvenientes prácticos reconocidos”. También RIVAROLA y LEVENE (h) se enrolaron en esta postura “aboliconista”, al decir que la venganza personal y el interés pecuniario mueven al querellante y que el estado no puede ponerse al servicio de ese móvil. (Citados en BISOGGIO, Juan Carlos y SANCHEZ FREYTES, Alejandro; *El querellante conjunto. Conveniencia de su participación*, Semanario Jurídico. Tomo XXXVI; Córdoba: Comercio y Justicia, s/f. Págs.: D1-D9).

Entonces, cabe preguntarnos, ¿Cuáles son los fundamentos por los cuales no es posible tolerar la intervención conjunta del querellante?

En el punto anterior se señaló que razones político culturales han determinado que ello no sea posible. En efecto, el problema está dado por la existencia de la persecución penal oficial, la que no está en discusión, y obliga que sean órganos del estado los que monopolicen el ejercicio de la acción.

Ahora bien, si la víctima, al igual que el imputado, es parte del conflicto, ¿Por qué el proceso penal no le suministra la 'llave' procesal para tomar parte en la defensa del bien jurídico penalmente tutelado en la incriminación pertinente, cuando nadie sería capaz de rebatir la noción de que el daño a ese bien jurídico como consecuencia de un delito, perjudica en primer lugar a la víctima?

Si tenemos en cuenta lo dicho hasta aquí, la respuesta a la pregunta formulada podría ejercitarse en estos términos: Porque el derecho del afectado ya está incorporado en el bien jurídicamente protegido por la norma penal, cuya defensa le corresponde al estado, razón por la cual un fiscal se ocupará de procurar el reconocimiento de ese derecho vulnerado.

Ahora bien, más allá de este fundamento, en otro orden de ideas, encuentro que existe otro argumento de cabal importancia para no acordar al querellante el carácter conjunto que nuestros tribunales, mayormente, le han concedido, y está dado por la posición que en el procedimiento ocupa el imputado.

Como dijimos, a diferencia de lo que ocurre en Francia y los países anglosajones, Argentina incorporó la figura del querellante en un régimen de acción penal pública. Si además a este eventual partícipe le conferimos facultades autónomas a la del fiscal, el imputado queda en una patente situación de desventaja.

Podría objetarse que el querellante, ante nada, víctima del hecho ilícito, es al igual que el imputado, una persona "de carne y hueso" y lo asiste el mismo derecho a tener un adecuado protagonismo en el proceso. Ello es cierto. No es el querellante quien desbalancea las posiciones de los intervinientes, pero, como vimos, la persecución penal oficial no puede eludirse.

Entonces, para responder correctamente la pregunta planteada más arriba, considero que lo que debe discutirse es si la importancia de la participación de la víctima en el procedimiento oficial es mayor que las dificultades adicionales que provoca a la

situación del imputado, o si esos problemas son a tal punto evitables, que el valor otorgado a la intervención de la víctima los torna tolerables.

Al principio se dijo que si tuviésemos que asimilar el procedimiento penal a una figura geométrica, podríamos utilizar un triángulo, que en el ángulo superior representa al juez o árbitro, encargado de decidir el caso, y en los dos inferiores a las partes. No obstante, esta igualdad en la que se encuentran las partes es solo aparente, si tenemos en cuenta que junto a la fiscalía, encontramos al juez de instrucción.

En efecto, el fiscal, luego de requerir el comienzo de la investigación del caso, lo habilita a desarrollar una investigación, considerada imparcial y objetiva, sobre un hecho que implica la supuesta realización de una figura delictiva. El juez lleva adelante la averiguación y decide sobre la imputación del hecho respecto de quien aparece como responsable. Tras cumplir esta tarea requirente originaria, la actuación del fiscal se relega a un papel secundario, puesto que en nuestro sistema son los jueces los que dominan el procedimiento en la investigación preliminar¹²⁸.

En relación al procedimiento intermedio, si bien el requerimiento de elevación de la causa a juicio es un acto propio de la fiscalía, con el cual se limita el contenido del juicio y la sentencia, el código coloca en ese lugar y le da los mismos efectos al auto de elevación a juicio, que es decisión del juez. Con ello, la acusación del fiscal ya no gobernará el objeto del juicio, porque la decisión de un tribunal puede modificarla y agregar circunstancias no contenidas en la acusación fiscal.

Por otra parte, en caso de disputa entre el fiscal -que requiere el sobreseimiento- y el juez -que no desea sobreseer-, la ley convoca a la Cámara de apelaciones para que decida el conflicto planteado entre el fiscal y el juez, pudiendo ordenar el reemplazo del fiscal y que se produzca la acusación, con lo cual la función de acusar también se coloca en manos de un tribunal de justicia¹²⁹.

¹²⁸Ej. arts. 194/196 (según los cuales, el juez, encargado de descubrir la verdad, por su propia iniciativa, ordena prueba e interroga testigos); arts. 198/203 (que facultan al juez, si lo considera oportuno, dar intervención a las partes en ciertos actos procesales).

¹²⁹En perjuicio a la situación del imputado, quien debe resistir una hipótesis imputada sólo por el tribunal.

Luego, en la etapa del debate, el papel del fiscal también resulta empobrecido. Según nuestras leyes, son los jueces que integran el tribunal quienes dominan este período procesal¹³⁰.

También en la etapa recursiva se aprecia una desigual situación entre el imputado y el estado, en tanto el carácter bilateral que se asigna a los recursos, a través del cual se le permite al fiscal recurrir la sentencia absolutoria, representa someter al acusado a un nuevo riesgo de condena¹³¹.

En fin, en nuestro sistema actual, hallamos jueces que son *más* que jueces y partes que son *menos* que partes¹³².

Así pues, nuestro procedimiento, donde se entremezclan las funciones de jueces y fiscales, está alejado totalmente de la idea de un proceso de partes, el que exige que acusador y acusado se encuentren en una situación de igualdad. Retomando la comparación del procedimiento con la figura del triángulo, es dable observar que el mismo se halla invertido, es decir, descansando sobre uno solo de sus ángulos (el imputado), con los otros dos ángulos (fiscal y tribunal) hacia arriba¹³³.

Es por ello que se busca igualar la posición de ambos componentes en el proceso penal y, el equilibrio se pretende lograr mediante reglas –garantías– que buscan una utilización equitativa del poder estatal. A ello se aspira con la aplicación del principio *in*

¹³⁰El CPPN dispone que es el Presidente del Tribunal quien recibirá, bajo pena de nulidad, la declaración del imputado (art. 378), y que en caso de que estos sean varios, puede alejar de la sala de audiencia a los que no declaren (art. 379). Si el fiscal decide ampliar la acusación, el presidente, bajo pena de nulidad, le explicará al imputado los nuevos hechos o circunstancias que se le atribuyen (art. 381). Después de la indagatoria, el tribunal recibe la prueba en el orden que el código estipula (art. 382) y examina a los testigos en el orden que considera conveniente, pero comenzando con el ofendido (art. 384). Los jueces, pueden formular preguntas a las partes, testigos, peritos e intérpretes (art. 389). Finalmente, el tribunal puede ordenar de oficio la recepción de nuevos medios de prueba (art. 388).

¹³¹MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. I, cit., p. 708 y ss.

¹³²PEREYRA, Pablo E., ob. cit., p. 190.

¹³³BOVINO, Alberto, *Ingeniería de la verdad*, citado.

dubio pro reo, que privilegia al imputado, a modo de contrarrestar el dominio del estado en la persecución penal¹³⁴.

Además debe tenerse en cuenta que las reglas de nuestro procedimiento presumen la verdad sobre la imputación en la misma medida en que aquel avanza. Nuestro procedimiento, en efecto, puede describirse como una suma de pasos y etapas tendientes a confirmar la hipótesis persecutoria original¹³⁵.

Si a la actuación de fiscal y juez de instrucción le sumamos la intervención de la policía y de peritos, como auxiliares de aquellos, organizaciones puestas al servicio de la persecución penal, advertimos la desigualdad real entre quien acusa y quien soporta la persecución penal.

Si a todo ello, le agregamos la participación conjunta del querellante, la balanza parece desequilibrarse demasiado. Volviendo a nuestro triángulo, en el vértice opuesto al del imputado, no sólo vamos a encontrar al fiscal y al juez de instrucción en su tarea de ejercer la persecución penal, acompañados de auxiliares tales como la policía y peritos, que son imposibles de equiparar, sino que también va a estar allí la víctima, a quien la ley le confirió la facultad de constituirse en parte querellante y como tal, también se va a ocupar de perseguir al imputado, quizá, sosteniendo una pretensión diferente a la que tienen el juez de instrucción y el fiscal.

Si ello es así, si el querellante puede perseguir en forma autónoma, acusar o recurrir la sentencia, se coloca al imputado en una difícil situación de defensa, pues si el persecutor estatal no tiene ya la exclusividad de los poderes de definición del objeto del proceso, y de ejercicio de las pretensiones sobre la base de una determinada significación jurídica, el imputado se verá enfrentado a defenderse frente a múltiples imputaciones de hechos, bajo uno o más significados jurídicos, e incluso, podría verse en la disyuntiva de admitir

¹³⁴Principio que RUSCONI caracteriza como “fantasmal”, sobre el cual, los niveles operativos y normativos del funcionamiento del sistema judicial penal han ejercido una sorprendente capacidad destructiva (RUSCONI, Maximiliano, *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2008, p. 50.

¹³⁵El modelo de construcción de la verdad que representa tiene como característica fundamental la orientación de la actividad que, de modo circular y tautológico —como señala Ferrajoli— conduce a la confirmación y autojustificación del proceso iniciado.

aspectos de hecho de una imputación, para resistir a los de otra, sin posibilidad de defensa efectiva alguna.

Con ello, ambas acusaciones podrán ser objeto del juicio y el imputado deberá defenderse de ambas. Más aún, la facultad defensiva de objetar la elevación a juicio (art. 349, inc. 2°, CPPN), no puede utilizarse para criticar la acusación “desmedida”, tanto del querellante como del fiscal, para limitarla convenientemente, pues aquella facultad está concedida para instar el sobreseimiento.

Es decir, la defensa del imputado podrá reclamar una absolució n anticipada pero no podrá pedir que se deje al margen una u otra acusación.

Es digno de observar que, su situación podría ser peor en procesos en los que se admitan como querellantes a una multiplicidad de alegadas víctimas, con la posibilidad de igual multiplicidad de objetos de imputación puesto que si, como lo entendió la Corte en *Santillán*, nuestra CN garantiza a toda víctima un poder autónomo de querrela y acusación, no se le podría arrebatar a cada una de ellas el poder de acusar con autonomía que, se aduce, emana de la norma fundamental. De darse esta situación, el imputado de un delito pluriofensivo, se vería pues en una situación rayana a la indefensión.

No solo el derecho de defensa resulta conculcado, al mismo tiempo, la intervenció n conjunta del querellante, vulnera la prohibición de *ne bis in idem*¹³⁶ a la que se le dio reconocimiento constitucional en los artículos 18 y 33.

Es indudable que la prohibición opera cuando una persona ya ha sido penada por un hecho, después de la condena firme, y es perseguida nuevamente y condenada por el mismo hecho. Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que no es este el único alcance de la prohibición. En efecto, se entiende que el principio no solo veda la doble condena, sino también la doble persecució n, como renovada exposició n al riesgo de una condena¹³⁷.

Por su parte, los instrumentos internacionales de derechos humanos que se refieren expresamente a la prohibición *ne bis in idem*, tienen una formulación normativa tendiente a

¹³⁶Principio que veda la persecució n penal múltiple, contemporánea o sucesiva contra una misma persona, por un mismo hecho (NAVARRO-DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo I, Hammurabi, p. 59.)

¹³⁷CSJN, fallos, 299:221.

considerar que lo prohibido es el nuevo enjuiciamiento y no la nueva sentencia¹³⁸. Entonces, si le concedemos al querellante facultades autónomas de persecución, resulta que exponemos al imputado a un nuevo riesgo de condena, por lo que no sólo deberá afrontar el peligro que comprende la persecución penal oficial (policial, fiscal, jurisdiccional) guiada por los principios de lealtad, objetividad e imparcialidad, sino también, deberá enfrentar el riesgo que acarrea la persecución privada, ambas tendientes a atribuirle participación en un hecho delictivo¹³⁹.

A la misma conclusión se arriba, si se le permite al querellante interponer recurso contra la sentencia de condena. Si, merced al principio *ne bis in idem* se prohíbe la persecución penal múltiple, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho, resulta que conferirle al ofendido recurso contra la sentencia condenatoria, implica volver a someter al imputado a un nuevo juicio, actualizando la posibilidad de que sea condenado.

Al efecto, cabe señalar que el imputado, por el sólo hecho de estar sometido a proceso, se halla en una situación de desventaja con respecto a la de los demás partícipes; y los recursos, no son sino aquellos instrumentos que tanto la Constitución como las leyes ponen a su alcance a fin de poder equilibrar la situación del justiciable¹⁴⁰.

Es por eso que el recurso del querellante contra la sentencia absolutoria o contra la sentencia condenatoria en procura de una condena más grave, están reñidas con el derecho fundamental del imputado de recurrir el fallo ante un tribunal superior y con las garantías constitucionales *ne bis in idem* y *double jeorpardy*.¹⁴¹

¹³⁸ Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 14.7, declara que “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme...”; el art. 8º.4 de la CADH, establece que “El imputado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos”.

¹³⁹ De esta opinión, CAFFERATA NORES, José, *Asociación ilícita y “non bis in idem”*, LL, 1999 B-300.

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2005, p. 268.

¹⁴¹ De esta opinión SIENRA MARTINEZ, Agustina, quien rechaza cualquier tipo de recurso acusatorio contra el fallo final y en perjuicio del imputado, y manifiesta que ello sólo es explicable a partir del juego de tres principios: El derecho que todo condenado tiene de recurrir el fallo ante un tribunal superior (artículos 8.2.h CADH y 15.5 PIDCyP –artículo 75 inciso 22 CN-); al principio que prohíbe que una persona sea juzgada o penada más de una vez por el mismo hecho (artículos

Ahora bien, cabe recordar que para responder a la pregunta con la que se inició este acápite,¹⁴² propuse discutir si el valor de la participación de la víctima en el procedimiento oficial es mayor que las dificultades adicionales que provoca a la situación del imputado, o si esos problemas son a tal punto evitables, que la importancia dada a la intervención de la víctima los torna tolerables.

Desde mi punto de vista, las consecuencias que arroja la participación conjunta del querellante para la situación del imputado, tales como la vulneración de la garantía de defensa en juicio y la prohibición *ne bis in idem*, no pueden tolerarse y, en consecuencia, impiden categóricamente otorgarle a aquel sujeto mayor protagonismo en el escenario procesal.

Y si bien es correcto afirmar que la posición del imputado ya se encuentra debilitada, aún sin la presencia de un nuevo acusador, lo cierto es que no es posible prescindir de la persecución oficial.

8.4 CADH y 14.7 PIDCyP) y a aquel que impide al tribunal del recurso modificar la sentencia en perjuicio del acusado, condenándolo cuando fue absuelto, o agravando la pena impuesta por la sentencia impugnada (artículo 18 CN). En relación con la vulneración del *ne bis in idem*, la autora entiende que, habida cuenta de que en nuestro país lo prohibido no es sólo la doble condena, sino también el riesgo de afrontarla, cualquier recurso acusatorio contra la absolución o la condena (en pos de una condena más grave), supone un nuevo riesgo en relación a la aplicación de la ley penal y deviene inconstitucional. Finalmente, dice que es la inadmisibilidad de la *reformatio in pejus* la que cierra definitivamente toda posibilidad de revisión en perjuicio del imputado. Ello púes, en su opinión, el derecho que el imputado tiene de obtener la doble conforme no se satisface con la concepción tradicional según la cual la inadmisibilidad de la *reformatio in pejus* sólo rige cuando es el imputado (o el fiscal a su favor) quien ha interpuesto el recurso. En cambio, considera que la plena vigencia de la prohibición (imposibilidad absoluta de agravar la situación que resulte de la sentencia recurrida) conduce a la negación del recurso acusatorio, en tanto el límite siempre estará constituido por la conformidad con la sentencia de condena originaria. (*La facultad del Ministerio Público de recurrir la sentencia en contra del imputado. Su inconstitucionalidad*, en Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado, Edmundo S. HENDLER (comp.); Del Puerto, Buenos Aires, 2001).

¹⁴²¿Cuáles son los fundamentos por los cuales no es posible tolerar la intervención conjunta del querellante?

Por ello es que creo es posible admitir la participación del ofendido en el proceso penal, pero ello no debe generar nuevas situaciones de desigualdad. En este entendimiento, sólo puede aceptarse la intervención de un querellante adhesivo.

Tal accesoriadad implica que el querellante no podrá actuar por sí solo y con independencia del acusador público. La participación que la ley le dio para reclamar sus derechos en el proceso penal debe ejercerse en compañía del Ministerio Público.

Ello supone que actúe como un colaborador y controlador de la actuación de la fiscalía, antes bien que como sujeto procesal absolutamente independiente. En esta concepción, el querellante no puede ejercer la persecución, acusar, ni recurrir, en forma autónoma¹⁴³. Su actuación debe circunscribirse a adherir a la acusación del fiscal, objetarla o señalar sus vicios, por ejemplo porque no se incluye a algún imputado o no se contempla un determinado agravante, a los fines sea ampliada o corregida.

También se le puede permitir objetar el sobreseimiento o la clausura del procedimiento pedidos por el fiscal, requiriendo que se lo obligue a acusar.

En otros términos, la actuación del querellante siempre debe suponer la pendencia de la acción pública. De no ser así, y de permitírsele al querellante acusar o recurrir autónomamente, significaría asumir la persecución penal del ofendido de manera principal, no accesoria¹⁴⁴.

¹⁴³De esta opinión, MAIER, quien considera que “si se persiste en un procedimiento penal rígidamente oficial, cuyo principio básico incommovible es la persecución penal pública, resulta inconveniente dejar que la persecución continúe (acusación o recurso contra la sentencia) sólo por voluntad del ofendido” (MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. II, cit., p. 614).

¹⁴⁴De esta opinión, García, quien tras analizar la disposiciones del CPPN se muestra contrario a la idea de que se pueda condenar con la sola acusación del querellante en el juicio oral (GARCIA, Luis M., *El caso “Quiroga” o el primer golpe de demolición al actual sistema de enjuiciamiento criminal en el orden nacional. Reconstruyendo entre las ruinas hasta que se acuerde un plan de construcción alternativo*, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (Leonardo G. Pitlevnik dirección), N° 2, Hammurabi, Bs. As., 2007, p. 260 y ss.). También Santiago Martínez, en contra del criterio de la Corte en “Santillán”, destaca que “los jueces se olvidaron que, de esa manera, estarían ingresando en un campo vedado por la Constitución Nacional, debido a que la forma en que participa un sujeto procesal es materia exclusiva de las jurisdicciones locales y ajena, por lo tanto, a la jurisdicción federal (MARTÍNEZ, Santiago, *La acusación como presupuesto procesal y alegato absolutorio*, p. 43 y

Esta solución es la más adecuada al nuestro Estado de Derecho toda vez que permite, en lo posible, evitar la desigualdad procesal que genera la incorporación de un acusador a quien no le alcanzan los deberes de objetividad y legalidad que se le exigen a la actividad del acusador estatal¹⁴⁵.

Capítulo IV:

Una propuesta orientada a igualar los derechos de los protagonistas del conflicto

En el capítulo anterior se intentó mostrar que el sistema argentino actual, con sus instituciones de persecución penal pública y pena estatal, sólo puede permitir, en el marco de un delito de acción pública, la actuación de una querrela adhesiva. También se dijo que ello, amén de resultar la única solución compatible con el sistema, es la más adecuada a la hora de evitar que la intervención de la víctima en el proceso represente un menosprecio para los derechos defensivos del imputado.

Ahora bien, desde hace ya un tiempo, distintas corrientes discursivas han criticado la pena estatal y los principios que sustentan el sistema de enjuiciamiento actual, principalmente, el de legalidad procesal, argumentando que ellos constituyen una valla insuperable para la realización de una política de persecución penal eficaz, racional y respetuosa de los derechos humanos.

En punto a la crisis de la pena privativa de la libertad, se dijo que sólo en teoría, este instrumento puede ser justificado, por apelación a fines o propósitos especulativos o utilitarios (la retribución, la prevención general y especial, en cualquiera de sus formas), pues las investigaciones empíricas, echan por tierra estos, juzgados benévola y buenos propósitos.¹⁴⁶

el mismo autor, *El querellante en el proceso penal...y después de "Santillán" ¿qué? Acerca de las posibles consecuencias del fallo "Santillán" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 10 "A", Ad Hoc, Bs. As., 2000, p. 475).

¹⁴⁵ MAIER, Julio B. J., *La víctima y el sistema penal*, citado, p. 237.

¹⁴⁶ MAIER, Julio B. J., *El sistema penal hoy: Entre la inquisición y la composición*, Derecho Penal n° 2, Rosario, 1993, Ed. Juris, p. 49.

En efecto, a nadie escapa la realidad de nuestro sistema carcelario, los efectos nocivos de la pena privativa de la libertad y de la criminalización.

En lo referente a la crisis del principio de legalidad, por citar alguna de las tantas voces que se han alzado, Bovino critica el modelo actual regido por este principio, considerando que la ínfima capacidad del sistema de justicia para procesar la totalidad de los hechos punibles es una de las causas de la arbitrariedad con que el sistema selecciona los pocos casos de los que se ocupa. Prueba de ello es la “cifra negra” de la criminalidad¹⁴⁷, entendida como la diferencia entre los delitos que llegan a conocimiento del aparato estatal y los que son efectivamente cometidos.

Esto es, en su aplicación concreta, este principio muestra ser una declaración ideal que no se cumple y que no tiene posibilidad alguna de ser cumplida, en tanto el sistema es estructuralmente incapaz de investigar y, eventualmente, sancionar todos los delitos.

Como consecuencia de ello, en la práctica, operan varios mecanismos de selección que crean desigualdades notorias, criminalizando a un sector social –el menos favorable, el que cuenta con menos recursos- y desincriminalizando a otro – los casos que son abandonados y terminan siendo irresueltos o prescribiendo su acción-.

Asimismo, la aplicación irrestricta del principio de legalidad produce una saturación del sistema penal. Ello porque ningún sistema está capacitado para atender y dar respuesta a todos los hechos delictivos que se producen en una sociedad. No lo están las fuerzas policiales, ni los órganos jurisdiccionales ni los establecimientos de detención.

Por otra parte, no puede dejar de soslayarse que la aplicación del principio de legalidad, que establece la persecución estatal obligatoria de todos los hechos punibles e impone la sanción penal de privación de libertad como respuesta casi inevitable frente al comportamiento delictivo, también repercute en perjuicio de la víctima.

Nuevamente advierte Bovino que “El principio de legalidad impone la necesidad de dictar figuras penales que describan los comportamientos prohibidos y asignen la pena respectiva. Además de impedir el debate sobre la racionalidad de la respuesta penal en manos del estado, liga de un modo casi mágico el hecho descrito y el castigo. Al describir el hecho nos constituye en víctimas y define un conflicto, independientemente de si tal conflicto existe o no. Como víctimas, ya hemos sido incluidos y, por lo tanto, ha llegado el momento en el que podemos ser excluidos. A partir de aquí, el Estado decidirá si se ha

¹⁴⁷BOVINO, Alberto, *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*, citado.

ofendido a la víctima, en cuánto se la ha ofendido, cuánto vale la ofensa y cómo ha de tratarse al ofensor. Todas estas decisiones serán tomadas en el escenario del proceso penal. Y sobre este escenario la víctima juega un papel secundario, se convierte en un actor de reparto. El papel más importante que desempeña es el de aportar pruebas para la realización de la pretensión punitiva, en manos del estado”¹⁴⁸

También Rusconi, tras indicar la crisis del actual sistema de enjuiciamiento, al destacar problemas tales como la excesiva duración del proceso penal, la falta de igualdad de armas entre la tesis de la acusación y la tesis de la defensa, el debilitamiento de garantías constitucionales de gran trascendencia, entre otros, ha hecho notar que la misma también alcanza a la víctima, a quien, según el autor, el sistema de enjuiciamiento no ha logrado aún hoy ofrecerle un lugar adecuado y protagónico¹⁴⁹.

¹⁴⁸BOVINO, Alberto, *Contra la legalidad*, en *No hay Derecho*, año III, n° 8, s/ed., Buenos Aires, 1992.

¹⁴⁹RUSCONI, Maximiliano, ob. cit., p. 32 y ss.

Esta crisis alcanzó a una gran cantidad de países de América latina y generó procesos de reforma a fin de que el sistema pueda alcanzar un grado mínimo de realización práctica. Como ejemplo de ello, pueden citarse los códigos procesales penales de Guatemala (1992)¹⁵⁰ y de Costa Rica (1996)¹⁵¹, que le confieren a la víctima del delito derechos sustantivos sobre la resolución del caso.

Si bien son varios los cambios que el sistema actual declama con urgencia: La estricta división de funciones requirentes y persecutorias propias del Ministerio Público, de las funciones decisorias privativas de la función judicial, la desformalización y simplificación de la etapa de investigación, el estricto respeto de los derechos y garantías fundamentales del imputado, la constitución del juicio como la etapa central del proceso penal; podemos convenir en que la solución de los problemas específicos que hoy alcanzan a la víctima, está dada por la incorporación del principio de oportunidad.

Así pues, para finalizar, en este capítulo se ensayará una solución que posibilita brindarle un mayor protagonismo a la persona que sufre el daño directo que provoca el delito, y al mismo tiempo, no vulnerar las garantías de la persona que es señalada como partícipe de su comisión.

Anteriormente se expresó que, en virtud del principio de legalidad, ningún criterio utilitario, o relacionado con la escasa gravedad del hecho, puede ser utilizado para no iniciar – o para no continuar – la persecución.¹⁵² También se dijo -con Bovino-, que es

¹⁵⁰El art. 116 del código guatemalteco dispone que En los delitos de acción pública, el agraviado con capacidad civil o su representante o guardador en caso de incapacidad podrán revocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público. El mismo derecho podrá ser ejercido por cualquier ciudadano o asociación de ciudadanos, contra funcionarios o empleados públicos que hubieren violado directamente derechos humanos, en ejercicio de su función o con ocasión de ella, o cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos que abusen de su cargo“.

¹⁵¹Por su parte, el art. 321 del CPP de Costa Rica prevé que “El auto de apertura a juicio se podrá dictar con base en la acusación del Ministerio Público o la del querellante. Si se abre el juicio con base únicamente en la acusación particular, el querellante continuará en forma exclusiva el ejercicio de la acción, sin perjuicio de que el representante del Ministerio Público opte por continuar interviniendo en el procedimiento, pero no estará obligado a mantener la pretensión de aquel.

¹⁵²MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. I, cit., p. 828.

errónea la creencia de que resulta posible, prácticamente, guiar a los órganos de persecución para que ellos apliquen el derecho penal de forma igualitaria y en todos los casos.

Si a ello le sumamos el triste papel en el que este imperativo coloca a la víctima, al impedirle aplicar un mecanismo alternativo a la imposición de una pena que, eventualmente, le brinde una solución que satisfaga sus intereses, resulta que el “remedio” de la oportunidad no puede hacerse esperar.

Si, como dijimos, frente a la imposibilidad de procesar todos los casos, necesariamente opera algún mecanismo de selección –la que se produce de los modos más diversos, dependiendo de la estructura de la agencia judicial o aún de las características del funcionario o empleado sobre quien se ha delegado la función-, debemos implementar una política criminal que limite esa selección y permita que esta se realice de manera transparente.

En síntesis, las razones apuntadas, llevan a concluir que el principio de legalidad se enfrenta, en cuanto a sus fundamentos teóricos y a su vigencia práctica, a una verdadera crisis, frente a la cual se debe establecer una línea de política criminal que permita orientar la selectividad del sistema conforme a ciertos valores.

Como bien afirma Maier, el derecho penal que privilegiaba la pena estatal y el control social directo por sobre cualquier otro aspecto del delito, por ejemplo, su daño individual o social concreto, impedía toda reparación del daño. Actualmente, el movimiento reformista exige mejorar la situación de la víctima, privilegiando la reparación¹⁵³.

Y es aquí donde entra en escena el principio de oportunidad. Conceptualmente, se lo ha definido como “la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción ya iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva o subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”.¹⁵⁴

¹⁵³ MAIER, Julio B. J., *La víctima y el sistema penal*, cit., p. 193.

¹⁵⁴ CAFFERATA NORES, José I., *El principio de oportunidad...* citado, p. 12/13.

Este principio tiene sustento filosófico en las teorías utilitaristas de la pena que admiten el castigo en la medida que excluya un mal mayor y no le asignan a la pena el fin exclusivo de retribuir o recomponer el orden jurídico que alteró el delito, sino que le dan un fin utilitario de integración social.

Los fundamentos del principio de oportunidad son diversos y se orientan a solucionar las deficiencias que provoca la aplicación del principio de legalidad. Así púes:

1. En primer lugar se señala que mediante la introducción de criterios de oportunidad se logra evitar la selectividad del sistema penal que se traduce en una desigual aplicación de la ley;
2. Por otro lado, se argumenta que sirve para descongestionar el saturado sistema judicial, optimizando la asignación de los recursos;
3. Y, se dice que permite la realización de la aspiración del moderno Derecho Penal, cual es que éste se ejerza como última ratio¹⁵⁵.

Básicamente, existen dos sistemas de instrumentación del principio de oportunidad: El sistema de oportunidad libre y el sistema de oportunidad reglada.

En el primero de ellos, propio del derecho anglosajón, la oportunidad funciona como regla. Como se intentó mostrar en el primer capítulo de este trabajo, en los países del *common law*, las facultades discrecionales sobre la acción que se le otorgan al fiscal son amplias y, en su ejercicio, no se encuentra sujeto a ningún tipo de control.

Por otro lado, en los sistemas de oportunidad reglada, que es propio del derecho continental europeo, si bien se parte de la consagración del principio de legalidad como regla general, se admiten excepciones basadas en criterios de oportunidad. Así pues, las facultades discrecionales del fiscal se encuentran taxativamente enumeradas en la ley su ejercicio se halla sujeto a control jurisdiccional¹⁵⁶.

Anteriormente se dijo que la introducción de criterios de oportunidad, amén de procurar a la sustitución de prácticas de selección arbitrarias e irracionales, ayudaría a

¹⁵⁵MENDAÑA, Ricardo J., *Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad*, www.pensamientopenal.com.ar

¹⁵⁶Este es el modelo receptado por algunas constituciones provinciales argentinas como la de la provincia de Buenos Aires (arts. 56, 56 bis de la ley 11.922, art. 6 de la ley 13.433 –régimen de resolución de conflictos penales-, art. 40 de la ley 13.634 –régimen penal juvenil); Chubut (art. 44 de la ley 5478); Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 199 incs. E, f, g, i de la ley 2302).

devolverle el conflicto a la víctima que, a causa de la vigencia del principio de legalidad, se le quitó.

Con claridad lo expresó Christie, “el elemento clave en el proceso penal es que se convierte aquello que era algo entre las partes concretas, en un conflicto entre una de las partes y el Estado. Así, en un moderno juicio penal, dos cosas importantes han sucedido. Primero, las partes están siendo **representadas**. En segundo lugar, la parte que es representada por el Estado, denominada la víctima, es representada de tal modo que, para la mayoría de los procedimientos, es empujada completamente fuera del escenario, y reducida a ser la mera desencadenante del asunto. La víctima es una especie de perdedora por partida doble, primero **frente al** delincuente, y segundo –y a menudo de una manera más brutal- al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado”¹⁵⁷.

Es importante destacar que el derecho a la participación de la víctima, a la que alude el autor, tiene sustento constitucional.

La Constitución Nacional, en el artículo 75 inc. 22 incorporó una serie de declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, situándolos a su mismo nivel. Con ello, puede hablarse de un nuevo sistema constitucional que conformó un “nuevo y expreso paradigma de procuración y administración de justicia penal”¹⁵⁸.

Así pues, tras la reforma de 1994, se considera a la víctima de la comisión de un delito con derecho a la “tutela judicial”¹⁵⁹ del interés (o derecho) que ha sido lesionado por el hecho criminal, y por lo tanto le otorga un derecho a reclamar ante los tribunales¹⁶⁰ penales.

¹⁵⁷El destacado es original. CHRISTIE Nils, *Los conflictos como pertenencia*, en *De los delitos y de las víctimas*, citado, p. 162.

¹⁵⁸CAFFERATA NORES, José I., *Proceso Penal y Derechos Humanos La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 15.

¹⁵⁹Arts. 1.1, 8.1 y 25 CADH.

¹⁶⁰Art. 8.1 CADH.

El artículo 8, inciso 1º del Pacto de San José de Costa Rica que establece el derecho de toda persona 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 él, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; el artículo 14, inciso 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que comienza señalando que todas las personas son iguales ante los tribunales y las cortes de justicia y; el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagra a toda persona, en condiciones de plena igualdad, el derecho a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones, reflejan cristalinamente que los tratados incorporados a la Constitución Nacional contienen garantías que alcanzan a la víctima.

Este reconocimiento ha llevado a algunos autores a sostener que estas reglas de derechos humanos predicen la bilateralidad de las garantías contenidas en los instrumentos internacionales incorporados a nuestra Constitución.¹⁶¹

En este sentido, haciendo referencia al nuevo paradigma que nació como consecuencia de la reforma, se ha dicho que “es expresión de un conjunto de garantías judiciales de máximo nivel jurídico (art. 75 inc. 22 CN) de carácter *bilateral*, porque protegen *genéricamente* (en común) tanto a la víctima que reclama justicia ante los tribunales penales como al acusado, o tutelan *específicamente* los derechos de cada uno de ellos, según el caso”¹⁶².

Ahora bien, considero que es un tema que debe tratarse con sumo cuidado. Favorecer a la víctima no puede llevar consigo la consecuencia de perjudicar al imputado.

En este sentido sostiene Maier que es una paradoja que las víctimas sean alcanzadas por los mismos derechos y garantías que el sospechoso cuando, desde antiguo, los derechos humanos han sido concebidos, en materia penal, como freno y límite a la persecución penal estatal¹⁶³.

¹⁶¹CAFERATTA NORES, José, *Proceso penal y derechos humanos*, citado, p. 15 y ss.

¹⁶²Los destacados son originales (CAFFERATA NORES, José I., *Proceso Penal y derechos humanos*, citado, p. 16)

¹⁶³MAIER, Julio B. J., *Las facultades del querellante en el proceso penal desde “Santillán a Storchi”*, citado.

Es cierto que los problemas que plantea el actual sistema de enjuiciamiento penal requieren un cambio de paradigma, y que uno de los fines de la persecución penal debe orientarse a la necesidad de dar cumplimiento a la obligación estatal de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas¹⁶⁴, pero la cuestión debe tratarse con especial cuidado si no se quiere con ello, colocar en una mayor situación de desventaja al individuo que soporta la persecución penal.

No debe olvidarse pues que a causa de la situación que le corresponde atravesar, el autor es el principal destinatario de los derechos y garantías previstos en las convenciones de derechos humanos, por eso, en homenaje a los derechos de la víctima, no pueden desatenderse los del imputado.

Expresa Cafferata Nores que históricamente los derechos humanos se han desarrollado como una garantía del individuo --y de los grupos más vulnerables dentro de la sociedad- en contra de la opresión del Estado. También señala que los derechos humanos se caracterizan porque sus obligaciones correlativas recaen en los estados y no en otros individuos¹⁶⁵.

Dicho de otro modo, los derechos humanos reconocidos en los pactos incorporados a la CN, no sólo reforzaron las garantías del individuo objeto de la persecución penal¹⁶⁶, sino que también extendieron su protección a la víctima del delito.

Es correcto que sea así pues, muchas veces, la víctima, al igual que el imputado, es víctima de los quebrantamientos de derechos cometidos por quienes ostentan el poder de ejercer la persecución penal. Ello sucede, por ejemplo, cuando este poder no se ejerce y el

¹⁶⁴Cf. Comisión I.D.H., Informe n° 34/96, caso n° 11.228.

¹⁶⁵Ibidem

¹⁶⁶Ya sea mediante la introducción de normas innovadoras -por ejemplo la garantía de plazo razonable del proceso y el derecho del condenado a recurrir el fallo- como a través de la jurisprudencia internacional que amplió considerablemente el alcance de enunciados tradicionales - Claramente, en el supuesto de la garantía del tribunal imparcial en el caso "Llerena", resuelto por la CSJN en 17705/2005.

estado consagra la impunidad¹⁶⁷. Entonces, es lógico que la víctima cuente con estos instrumentos para obligar al estado a ejercer su poder penal y así evitar la impunidad.

Así pues, teniendo en cuenta que todo delito de acción pública le genera al estado una obligación irrenunciable de investigar, identificar al responsable e imponer una sanción, la víctima, a través del acceso a la jurisdicción que se le reconoce en estos instrumentos, tiene el derecho de exigir su cumplimiento.

Si ello es así, le asiste razón a Cafferata Nores cuando entiende que las obligaciones estatales de respetar los derechos humanos y asegurar su plena vigencia impuestas por la normativa supranacional, se proyectan bilateralmente en el área de la procuración y administración de justicia penal, expresándose en salvaguardas que pueden ser para las víctimas del delito que reclaman justicia y para aquellos a quienes se les atribuye la comisión.

Y si bien –como hace notar Maier- en los textos de la normativa supranacional las garantías procesales del debido proceso están diseñadas claramente en beneficio del imputado, no es menos cierto que las opiniones y decisiones de los organismos internacionales han evolucionado decididamente en “sentido bilateral”¹⁶⁸.

¹⁶⁷En estos casos suele hablarse de una “cifra dorada”, conformada por aquellos delitos que si bien entran en conocimiento del órgano estatal, no son formalmente perseguidos por “razones de venalidad en la función, prebendas económicas, influencias políticas o gremiales, etcétera”. (CAFFERATA NORES, *El principio de oportunidad...*, citado, p. 10.)

¹⁶⁸La CIDH se ha expedido en relación a los alcances del art. 25 de la CADH: “...el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 25 de la Convención, el cual impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares. Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio pro actione, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción” (CIDH, caso “Narciso Palacios v. Argentina, caso n° 10.194, informe n° 105/99). Y, asimismo, “...los Estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1.1.)” (CIDH, caso n° 10.517, informe anual 1995, res. 10/95.

Entonces, teniendo en cuenta lo expuesto, es claro que el nuevo sistema constitucional ampara a la víctima y al imputado. Sus garantías aseguran que ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho vulnerado por el delito y reclamar su reparación ante los tribunales, como así también que ninguna persona puede ser sometida por el poder penal a una arbitraria (es decir, sin haber probado fehacientemente su participación en el hecho o, sin haber respetado los límites impuestos por el sistema constitucional en la actividad destinada a comprobarlo).

Dentro de estas garantías comunes a ambas partes, merecen destacarse las de defensa en juicio y acceso a la justicia.

La primera de ellas, plasmada en el art. 18 de la CN, consagra el derecho de toda persona de defenderse, en el marco de un proceso penal, ante los ataques efectuados contra ella o sus derechos. La CN no pone en cabeza de determinado sujeto la titularidad del derecho, sino que se refiere a “toda persona”, con lo cual es claro que lo reconoce para todos. De este modo, “la defensa abarca la atribución de tener libre acceso a los tribunales para procurar y lograr el reconocimiento y la protección, aún penal, del derecho que se afirme violado, o de poder resistir la pretensión de restricción de derechos que implica la imposición de una pena (y el desarrollo mismo del proceso)”¹⁶⁹.

Por su parte, la garantía de acceso a la justicia, está dada por el derecho a la jurisdicción que nuestra Corte ha definido como “el derecho de ocurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia”¹⁷⁰. Así pues, el justiciable, sea víctima o imputado, se halla amparado por la garantía del debido proceso legal que le asegura su derecho de obtener una sentencia que dilucide la controversia, previo juicio llevado en legal forma.

Luego, en el proceso penal, las garantías se relacionan con quien ha resultado víctima de la comisión de un delito, a quien se considera con derecho a la tutela judicial del interés que ha sido lesionado y también se erigen como resguardo de los derechos del

¹⁶⁹CAFFERTA NORES, José I., *Proceso Penal y derechos humanos*, citado, p. 23.

¹⁷⁰BIDART CAMPOS, Germán J., *Las facultades del querellante en el proceso penal. Desde “Santillán” a “Storchi”*, citado, p. 440.

acusado, ya sea frente a posibles resultados penales arbitrarios, como así también respecto del uso de medios arbitrarios para llegar a la imposición de una pena¹⁷¹.

Ahora bien, a esta altura, no está de más repetir, que imputado y víctima son los protagonistas principales del conflicto, por ello es racional buscar la solución para abrirle la puerta de acceso al proceso a la víctima y remediar el conflicto de la mejor manera posible.

Si nuestra justicia penal hace fracasar los intereses de la víctima, es racional, desde el punto de vista político criminal, comenzar, en el intento de una solución del conflicto social emergente del hecho ilícito, por colocar a la víctima en situación de indemnidad¹⁷².

Sin embargo, como observamos anteriormente, la situación del imputado no puede soportar una doble acusación, por eso, considero que la única forma posible de darle ingreso a la víctima al proceso es que el estado cese o interrumpa¹⁷³ la persecución de hechos punibles que le es debida, y la víctima exprese su interés en perseguir penalmente.

Es decir, la persecución del estado y la de la víctima no pueden coexistir, por eso, es razonable que si el Ministerio Público Fiscal –órgano persecutor principal- estima que no hay mérito para perseguir, se le posibilite ejercer la acción penal a la víctima.

Teniendo ello en cuenta, un remedio que se puede ensayar para paliar los problemas anteriormente señalados, introducción de un criterio de oportunidad mediante, es la conversión de la acción penal pública en privada.

Se trata de un mecanismo que permite que un delito de acción pública se convierta en delito de acción privada, sólo perseguible por el acusador particular, sin intervención alguna del Ministerio Público.

Señala Bovino que la conversión de la acción reconoce el interés de la víctima vinculado a la necesidad de llevar adelante el procedimiento para lograr la imposición de las consecuencias tradicionales del derecho penal. Representa una excepción al principio

¹⁷¹“Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana” (CIDH, caso “Velázquez Rodríguez, sentencia del 29/07/88).

¹⁷² ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema de los fines de la pena* en *De los delitos y de las víctimas*, citado, p. 140.

¹⁷³El cese y la interrupción de la persecución, a los fines de la propuesta que aquí se elabora, abarca la voluntad del fiscal de archivar la causa y la de instar el sobreseimiento. No así la de solicitar la absolución del imputado, como se explicará más adelante.

de persecución penal pública. Además, permite a la víctima jugar un papel decisivo en la definición del conflicto desde su punto de vista personal y, al mismo tiempo, le otorga poder de disposición de la acción penal convertida en privada. Por otra parte, aumenta las posibilidades del imputado de llegar a una conciliación que ponga fin al caso, y simplifica notablemente el procedimiento, pues resultan aplicables las reglas del proceso de acción privada¹⁷⁴.

Así pues, desmenuzando la definición de este instituto, obtenemos que:

- En virtud de esta transformación, el carácter adhesivo de la actuación del querellante en los delitos de acción pública, que no le otorga derechos sustanciales sobre la solución del caso, debido a la presencia del estado, adquiere la autonomía que le permite continuar con la persecución penal;
- La conversión de la acción penal en privada le permite al ofendido –titular la acción penal- disponer de ella, brindándole la posibilidad de resolver el conflicto a través de un modo alternativo a los tradicionales previstos en la ley penal;
- La transformación de la acción penal pública, faculta al imputado, coprotagonista del conflicto penal, a solucionar el mismo arribando a un acuerdo con la víctima, evitando así el impacto estigmatizante del sistema penal;
- La conversión de la acción penal pública en privada habilita la desformalización y desjudicialización de los conflictos penales.

Explica Christie que involucrar a los ciudadanos en los conflictos representa un potencial para la actividad, para la participación. El sistema punitivo actual, monopolizador de tareas, le arrebató a la víctima la oportunidad de involucrarse en el conflicto¹⁷⁵.

Por ello, el mecanismo de la conversión de la acción, le permite a la víctima participar en su propio caso y decidir sobre la importancia y el peso de lo que considera relevante.

Esta propuesta es un intento por dismantelar un derecho penal autoritario y volverlo a tratar como actividad de seres humanos concretos, que se interrelacionan y por eso tienen conflictos entre sí.

¹⁷⁴Bovino Alberto, *El querellante en los delitos de acción pública en algunos códigos latinoamericanos*, cit., p. 98.

¹⁷⁵CHRISTIE, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, citado, p. 170.

Dicho de otro modo, es una vía que permite pasar del derecho de la infracción al derecho del conflicto.

En el mismo sentido, Maier señala que este intento de humanizar el derecho penal mediante la participación de los ciudadanos en los conflictos, responde a la sublimación de la dignidad humana, a la estimación de que los hombres somos suficientemente capaces y estamos suficientemente maduros para reflexionar y resolver entre nosotros, aquellos conflictos en los cuales nos vemos entremezclados¹⁷⁶.

El Código Procesal Penal de Guatemala (art. 26) permite la conversión de la acción penal pública en privada -persecución penal del ofendido-, en tres casos: Aplicación por el Ministerio Público de un criterio de oportunidad para prescindir de la persecución penal¹⁷⁷; delito perseguible por instancia particular, cuando quien está autorizado a instar lo pida y la fiscalía lo autorice y; delitos contra el patrimonio, con autorización de la fiscalía.

En nuestro derecho, el tema fue objeto del proyecto de reforma al Código Penal, que introducía criterios de oportunidad. En efecto, el art. 49 del proyecto de reforma elaborado por Righi, Baigún, Zaffaroni, entre otros, preveía que “El Ministerio Público Fiscal podrá fundadamente no promover la acción o desistir de la promovida ante el juez o tribunal hasta antes de la fijación de fecha para el debate oral, en los siguientes casos: a) Cuando se trate de hechos que por su insignificancia, no afecten gravemente el interés público, salvo que fuesen cometidos por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo; b) Cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público; c) Cuando la pena en expectativa carezca de importancia con relación a la pena ya impuesta y; d) Cuando exista conciliación entre las partes y el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos, salvo que existan razones de seguridad o interés público. En los supuestos de los incisos a) y b) es necesario que el imputado haya reparado

¹⁷⁶ MAIER, Julio B. J., *La víctima y el sistema penal*, citado, p. 245.

¹⁷⁷ Ello puede darse en casos de delitos no reprimidos con pena de prisión, delitos perseguibles por instancia particular, delitos cuya pena no supere los cinco años y en aquellos casos de mínima participación del imputado en el hecho. La aplicación del criterio de oportunidad provoca el archivo por el término de un año.

los daños y perjuicios ocasionados, en la medida de lo posible. La presentación fiscal será notificada a la víctima, quien deberá ser oída, pudiendo formular oposición. El juez o tribunal remitirá las actuaciones al fiscal de grado superior competente cuya resolución será vinculante.

Admitido el criterio de oportunidad, la acción pública se convertirá en acción privada. La víctima tendrá el derecho y el estado el deber de asegurarle el asesoramiento jurídico necesario cuando no pudiese afrontar los gastos en forma particular.

La querrela deberá presentarse dentro del término de sesenta (60) días hábiles desde la notificación de la resolución de conversión. Vencido el término, la acción penal quedará extinguida para el autor o partícipe en cuyo favor se aceptó el criterio de oportunidad, salvo el supuesto del inciso 1 en que los efectos se extenderán a todos los partícipes.

Ahora bien, tal como se mostró anteriormente, la legislación de Guatemala reguló el instituto al que vengo haciendo referencia en el código procesal, en tanto que en nuestro país se pensó como una reforma del código penal.

Ello dispara la controversia de una cuestión que a mi criterio no es menor, y se refiere a determinar en qué cuerpo legal deben incorporarse las disposiciones que receptan criterios de oportunidad, como lo es la conversión de la acción penal pública en privada.

La importancia de precisar la ubicación legal de los mecanismos de oportunidad radica en que, el texto legal en el cual se plasmen, hará depender el acceso del sometido a proceso a la aplicación del criterio.

Tal como se mostró anteriormente, existe una clara tendencia a incorporar a las legislaciones procesales locales diversos criterios que reflejan la recepción del principio de oportunidad. Sin embargo, en mi opinión, la incorporación de tales criterios en los ordenamientos procesales no resulta válida.

Ello es así pues, la regla general, en materia de división de competencias legislativas, es que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al gobierno federal (art. 121, CN). En este punto, el Congreso de la Nación ostenta la facultad exclusiva para dictar el Código Penal y las leyes complementarias (art. 75 inc. 12, CN).

Por su parte, las provincias, conservan plena competencia para legislar en materia procesal, pues, salvo que se trate de supuestos de materia procesal, son las provincias las que deben aplicar las disposiciones de fondo (art. 75 inc. 12, CN).

Lo expuesto se encuentra ratificado por otras disposiciones constitucionales como lo son los artículos 5¹⁷⁸, 122¹⁷⁹ y 126¹⁸⁰.

Dentro de los poderes delegados a la Nación, se incluyen los expresamente cedidos según la Constitución y también los implícitamente delegados, esto es, aquellos cuyo ejercicio por los poderes provinciales obstaría el ejercicio de las competencias constitucionales del Congreso de la Nación¹⁸¹.

Ahora bien, cuando la Constitución otorga al Congreso de la Nación la facultad de legislar en materia penal, hay que entender que ello incluye la potestad exclusiva para determinar qué conductas constituyen delito en nuestro país y, asimismo, cómo se castigan esos delitos.

En cuanto a la primera de las atribuciones señaladas, es claro que las provincias no están autorizadas a legislar en materia penal, suprimiendo o creando tipos penales.

En relación a la segunda –legislación de sanciones–, la competencia del Congreso lo habilita a regular: Cuales son las penas¹⁸², en qué consiste la pena¹⁸³ y cómo se determina

¹⁷⁸Establece que cada provincia dicta su propia Constitución “que asegure su administración de justicia”.

¹⁷⁹Las provincias “se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas”.

¹⁸⁰Prohíbe a las provincias ejercer el poder delegado a la Nación.

¹⁸¹En efecto, el art. 75 inc. 32 de la CN, además de atribuir al Congreso Nacional competencia para dictar el Código Penal, también lo faculta a “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”. Incluso el mismo art. 75, en su inciso 12, incluye un ejemplo de una ley procesal que debe ser dictada para toda la Nación por el Congreso Nacional, al atribuir a este órgano la facultad de elaborar las leyes “que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

¹⁸²En tal sentido, el art. 5 del Código Penal enumera las de reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

¹⁸³Ya sea en cuanto a su duración como a su modalidad. En tal sentido, el Congreso Nacional dictó la ley 24.660 –ley de ejecución de la pena privativa de la libertad–.

la pena¹⁸⁴. Y, en relación al tema que nos ocupa, observamos que el Congreso Nacional también tiene la atribución de determinar cuándo se persigue o se deja de perseguir un delito. Al respecto, es en el Código Penal, donde se incluyeron disposiciones basadas en criterios de política criminal, como las relativas a la prescripción de la acción¹⁸⁵ o a las exigencias que deben cumplirse para el ejercicio de la acción penal.

Como aquí se ha señalado, en relación de esta última cuestión, el legislador adoptó como principios generales los de legalidad y oficialidad en el ejercicio de la acción penal.

Se ha señalado que el caso de las disposiciones concernientes al ejercicio de la acción penal es un ejemplo elocuente de poderes implícitamente delegados por parte de las provincias al Congreso de la Nación¹⁸⁶.

Ello así, al adoptarse los principios de legalidad y de oficialidad en el ejercicio de la acción penal con relación a los delitos de acción pública, el legislador ha tomado una decisión en base a criterios de política criminal y ha determinado que todos los delitos que se estiman graves, deben perseguirse oficialmente, es decir, sin que el acusador deba aguardar ningún requerimiento de terceros.

Dicho de otro modo, si es el Congreso Nacional el órgano competente para establecer el régimen de persecución penal, también debe serlo para modificarlo mediante la regulación de criterios o mecanismos que alteren las condiciones para el ejercicio y las causas de extinción de la acción penal.

En este entendimiento, la regulación de institutos que impliquen consagrar la disponibilidad de la acción penal, tales como el de la conversión de la acción penal pública en privada, deben llevarse a cabo en el Código Penal, puesto que se trata de una cuestión de fondo, en tanto condiciona el funcionamiento de la actividad represiva.

¹⁸⁴En relación a lo cual, los artículos 26 y 41 del Código Penal, contienen criterios a seguir para individualizar la pena.

¹⁸⁵Arts. 62, 64, 63 y 67, C.P.

¹⁸⁶DE LA FUENTE, Javier y SALDUNA, Mariana, *Principio de Oportunidad y sistemas alternativos de solución del conflicto penal. La inconstitucionalidad de su regulación provincial*, en Revista de Derecho Procesal Penal, La actividad del Ministerio Público Fiscal, III, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 88.

Este ha sido el Criterio de Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes, en los cuales se declaró la incompatibilidad constitucional de aquellas disposiciones procesales provinciales que regulaban cuestiones que importaban una alteración de lo dispuesto en una ley de fondo¹⁸⁷.

Sin embargo la doctrina no se ha mostrado pacífica en este punto. Maier, siguiendo a Nuñez¹⁸⁸, quien se enrolaba en una postura sustancialista de la acción penal, considera que “el régimen de las acciones penales, de su ejercicio y su extinción, al menos entre nosotros pertenece al derecho penal material, no sólo porque sus reglas representan condiciones para la punibilidad de un hecho, sino, también porque se trata de decisiones políticas básicas, que definen el sistema penal y que deben regir igualmente para toda la República, razón de ser racional de la delegación por las provincias del poder legislativo en el Congreso de la Nación para sancionar ciertas leyes comunes, en una decisión

¹⁸⁷CSJN, 16/05/51, “Miranda, Luis A. y otro” (fallos: 291:400). En este precedente, la Corte señaló que si bien las provincias “pueden señalar las reglas de acuerdo con las cuales los procesos vinculados con (los códigos fundamentales que al Poder Legislativo le incumbe dictar), han de sustanciarse y terminarse, tal atribución no autoriza a destruir ni anular los preceptos de aquellas leyes fundamentales que al Congreso le corresponde sancionar”. Este criterio ha sido mantenido en forma constante en otros fallos: CSJN, 1967, “Nazareno, José y otros” (fallos: 264:468); CSJN, 1970, “Rouges, León c/ Aliaga García, Fernando Eugenio” (fallos: 276:376), PJN intranet.

¹⁸⁸Quien señala que “la acción penal representa...según los conceptos del Código Penal, no un derecho puramente formal de solicitar justicia ante los tribunales, requiriendo la actuación de la ley penal, sino la potestad de castigar en sí misma como derecho sustancial constitutivo de uno de los presupuestos de la imputación penal. Esa es la concepción material de la acción penal. Por pertenecer a la punibilidad del delito, tratándose del Derecho Penal común, su regulación corresponde al Congreso (art. 67, inc. 11). La regulación material de la acción penal comprende todo lo concerniente a la titularidad de su ejercicio, objeto, requisitos para su ejercicio y subsistencia. A las legislaciones locales les cabe la facultad de reglar lo referente a la estructuración de los organismos públicos encargados de la acusación y de regular las formas procesales para que la potestad represiva se haga valer en juicio” (NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal argentino. Parte general*, tomo II, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, ps. 127/128.)

contraria al modelo federativo utilizado por nuestros constituyentes para lograr el texto de la Constitución Nacional”¹⁸⁹.

De otro lado, Binder opina que “si se ha aceptado que deben ser las mismas provincias quienes deban organizar el proceso, es razonable también que ellas organicen el poder requirente y así sea aceptado sin mayor discusión. Si la acción está vinculada al poder requirente de los ciudadanos en cada provincia, es lógico que sea cada Estado provincial el que deba establecer las condiciones que llevan a poner en marcha los órganos de la persecución penal y el poder que ellas han organizado (...). Es irrazonable que el Congreso federal establezca las condiciones de eficacia de la persecución penal para realidades tan diversas como cada Estado provincial y que, si quisiera hacerlo, rompería justamente el equilibrio que busca compromiso mancomunado de todos los Estados con la eficacia de la legislación común”¹⁹⁰.

No estoy de acuerdo con esta postura. Considero que si aceptamos al Congreso Nacional como órgano competente para establecer el régimen de la acción penal, no es posible permitirle a las legislaciones provinciales alterar el sistema diseñado por el legislador nacional.

Ello porque, permitir que cada provincia establezca disposiciones que tienen que ver con el ejercicio de la acción penal resultaría contrario al principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN) e impediría la aplicación uniforme de la legislación penal en todo el país.

Dado que cada provincia podría modificar a su antojo los criterios que determinan la iniciación o extinción de la acción penal, el Código Penal ya no se aplicaría igualitariamente en todo el territorio de la Nación.

Considero que éste, es un argumento fundamental que debe tenerse en cuenta cuando se regulan criterios de oportunidad, toda vez que no resulta tolerable que, por ejemplo, la víctima de un delito que se cometió en una provincia que reguló criterios de oportunidad, pueda hacerse acreedora del mecanismo de conversión de acción penal pública en privada, y que tal beneficio se le niegue a la víctima de un hecho acaecido en territorio que contenga un ordenamiento procesal que no lo contemple.

¹⁸⁹MAIER, Julio B. J., *La renuncia de la acción privada y el abandono de la querrela*, NDP B-, 1997, p.748.

¹⁹⁰BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, citado, p. 209 y ss.

La misma conclusión se extrae respecto del imputado. Se produce una violación al principio constitucional de igualdad si el sometido a proceso no puede beneficiarse con la aplicación de tal mecanismo porque la ley procesal que se aplica a su respecto no lo incluye.

Por ello, creo que en este punto se debe ser claro: O se trata de una competencia nacional, o debe aceptarse que es una facultad provincial; pero no puede admitirse esas disposiciones convivan en el Código Penal y en los ordenamientos provinciales.

En mi opinión, la incorporación de tales criterios de oportunidad debe hacerse mediante una ley emanada del Congreso Nacional, pues el hecho de que se regulen en algunos ordenamientos si y en otros no, da lugar a una aplicación despareja de esos mecanismos, lo que resulta lesivo del principio constitucional de igualdad¹⁹¹.

Si bien los países de Guatemala y Argentina que se indicaron como receptores del instituto de la transformación de la acción penal pública en privada, regularon el sistema en diferentes ordenamientos, ambos tienen en común el haberlo previsto para que opere en determinados casos¹⁹².

A mi criterio, no debería haber problemas para que la conversión de la acción pública en privada tenga lugar para todos los delitos. Si el estado no tiene interés en la persecución, nada obsta a que la pueda ejercer el ofendido, independientemente del delito de que se trate, puesto que, de todos modos, siempre va a estar presente el juez para decidir si el reclamo de la víctima debe tener lugar o no.

Dicho de otro modo, la transformación de la acción no convierte a la víctima en acreedora a una condena judicial, sino que es una herramienta que le posibilita, en virtud de su interés, tomar parte en la persecución penal hasta que ésta llegue a su fin, y que un

¹⁹¹De esta opinión, DE LA FUENTE, Javier y SALDUNA, Mariana, quienes concluyen que: "...el sistema de reparto de competencias legislativas entre la Nación y las provincias que establece nuestra Constitución Nacional exige que esta clase de disposiciones sean introducidas en la legislación de fondo. Dicho de otro modo, si bien entendemos que es necesaria la consagración en nuestro ordenamiento del principio de oportunidad pensamos que su inclusión debe hacerse en el Código Penal de la Nación" (en *Principio de Oportunidad...* citado, p. 122).

¹⁹²En general, hechos insignificantes, delitos con penas bajas o susceptibles de ejecución condicional, delitos culposos, cuando la aplicación de la pena resulta desproporcionada, etc.

tribunal se expida acerca de la existencia de un delito que se ha cometido en su perjuicio, y la correspondencia o no, de aplicar una sanción.

Más importante es precisar hasta qué grado de evolución del proceso, podemos permitir que la acción penal se convierta. Ello porque, como venimos diciendo, no es posible tolerar que la persecución de la víctima vaya en desmedro de las garantías del imputado. En este análisis, el perjuicio para la situación del imputado tiene lugar ya sea si se instauran dos acusadores, ya sea si se permite que la persecución privada opere en un estadio en el cual el estado ya agotó la investigación y concluyó en que no había elementos suficientes como para responsabilizarlo de la comisión del hecho.

Dijimos que el proceso representa una suma de etapas tendientes a confirmar la hipótesis persecutoria inicial. A medida que se lo va transitando, se va corroborando la presunción originaria. Si ello es así, me parece factible que el instituto de la conversión pueda operar válidamente al inicio de la investigación. En este momento, si el fiscal decide no promover la acción o desistir la ya promovida, podría dejarse la persecución en manos de la víctima en tanto no es posible considerar que al inicio del procedimiento ya haya una imputación formal dirigida al imputado, a la que se sumará la persecución del ofendido.

También me parece posible que la transformación de la acción tenga lugar durante el transcurso de la instrucción, porque aún con una investigación preliminar puesta en marcha, todavía no podemos decir que el imputado se halle sometido a un riesgo actual de ser condenado y que la víctima, con su actividad, realizará una “doble persecución”.

Pero la conversión de la acción pública en privada no podría aplicarse con posterioridad a la clausura de la instrucción. Ello así pues, si el fiscal o el juez de instrucción, en virtud de las causales previstas legalmente, entienden que debe proceder el dictado del sobreseimiento, permitir que la persecución continúe por voluntad de la víctima, vulnera la garantía del *ne bis in idem*.

En este sentido, no puede autorizarse que el imputado, que debió soportar una investigación que concluyó con una solución desvinculante, por ejemplo, por falta de prueba que permita acreditar su responsabilidad en la comisión del hecho, deba afrontar nuevamente una persecución, ahora a cargo de la víctima, sometiéndose con ella a un nuevo riesgo de condena. Esta persecución, si bien no es simultánea a la realizada por los órganos estatales, sí es sucesiva, y conspira contra el derecho del imputado de no ser sometido a la expectativa que genera una nueva persecución.

Con mayor razón, la conversión no podría suceder en la etapa del debate, puesto que si el fiscal, tras transitar todos los pasos del procedimiento, concluyó en un pedido absolutorio, transformar la acción para que el ofendido inicie su persecución, hace peligrar la situación del imputado amparado por el *ne bis in idem*.

Si ello es así, la transformación de la acción penal pública en privada, que bien podría operar para todos los delitos, temporalmente, tendría una aplicación limitada, en tanto sólo podría llevarse a cabo en los primeros estadios del procedimiento penal.

Sin perjuicio de ello, la conversión de la acción penal no deja de ser una herramienta perfectamente utilizable para brindarle un mayor protagonismo a la víctima y que, aplicada de la manera señalada, ofrece la particularidad de no vulnerar los derechos del imputado.

En otras palabras, no existe una violación a su derecho de defensa en juicio, como vimos que ocurría si se admitía la participación conjunta del querellante, pues en ausencia de los órganos estatales, en caso de que el ofendido pretenda que su pretensión se ventile en un juicio oral y público, los principios que resguardan los derechos del imputado se mantendrían incólumes.

En efecto, de todos modos, existe un conflicto o controversia entre dos partes contrarias: la parte acusadora (el querellante) y el imputado con su defensa, que habilita un pronunciamiento jurisdiccional. Cuando el querellante realiza la persecución y formula la acusación, tampoco se viola ni restringe el derecho de defensa en juicio, pues la defensa cuenta con una referencia concreta a los elementos de cargo incorporados al juicio que debe rebatir.

Es decir, el querellante debe indicar cuáles son los hechos que estima probados, las pruebas en que se basa, la calificación legal y el pedido expreso de pena, todo ello con la debida fundamentación. Por ende, el imputado tiene de qué defenderse y cuenta con todos los datos necesarios para saber qué es lo que debe resistir. Por su parte, el tribunal se halla habilitado a condenar, en tanto cuenta con un pedido expreso de pena, realizado por el acusador privado.

Tampoco, la transformación de la acción penal, apareja la vulneración de la prohibición de *ne bis in idem* que, como advertimos, sucede si se da una persecución simultánea con la estatal o si se permite que la persecución de la querrela ocurra en una etapa avanzada del procedimiento. Por el contrario, se intentó pensar en un mecanismo

para que, en caso de darle lugar a la persecución privada, esta no actualice el riesgo de condena del imputado.

Por otra parte, vale la pena decir que, al dejarse la acción penal en manos del ofendido, no necesariamente la persecución debe concluir a la manera tradicional, esto es, con la realización del debate. Como señalara Bovino, la conversión de la acción penal pública en privada, le permite a la víctima jugar un papel decisivo en la definición del conflicto desde su punto de vista personal y le posibilita arribar a una conciliación con el imputado.

Esta es una gran ventaja si se mira el conflicto desde la óptica de los protagonistas, ya que como se dijo anteriormente, sólo con su participación se podrá hallar una solución integral al conflicto. Y puede resultar que al ofendido no le interese que el autor cumpla una pena de prisión sino que regrese las cosas al estado anterior al hecho que generó el conflicto -por ejemplo, que le devuelva la cosa robada-.

Ello así, la transformación de la acción penal abre la puerta a la reparación. La idea de utilizar la reparación en el sistema de sanciones jurídico penales es defendida por Roxin, quien propone construir la reparación, al lado de la pena, y la medida de seguridad como un “tercer carril del derecho penal”¹⁹³.

Explica el autor que así como la medida de seguridad sustituye o complementa la pena, en aquellos casos en los cuales esta última, en razón del principio de oportunidad no se puede justificar, la reparación sustituiría o atenuaría complementariamente a la pena, en aquellos casos en los cuales convenga mejor a los fines de la pena y a las necesidades de la víctima. Así como el principio de culpabilidad reclama el segundo carril de la medida, el principio de subsidiariedad suministra la legitimación jurídico- política de la reparación.

También agrega que la reparación es un instrumento de utilidad preventiva para el derecho penal y enuncia los efectos positivos que se derivan de ella.

– Por intermedio de la obligación de reparar, el autor es provocado a entenderse con los daños causados: Si el autor conoce a la víctima -en lugar de que ésta sea anónima y por ende, abstracta-, es posible lograr un acto de consternación interna que promueva la resocialización.

– La reparación es una prestación social constructiva cuya imposición puede ser vivida por el mismo autor – a diferencia de la pena privativa de la libertad-

¹⁹³ ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema de los fines de la pena* en *De los delitos y de las víctimas*, citado, p. 155.

espontáneamente, como plena de sentido y justa: Ella puede conducir, entonces, al reconocimiento del derecho.

– Luego, la reparación puede acarrear una reconciliación entre el autor y la víctima, sobre todo cuando ella se lleva a cabo voluntariamente: Así, si esa reconciliación, en el sentido de prevención integrativa, es premiada por la comunidad, la meta de resolver conflictos por vía de la resocialización, se alcanza sin menoscabo.

– Finalmente, la resocialización por medio de la reparación elude las objeciones que dificultan la realización del intento de resocialización por tratamiento: A la reparación le alcanza una limitación temporal -conforme con el principio de legalidad-, mientras que el tratamiento, teóricamente, debe tener una duración ilimitada y; la reparación no acarrea el peligro de una violación de la personalidad, amenazante en el caso del tratamiento. Asimismo, el procurar la resocialización por medio de la reparación evita las consecuencias desocializantes que por sí misma tiene la pena de prisión¹⁹⁴.

Así, se observa que la reparación, puede ser efectiva desde los puntos de vista preventivo general y especial.

Otros efectos positivos que pueden derivarse al dejar el conflicto penal en manos de sus dueños y la acción penal en poder de la víctima, son los siguientes:

1. La desburocratización del sistema penal: A nadie escapa la realidad por la que atraviesa nuestro sistema penal, con sus operadores judiciales -principalmente las fiscalías- saturados y apegados, por necesidad, a rutinas innecesarias. Este panorama, que refleja la actual crisis del principio de legalidad más arriba señalada, opera en perjuicio del imputado, a quien lo asiste el derecho de ser juzgado dentro de un plazo razonable. Asimismo, dentro de este argumento, puede señalarse -con Maier- que el ofendido es el mayor proveedor de conocimientos del acusador público, los que algunas veces, en la actividad o rama jurídica que abarca la actividad delictiva, son superiores a los del fiscal (por ejemplo, una entidad financiera defraudada, el derecho bancario o financiero y su realización práctica).¹⁹⁵ Por eso, su acción en el procedimiento, una vez interrumpida la actuación de los órganos estatales, activa la investigación y logra una descongestión, al menos cuantitativa, de la crisis judicial.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, p. 153

¹⁹⁵ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. II, cit., p. 661.

2. La consideración del imputado como sujeto de derechos: Cuando son los órganos estatales quienes llevan adelante la investigación, el autor queda en una clara situación de desventaja. Como se dijo, la persecución penal oficial, dotada del monopolio de la fuerza pública, rompe la ecuanimidad en la que deben encontrarse acusador y acusado. La incorporación de la víctima en el procedimiento, a través de la conversión de la acción penal, hace que la balanza retome su punto de equilibrio. El autor, inicialmente ubicado en un lugar inferior, puede erigirse en un sujeto que se encuentra en igualdad de condiciones para negociar con el ofendido la solución del caso. En este sentido, me parece importante destacar que deben tenerse en cuenta los esfuerzos que realice el autor para reparar el daño causado. Puede darse el caso de un autor financieramente imposibilitado que realice un trabajo de bien común remunerado cuyo producto debería después entregarse al ofendido. Y quizá, para la víctima, este es el único medio de recibir una compensación por el daño causado, toda vez que la misma no le llega si se impone una pena pública - Un autor penal encarcelado es privado de la posibilidad de hacer algo para reparar el daño ocasionado-.

3. La reducción de los extremos de violencia que administra el derecho penal: El ingreso de la víctima en la escena del proceso posibilita la realización del axioma de *ultima ratio* que caracteriza al derecho penal. En este sentido, al convertirse la acción en privada, el ofendido puede optar por una solución alternativa al ejercicio del poder punitivo y preferir recurrir a la vía de la reparación o de la mediación. Cualquiera de estas opciones, además de conceder un mayor poder de decisión a la voluntad del ofendido para proponer otra salida que sustituya a la pena, suaviza la situación del imputado, en tanto evita el ejercicio selectivo e irracional del poder. En apoyo de esta solución, se muestra Zaffaroni, al decir “Bienvenida sea la horizontalización en las soluciones de los conflictos, las vías de solución en reemplazo de los puros ejercicios de poder, la recuperación del papel protagónico de la víctima como parte del conflicto, la vuelta a la realidad del conflicto en procura de su solución y la reducción de un ejercicio selectivo e irracional de poder que degrada arbitrariamente, mediante una confiscación no siempre responsable, precisamente a quien sufre las consecuencias reales de la infracción”.¹⁹⁶

Maier dice que cuando se quiere mejorar la situación de la víctima, uno no puede evitar, al edificar esa nueva posición, golpear, y hasta derribar parcialmente, los

¹⁹⁶Citado por RUSCONI, Maximiliano, *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*, cit., p. 27.

fundamentos del sistema penal estatal: los fines expiatorios o preventivos de la pena y la función del derecho penal¹⁹⁷.

Sin embargo, creo que ha llegado la hora de que esos fundamentos, sino se derriben, por lo menos se atenúen, en tanto hasta el momento, las soluciones que de ellos derivan, en la práctica, no han rendido sus frutos.

El plus de reacción estatal que, como consecuencia de la afectación general que provoca el delito, se aplica, no sólo no logra cumplir su objetivo de prevención, puesto que las verificaciones empíricas en torno a la pena como método correctivo o disuasivo son absolutamente negativas¹⁹⁸, sino que además, tampoco alcanza a satisfacer el interés privado del afectado por el delito, puesto que le impide elegir una solución alternativa al desarrollo del proceso para dirimir el conflicto.

Por lo demás, la violencia social que se pretende prevenir (denominada “venganza privada”), se reactiva con el propio sistema, y no hace otra cosa que generar más violencia.

También se puso de relieve el absurdo al que se llega cuando se establecen modelos en donde se impone la obligación de perseguir absolutamente todos los delitos, sin lugar a criterios que racionalicen esa selección.

Por ello, la intervención de la víctima que aquí se propone mediante la conversión de la acción penal pública en privada, cuando el estado no ejercita su pretensión penal, coadyuva a paliar algunos de los problemas que causan la crisis del sistema de enjuiciamiento, de la cual hemos realizado una rápida y panorámica visión.

Y vale la pena destacar, que la posición de privilegio que los tratados internacionales de derechos humanos le aseguran a la víctima en la consideración del hecho punible, se logra sin afectar los derechos de quien se ubica del otro lado del triángulo, el que ahora si descansa sobre su base, en su ángulo superior representa al juez, y en los dos inferiores a las partes.

Ello permite que víctima y autor, ambos erigidos en protagonistas, en condiciones de igualdad, puedan solucionar el conflicto e incluso lograrlo mediante la aplicación de mecanismos menos violentos que la imposición de una pena privativa de la libertad, como lo son la reparación y la mediación.

¹⁹⁷ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. II, cit., p. 588.

¹⁹⁸ El resultado de los esfuerzos resocializadores actuales es tan desilusionante que solo ya por ese motivo se debe emprender algo nuevo.

En este enfoque, quien sufrió las consecuencias reales de la infracción, tiene poder de disposición sobre la acción; y al imputado, poco le importará quien lo acuse, pero, en cambio, estará sumamente interesado en saber cuál es la consecuencia jurídica que le puede ser aplicada.

Capítulo V:

Conclusiones

Los razonamientos anteriores pueden sintetizarse en las siguientes ideas centrales:

1. Tras haberse efectuado un estudio comparativo de los sistemas de persecución penal de Francia, Inglaterra, Estados Unidos y Argentina, se concluyó en que todos los países contemplan la intervención de la víctima en el régimen de persecución, aunque el alcance que cada uno de ellos le otorga, es diferente.

Así pues, se observó que Francia -de ascendencia inquisitiva, igual que Argentina- le posibilita a la víctima de un delito de acción pública -a través de la constitución de parte civil en el proceso penal- poner en movimiento la acción para reclamar la reparación de su perjuicio, pero no le permite ejercerla, en tanto el ejercicio de la acción penal es una facultad privativa del Ministerio Público.

También se mostró que en los países de tradición jurídica anglosajona, en donde la mayoría de los casos son el resultado de la actividad policial, la participación de la víctima en la investigación oficial es limitada. En efecto, en Inglaterra, aquella no puede iniciar en solitario una investigación o dirigirla, en tanto dicha tarea la cumple el Servicio de Persecución Penal de la Corona, a cargo del Director de Persecución Penal Pública, institución que tiene el deber de ocuparse de la persecución penal en todos los casos iniciados por la policía. De modo similar, en Estados Unidos, se vio que si bien la víctima puede contratar a su abogado, en general, los tribunales le confieren al fiscal la facultad exclusiva de iniciar las acciones penales y, cuando se les reconoce a los particulares el derecho a presentar una acusación preliminar, tal prerrogativa se funda en disposiciones legales y se puede ejercer sólo por delitos específicos. Por otra parte, ningún ciudadano puede iniciar una acción penal, ante la falta de aprobación, autorización y acuerdo del fiscal general del distrito.

En comparación con Argentina, fue dable observar que la participación que los tres países estudiados le confieren a la víctima de un delito de acción pública en la persecución penal, no comporta la existencia de dos partes ejerciendo la acción penal. Por lo tanto, en aquellos modelos, no es posible que más de un sujeto realice una investigación o formule una acusación en contra del imputado.

2. Luego se estudió la regulación de la cuestión en nuestro derecho federal. Así, se pudo determinar que en el derecho argentino, la persecución penal se encomienda a un órgano estatal -Ministerio Público Fiscal-, quien tiene la obligación de iniciar de oficio todas las acciones penales por delitos de acción pública. También se le otorga a la víctima de un delito de acción pública la facultad de constituirse en parte querellante en el proceso penal e impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir. El alcance de la intervención conferida es amplio, al punto que se le permite acusar autónomamente, esto es, sin depender de la acción que decida emprender el fiscal al finalizar la investigación preparatoria o en el debate.

La regulación de dos partes con la facultad de formular acusación contra el imputado es capaz de generar en nuestro país situaciones de actuación discordante. En esos casos, los tribunales han debido expedirse y sus pronunciamientos, mayormente, lo han sido en el sentido de hacer contar la voluntad del acusador privado en el régimen de acción pública, tal como se intentó mostrar en la reseña jurisprudencial de los precedentes de la Corte Suprema, tribunal que entiende que la acusación constituye un presupuesto ineludible de la condena, pero es indiferente que sea efectuada por el acusador público o por el querellante.

Cabe destacar que los tribunales inferiores de nuestro país, han ido delineando su jurisprudencia en el sentido señalado por la Corte, por lo cual, hoy en día la tendencia jurisprudencial que se observa es la de conferirle autonomía a la víctima de un delito de acción pública para realizar los actos trascendentales de impulso de la acción penal, cual es formular acusación.

3. A continuación, se pudo advertir que la regulación actual del querellante, es decir como sujeto eventual pero conjunto a la actividad persecutoria estatal, pone en crisis los postulados de nuestro sistema penal y perjudica la situación del imputado.

En efecto, se tuvo en cuenta que la regla, en los delitos de acción pública, está dada por la reacción directa del estado ante la *notitia criminis* y la apropiación del conflicto para su solución, de oficio -principio de legalidad-. Las excepciones están previstas en el

Código Penal, para aquellos casos de delitos de acción privada y delitos dependientes de instancia privada, en los cuales, la voluntad del ofendido adquiere mayor autonomía.

Si ello es así, en nuestro derecho penal, la voluntad del querellante no tiene virtualidad para privar la persecución penal del estado por delitos de acción pública. A causa de la intervención estatal, el interés concreto de la víctima, se torna irrelevante para frenar dicha intervención. Ello es así, en tanto se considera que ciertos bienes jurídicos, por trascender el interés de su portador, son indisponibles y la voluntad del ofendido no puede prosperar. De esta forma, se dijo que conferirle al ofendido una autonomía que la ley no le da, es violatorio del principio de legalidad.

También se hizo notar que la voluntad del querellante tampoco cuenta en la etapa crítica de la instrucción. El CPPN le permite al juez dictar el sobreseimiento en cualquier estado de la instrucción y, cuando no lo ha dictado, lo obliga a hacerlo, aún cuando no esté de acuerdo, por decisión de la Cámara de apelaciones requerida en consulta para el caso de que la fiscalía requiera el sobreseimiento por estimar que no corresponde acusar y remitir la causa a juicio, o en el caso de que sólo el querellante acuse, requiriendo la remisión de la causa a juicio (art. 348, 2do. párrafo).

Con ello, se dijo que, la ley argentina no permite que la sola voluntad del ofendido provoque el juicio, en tanto requiere que la cuestión sea resuelta por un órgano judicial de control, cual es la Cámara de apelaciones.

Entonces, en consideración que el querellante no puede, por su propia voluntad promover el juicio ni impedirlo, se concluyó que en nuestro país tiene carácter adhesivo. Es decir, precisa de la actividad acusatoria de la fiscalía para subsistir y no tiene virtualidad para suspender la persecución oficial. No obstante, se mostró que la figura del querellante se reguló dotada de ciertos rasgos de autonomía pues se le confieren amplias facultades de impulso del proceso, de aporte de elementos de prueba, de argumentación y contradicción sobre el mérito de esta última, y de la posibilidad de interponer recursos para provocar el control de los tribunales de Alzada.

Teniendo ello en cuenta, se consideró que no es factible entender que la participación que la ley procesal le confirió al querellante es autónoma, puesto que tal razonamiento resulta incompatible con los postulados del derecho penal y del estado de Derecho, en tanto acarrea la transformación de la persecución penal pública en privada, en clara contravención a la voluntad legislativa en virtud de la cual la persecución penal se ejerce por órganos del estado.

4. Por otra parte, se señaló otro argumento de fundamental importancia para descartar el carácter conjunto de la participación del querellante. A esta tesis se arribó tras estudiar la posición que en el procedimiento ocupa el imputado. En primer lugar, se dijo que no es posible prescindir de la existencia de la persecución penal oficial en tanto ella viene dada por el sistema penal que nos rige. También se tuvo en cuenta que la persecución estatal, de por sí, coloca al autor en un lugar sumamente desventajoso, puesto que no existe una igualdad de armas entre las partes y el autor no puede equiparar los medios investigativos propios del estado. A su vez se indicó que, el agregar a dicha investigación la concurrencia del ofendido, dotado de facultades de actuación autónomas a la del fiscal, implica que la situación del imputado sea aún más perjudicial. Máxime teniendo en cuenta que la actuación del ofendido no estará guiada por los principios de objetividad y legalidad que gobiernan, necesariamente, la actividad del acusador público.

En efecto, se pudo determinar que si a la actuación obligatoria del fiscal y del juez de instrucción, acompañados de la intervención auxiliar de la policía y de peritos, se le suma la intervención del querellante, con potestad de acusar, se logra una desigualdad real entre quien acusa y quien soporta la persecución penal, en desmedro de su derecho constitucional de defensa en juicio y de la prohibición de *ne bis in idem*.

En relación a la primera, se hizo notar que si el fiscal no es el titular exclusivo de la facultad persecutoria, el imputado eventualmente deberá soportar más de una acusación y, se verá enfrentado a defenderse frente a múltiples imputaciones de hechos, bajo uno o más significados jurídicos. Ello implica que ambas acusaciones podrán ser objeto del juicio y el imputado deberá defenderse de ambas. Asimismo se advirtió que, la facultad defensiva de objetar la elevación a juicio, no puede utilizarse para criticar la acusación “desmedida”, tanto del querellante como del fiscal, para limitarla convenientemente, pues aquella facultad está concedida para instar el sobreseimiento; con lo cual, el imputado tiene escasas, sino nulas posibilidades de objetar una acusación desmesurada.

En lo referente a la segunda, se la entendió en un sentido amplio, apta para proteger al autor, no sólo de una nueva condena sino también de una nueva persecución. Así, se indicó que la intervención conjunta del ofendido, expone al autor a un nuevo riesgo de condena. En efecto, lleva a que deba afrontar el peligro que comprende la persecución penal oficial (policial, fiscal, jurisdiccional) guiada por los principios de lealtad, objetividad e imparcialidad, y el que acarrea la persecución privada, ambas tendientes a atribuirle participación en un hecho delictivo.

Por estos fundamentos, se concluyó que las derivaciones que arroja la participación conjunta del querellante para la situación del imputado, -la vulneración de la garantía de defensa en juicio y la prohibición *ne bis in idem*-, no pueden tolerarse y, en consecuencia, impiden categóricamente otorgarle mayor protagonismo en el escenario procesal.

En virtud de lo expuesto, se concluyó que nuestro escenario procesal actual sólo puede tolerar la intervención de un querellante adhesivo. Ello supone que actúe como un colaborador y controlador de la actuación de la fiscalía, pudiendo en este sentido, señalar vicios de sus requerimientos para que sean corregidos o ampliados, objetar el sobreseimiento y obligarlo a formular acusación, pero que no se le permita ejercer la persecución por sí, vale decir, acusar o recurrir, en forma autónoma.

5. Finalmente, se mostraron algunos de los problemas por los que actualmente atraviesa el sistema de enjuiciamiento actual, los que impiden que la persecución penal se ejerza con eficacia, apreciándose que estos inconvenientes alcanzan a la víctima. Así pues, se destacó que el sistema penal actual, principalmente por la vigencia del principio de legalidad, no le otorga el protagonismo que merece por ser la titular del bien jurídico vulnerado por el delito.

Se hizo hincapié en la protección constitucional de la víctima que, a partir de la reforma constitucional de 1994 originó un nuevo paradigma, como consecuencia del cual se considera que las garantías judiciales de máximo nivel son de carácter bilateral, porque alcanzan tanto a la víctima que reclama justicia ante los tribunales penales como al acusado. En este entendimiento, no se puede restringir el acceso de la víctima de defender su derecho vulnerado por el delito.

Por eso, se dijo que el acceso a la justicia que constitucionalmente se le reconoce a la víctima le permite participar en el proceso penal.

Se recordó que la víctima, al igual que el autor, es protagonista en el conflicto que subyace al delito y que los tratados internacionales de derechos humanos le confirieron reconocimiento constitucional para que acuda a un juez en tutela de sus derechos.

Entonces, se ensayó una propuesta orientada a brindarle mayor protagonismo en la escena de decisión del conflicto sin dejar de tener en cuenta que el autor es el principal destinatario de la protección constitucional que brindan los instrumentos internacionales, atento a lo cual, se consideró que en el afán de mejorar la situación de la víctima, no es factible perjudicar la de aquel.

Así pues, se propuso la recepción de criterios de oportunidad, que posibiliten la vigencia del instituto de la conversión de la acción penal pública en privada, que receptan algunos códigos procesales, como el de Guatemala. Este mecanismo permite que un delito de acción pública se convierta en delito de acción privada, sólo perseguible por el acusador particular, sin intervención alguna del Ministerio Público.

En cuanto a la regulación del mencionado mecanismo, teniendo en cuenta el reparto de competencias legislativas que establece nuestra Constitución Nacional, se creyó conveniente su introducción en la legislación de fondo. Ello permite mantener el adecuado equilibrio que debe existir entre las provincias y la Nación en el ejercicio de las atribuciones legislativas que les son propias y, además, es la única forma que posibilita lograr que los criterios de oportunidad sean aplicados de manera igualitaria y uniforme en todo el territorio nacional.

Se consideró que la señalada, es una herramienta perfectamente utilizable para brindarle un mayor protagonismo a la víctima, cuando el estado cesó su voluntad de perseguir, y se propuso un mecanismo de aplicación que, ofrece la particularidad de no vulnerar los derechos del imputado.

Así, se estableció que si bien es posible que la transformación de la acción rija para todos los delitos, sólo puede aplicarse hasta la clausura de la instrucción, en tanto si, en este estadio, los órganos estatales encargados de la persecución penal pública, en virtud de las causales previstas legalmente, entienden que debe proceder el dictado del sobreseimiento, permitir que la persecución continúe por voluntad de la víctima, vulnera la garantía del *ne bis in idem*. Ello por considerarse que se somete al imputado a una persecución penal sucesiva -en manos de la víctima- que actualiza el riesgo de ser sometido a una condena.

Por su parte, se observó que la conversión de la acción no produce alteración alguna al derecho de defensa en juicio, habida cuenta que, al acusar la víctima, la defensa del imputado cuenta un una referencia concreta a los elementos de cargo incorporados al juicio que debe rebatir, y el tribunal cuenta con una acusación que habilita su pronunciamiento.

Incluso, se remarcó que al hallarse la acción en poder de la víctima, esta puede optar por aplicar un mecanismo alternativo a la solución tradicional -reparación, mediación- que además de permitirle solucionar el caso de una manera óptima, ofrecen otras ventajas, a saber: Descongestionan la actividad estatal en tanto el caso pasa a manos

de la víctima; erigen al imputado en un verdadero protagonista, que encuentra en igualdad de condiciones para negociar con el ofendido la solución del caso. Y la más importante, reduce los extremos de violencia que administra el derecho penal, circunstancia que redundará en beneficio del imputado, quien no necesariamente deberá soportar una consecuencia jurídica tan dolorosa como la sanción penal tradicional; y que permite la realización de la máxima según la cual el derecho penal ha de revestir siempre carácter subsidiario.

Bibliografía utilizada

- BIDART CAMPOS, Germán J., *Las facultades del querellante en el proceso penal. Desde "Santillán" a "Storchi"*, NAMER, Sabrina, comp., Ad-hoc, Buenos Aires, 2008.
- BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc. Buenos Aires 2005.
- BINDER, Alberto, *Legalidad y oportunidad*, en Estudios sobre la Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. J. MAIER, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- BISOGLIO, Juan Carlos y SANCHEZ FREYTES, Alejandro; *El querellante conjunto. Conveniencia de su participación*, Semanario Jurídico. Tomo XXXVI; Córdoba: Comercio y Justicia, s/f.
- BERTOLINO, Pedro J., *Código de Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires, comentado, concordado y anotado con jurisprudencia*, 3ra. Edición, Depalma, Buenos Aires, 1991.
- BERTOLINO, Pedro J., *El Funcionamiento Del Derecho Procesal Penal: Interpretación, determinación, integración, aplicación*, Depalma, Buenos Aires.
- BOVINO, Alberto, *Contra la legalidad*, en No hay Derecho, año III, n° 8, s/ed., Buenos Aires, 1992.
- BOVINO, Alberto, *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*, en Lecciones y Ensayos, n° 59, Ed. Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 1994.
- BOVINO, Alberto, *Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado*, en Problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- BOVINO, Alberto, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, en Revista electrónica de Derecho Penal Online, 27/12/2005, disponible en www.derechopenalonline.com
- BOVINO, Alberto, *El querellante en los delitos de acción pública en algunos códigos latinoamericanos*, Pensamiento penal del sur, volumen 2, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2006.
- CAFFERATA NORES, José, *Asociación ilícita y "non bis in idem"*, LL, 1999.
- CAFFERATA NORES, José I., *El principio de oportunidad en el Derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas*, Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, t. 1992 A.

- CAFFERATA NORES, José, *Las facultades del querellante en el proceso penal desde "Santillán a Storchi"*, NAMER, Sabrina, comp., Ad-hoc, Buenos Aires, 2008.
- CAFFERATA NORES, José I., *Proceso Penal y Derechos Humanos La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- CARDENAS, Juan, *La víctima en el proceso penal*, Nueva Doctrina Penal, 1999-B, Ed. del Puerto, Buenos Aires.
- CARRIO, Alejandro, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1990.
- CHRISTIE, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, en De los delitos y de las víctimas, MAIER, Julio B. J., Ad -Hoc, Buenos Aires, 1982.
- D'ALBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación*; Abeledo Perrot, 1999.
- DE LA FUENTE, Javier y SALDUNA, Mariana, *Principio de Oportunidad y sistemas alternativos de solución del conflicto penal. La inconstitucionalidad de su regulación provincial*, en Revista de Derecho Procesal Penal, La actividad del Ministerio Público Fiscal, III, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.
- DIAS, Horacio, LOSTEAU, María y TEDESCO, Ignacio, *El sistema procesal penal francés*, trabajo presentado en el seminario Sistemas procesales penales comparados, a cargo del Prof. Dr. Edmundo Hendler, junio de 2007. www.catedrahendler.org.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2005.
- FLEMING, Abel y LOPEZ VIÑALS, Pablo; *La acusación particular*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2007.
- FLEMING, Abel y LOPEZ VIÑALS, Pablo, *Garantías del imputado*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2007.
- GARCIA, Eduardo A, *El querellante, la acción popular y la reforma procesal de Buenos Aires*, Jurisprudencia Argentina 1943 II, sección doctrina.
- GARCIA, Luis M., El caso "Quiroga" o el primer golpe de demolición al actual sistema de enjuiciamiento criminal en el orden nacional. Reconstruyendo entre las ruinas hasta que se acuerde un plan de construcción alternativo, en Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Leonardo G. PITLEVNIK dirección)-
- HENDLER, Edmundo, *El ejercicio de la persecución penal pública. Antecedentes históricos y comparados*, www.catedrahendler.org.

- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal, tomo I, Fundamentos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, t. II, Parte general. Sujetos Procesales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- MAIER, Julio B. J., *El sistema penal hoy: Entre la inquisición y la composición*, Derecho Penal n° 2, Rosario, 1993, Ed. Juris.
- MAIER, Julio B. J.; *La víctima y el sistema penal* en De los Delitos y de las Víctimas, Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, 1982.
- MAIER, Julio B. J., *Las facultades del querellante en el proceso penal desde "Santillán a Storchi*, NAMER, Sabrina, comp., Ad-hoc, Buenos Aires, 2008.
- MAIER, Julio B. J., *La renuncia de la acción privada y el abandono de la querrela*, NDP B-, 1997.
- MARTÍNEZ, Santiago, La acusación como presupuesto procesal y alegato absolutorio, p. 43 y el mismo autor, El querellante en el proceso penal...y después de "Santillán" ¿qué? Acerca de las posibles consecuencias del fallo "Santillán" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 10 "A", Ad Hoc, Bs. As., 2000.
- MENDAÑA, Ricardo J., *Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad*, www.pensamientopenal.com.ar.
- MENDAÑA, Ricardo J.; *La reforma procesal penal y una nueva relación del Ministerio Público con las víctimas del delito*, en Pensamiento Penal del Sur, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 28-MAY-09, Volumen: 3.
- NAVARRO-DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo I, Hammurabi, Buenos Aires.
- PALACIOS, Juan Carlos; *¿Es la querrela un medio legítimo de inicio de un proceso penal por delito de acción pública? A propósito de dos decisiones contradictorias*, en La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal - I. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2007.
- PEREYRA, Pablo E., *Modelo acusatorio y persecución penal estatal. Sobre los aciertos y desaciertos en la disputa por la relevancia de las conclusiones del Ministerio Público Fiscal*, Nueva Doctrina Penal, 2002 A.
- ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema de los fines de la pena* en De los delitos y de las víctimas, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1982.

RUSCONI, Maximiliano, *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2008.

SIENRA MARTINEZ, Agustina, *La facultad del Ministerio Público de recurrir la sentencia en contra del imputado. Su inconstitucionalidad en Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Edmundo S. HENDLER (comp.); Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1986.

VITALE, Gustavo L., *No hay condena sin acusación fiscal. A propósito de un fallo del Tribunal Superior de Neuquén*, Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado, Año V, N° 9, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.