

El querellante en el nuevo Sistema Penal



DR. SEBASTIÁN JOSÉ SUÁREZ MÓNACO

Secretario del Juzgado de Primera Instancia de Distrito
en lo Penal Correccional. Melincué.

DR. MARIANO RÍOS ARTACHO

Secretario del Juzgado de Primera Instancia de Distrito
en lo Civil, Comercial y Laboral. Melincué.

La discusión acerca de los alcances de la participación de la víctima en el proceso seguido contra el presunto autor de un delito de acción pública es una cuestión que se debate actualmente con pasión tanto en la Argentina como en toda Latinoamérica.

Es por ello que con este trabajo se procura analizar el tratamiento del «querellante» por parte del Derecho Argentino, a fin de que al culminar con la lectura del mismo se logre tener conocimiento del estado de la cuestión y se puedan formular conclusiones respecto de la conveniencia o inconveniencia de su inclusión en el proceso penal, como así de las problemáticas que trae aparejada su utilización.

La cuestión en la Argentina.

A nivel nacional, en el año 1882 Manuel Obarrio en su Código de Procedimientos en materia penal se estableció como facultades del Ministerio Fiscal la de promover y ejercitar todas las acciones que nacían de delitos que alterarían el orden público, sin importar el medio por el cual se tomaba conocimiento de la infracción. Además se estableció la figura del querellante bajo la forma de acción popular que habíamos heredado de España¹. Sin

embargo la constatación empírica demostraba que los particulares no intervenían en las causas penales. Empero a pesar de poder intervenir en el proceso como querellante, en la mayoría de las legislaciones procesales, lo era con facultades muy limitadas. Lo que llevó a Maier a decir que la víctima era verdaderamente un «convidado de piedra»².

Por su parte autores como Levene (h) se pronunciaron a favor de suprimir la intervención del querellante conjunto en el proyecto original del CPPN en su artículo 6°. Dicha era idea también era compartida por Veléz Mariconde quien sostenía que el carácter netamente público del procedimiento penal vedaba toda la intervención del ofendido por el delito.

Sin embargo con el paso del tiempo la víctima fue ganando terreno en el proceso situación originada en gran parte por la lentitud de los juicios penales fruto del abarrotamiento de las causas judiciales que hacen muy dificultosa la tarea de una sola persona (acusador público) lleve adelante la acción penal. Así se establecieron progresivamente funciones de promoción y ejercicio de todas las acciones situación que se mantuvo hasta implementación del actual Código Procesal Penal de la Nación [Ley 23.984, Año

1991]. En él, el primer rol del Ministerio Fiscal es el de guardián de la legalidad del proceso penal, tanto como titular de la acción como responsable de su impulso en pro de los intereses de la sociedad.

En el plano constitucional, nuestra Carta Magna mediante la reforma de 1994 le otorgó jerarquía constitucional. Es el único órgano que se encuentra fuera de la división clásica del poder (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) ya que posee un aparato normativo especial, motivo por lo cual parte de la doctrina lo ha llamado el cuarto poder. dispone en su artículo 120 que «el Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tienen por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República».

Como se puede advertir expresamente nada dice respecto de la titularidad de la acción penal, por lo que podemos concluir que en sentido estricto no existe un deber constitucional de perseguir todos los delitos por el Ministerio Público Fiscal.

Al respecto, Germán Bidart Campos sostuvo que si bien es cierto que el Ministe-

rio Público tiene el deber de ejercitar la acción penal dentro del proceso, también es cierto que nada desmiente acerca de que el querellante pueda asumir idéntica función procesal, aun ante la omisión del fiscal, impulsando, tramitando y concluyendo el proceso con su pretensión punitiva. De este modo se cumple con las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso³.

Recién en la normativa infraconstitucional encontramos una mención expresa a la acción penal. Es en el artículo 71 del Código Penal⁴, que consagra la oficialidad de la persecución penal en manos del Ministerio Público Fiscal. Con su entrada en vigencia se generan dos líneas de discusión que se mantienen hasta el presente: la primera refiere a la usurpación en que habría incurrido el Congreso Nacional al regular mediante una ley sustantiva lo referido a la acción penal y la segunda refiere a si por la incorporación de dicho se ha abolido la figura del querellante. De esta discusión nos ocuparemos más adelante.

En materia jurisprudencial, el puntapié inicial para reconocer la autonomía del querellante esta dado por el caso «Santillán» de fecha 13-08-1998 en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación

sostuvo que el requisito de la acusación permite la defensa en juicio del imputado, sin que quepa distinguir en cuanto al carácter público o privado de ésta, por lo que en el caso en análisis el querellante podía llevar adelante la acusación en el debate oral, pese al pedido desincriminatorio del Ministerio Público Fiscal al momento de alegar.

El principal argumento esgrimido fue que todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada 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. Lo dicho por la Corte Suprema, no sólo se encuentra consagrado en nuestra Carta Magna en el art. 18 sino que también surge de Tratados incorporados por la misma y que tienen jerarquía constitucional: como ser el derecho de concurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia previsto en el art. 8 párrafo primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵ y el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶.

Posterior al mismo siguieron pronunciamientos como el del caso «Ascolese» (30/12/2003) en el que la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal resolvió confirmar el pedido de desestimación por inexistencia de delito efectuado por la Fiscalía, pese al pedido en sentido contrario de la parte querellante. Lo importante aquí fue que los jueces analizaron la cuestión de fondo previo a arribar a un pronunciamiento confirmatorio del sobreseimiento recurrido, entendiendo que el proceso podría haber continuado con la querrela como única parte acusadora. Es decir, en el caso se hizo extensiva la doctrina del fallo mencionado ut supra a todas las etapas del proceso.

En el caso en cuestión se pronunciaron en este sentido los Doctores Bruzzone y Elbert, votando en disidencia el Doctor Edgardo Alberto Donna quien sostuvo: «queda claro que el delito no es una cuestión privada, aun en los casos de los delitos llamados de acción privada. No se trata, como se ha dicho, de un conflicto entre las partes, sino todo lo contrario. Es la subsistencia de la sociedad democrática y social que está comprometida con la comisión de este tipo de delitos. Cuando se mata a una persona, más allá del dolor de las personas allegadas a la

víctima, lo que está en juego con la pena es que se ha puesto en duda el valor de la vida humana y eso sólo se vuelve a su lugar con la pena, cuando el Estado reafirma el valor de la vida».

En el caso «Linares» la Cámara Nacional de Casación Penal de fecha 06-06-2005 se dijo que cuando hay un particular damnificado constituido en parte querellante y éste impulsa la acción, sin perjuicio de la opinión del Ministerio Público Fiscal, la jurisdicción se ve obligada a analizar la viabilidad del pedido, continuando en su caso la causa su estado, teniendo a la querrela como parte acusatoria y al Ministerio Público Fiscal como parte necesaria, aunque sólo para defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad.

De todo lo dicho podemos concluir que la jurisprudencia mayoritaria a partir del caso «Santillan» ha aceptado la autonomía del querellante aun antes de la etapa intermedia e incluso extendiéndolo algunos hasta el inicio del mismo.

Adentrándonos a lo que sucedía en el ámbito de la provincia de Santa Fe, encontrábamos un procedimiento escrito, burocrático, netamente inquisitivo –en manos de un Juez Instructor-, en don-

de la víctima veía arrancado de sus manos el conflicto penal. Paradójicamente aquella persona que más había sufrido como consecuencia del delito, se encontraba prácticamente al margen del proceso penal. Su intervención estaba limitada a la posibilidad de constituirse como parte civil.

Sin embargo, a fines de la década del ochenta y principios del noventa comenzaron a escucharse algunas voces de cambio respecto del proceso de enjuiciamiento penal. Ellas fueron en sus comienzos muy resistidas. El «nuevo proceso» suponía un giro copernicano: abrazaba el sistema acusatorio, incorporaba el criterio de oportunidad (reglada), investía de protagonismo a la víctima. Fue con la sanción de la Ley 12.734 (Año 2007) que esta tan anhelada y demorada reforma pudo llevarse a cabo.

Protagonismo de la víctima y su legitimación progresiva en el Nuevo Código de Procedimiento de Santa Fe

La víctima deja estar excluida en el trámite del proceso y pasa a tener un rol preponderante, se ubica en una posición igualitaria con el Ministerio Fiscal, puede coadyuvar constituyéndose como quere-

Secretarios

El querellante en el nuevo Sistema Penal

llante en los delitos de acción pública e incluso sustituirlo en su rol de acusador, a través de los mecanismos de conversión de la acción penal.

Esta privatización de la persecución es admitida en los siguientes supuestos: en primer lugar si el fiscal obtiene a través del Juez de la Investigación Penal Preparatoria la aplicación de alguno de los criterios de oportunidad que prevé el art. 19 y que lo habilitan a no promover o prescindir de la acción. Y en segundo lugar cuando el actor público dispone la desestimación de la denuncia o de las actuaciones policiales o archiva la Investigación Penal Preparatoria y luego la víctima disconforme, agota infructuosamente las distintas instancias de reclamo y control dentro del Ministerio Público Fiscal (ocurrir ante el Fiscal General y luego ante el mismo Procurador General).

En estos casos el ofendido cualquiera fuera el delito puede asumir como parte con el carácter de acusador exclusivo y continuar el trámite por el procedimiento de querrela regulado para los delitos de acción de ejercicio privado. En estos supuestos, notificada la víctima tiene sesenta días para presentarse y constituirse como parte querellante.

Como podemos advertir, estas normativas entran en colisión directa con el mencionado art. 71 del Código Penal Argentino, que consagra como regla la oficialidad de la persecución penal. Encontramos entonces que el Derecho Procesal Penal avanza por sobre el Derecho Penal material.

En este marco se suscita la problemática que refiere a si las provincias pueden introducir en sus procedimientos criterios de oportunidad. Existen al respecto diversas posiciones: para un sector de la doctrina la regulación de criterios de oportunidad por parte de las provincias, rompe un principio fundamental que es la aplicación uniforme del derecho penal en todo el país. Entre ellos se encuentra, paradójicamente, el prestigioso profesor procesalista José Ignacio Cafferatta Nores. El razonamiento es el siguiente: de permitirse la introducción por las provincias de criterios de oportunidad reglada, un mismo hecho de robo puede conducir en la provincia de Santa Fe –con el código recientemente sancionado– a un sobreseimiento por el arreglo (sea por pago o reparación); mientras en la provincia de Buenos Aires determinar la aplicación de una pena.

Además existe otro argumento relevante para esta postura; cuál que los Trata-

dos Internacionales incorporados por la Constitución Nacional Argentina reconocen determinados derechos y garantías y quien responde en caso de desigualdades u omisiones es el Estado Federal.

Otro sector de la doctrina ha sostenido la tesis contraria. La Constitución Nacional no contiene regulaciones expresa respecto del régimen de la acción penal. Así se pronunciado Binder diciendo que la eficacia de la legislación común es un problema de derecho público provincial. Además la titularidad del ius persecuendi recae necesariamente en cada Estado Provincial, y se ejercerá de acuerdo a la capacidad operativa de cada uno de ellos. Y respecto de las desigualdades que puedan presentarse existe un órgano encargado de preservar la aplicación igualitaria de las misma que es la Corte Suprema Nacional.

Una tercera posición está representada por el análisis constitucional que sobre la cuestión hacen Zaffaroni, Alagia y Slokar. Sostiene que la Carta Magna prefiere sacrificar cierta medida de igualdad para preservar el principio federal, es decir, el derecho de los habitantes a tener sus gobiernos locales. Por lo tanto existen asimetrías, pero este sacrificio tiene necesariamente límites. No puede

sostenerse que el arbitrio provincial en material legislativa procesal sea absoluto: la legislación procesal penal federal debe operar como un mínimo de garantías que las provincias pueden aumentar pero no disminuir. De lo dicho deriva que corresponde al Código Penal fijar una suerte de estándar mínimo al que las provincias deben adecuarse pudiendo prever supuestos por encima del mismo. Esta es la postura a la que adhiero.

Frente a esta confrontación respecto de la titularidad de la acción penal en manos del Estado estimo necesario recordar las palabras de Carrara quien decía «el principio de que la acción penal es siempre pública es de creación moderna, es una consecuencia del monopolio que ha querido dársele al ministerio público; este monopolio creó esa regla, y hoy quiere defenderse con ella dicho monopolio»⁷.

Al respecto puede agregarse –como explica el Profesor Javier De Luca– que la palabra «monopolio» significa la exclusividad en el ejercicio de una actividad, por lo que el único monopolio estatal verificable es el de la aplicación de una pena criminal.⁸

En esta postura encontramos también a autores como Binder, para quien la figu-

ra del querellante particular resulta muy útil dentro del proceso, puesto que moviliza mucho la justicia y le quita trabajo al Ministerio Público que –por lo general– está sobrecargado de tareas⁹.

Legalidad procesal vs. Oportunidad.

El principio de legalidad procesal surge en el momento en que el Estado se apropió de los conflictos de los particulares. Así, el ya mencionado artículo 71 del Código Penal Argentino manda ejercer la acción penal obligatoriamente para todos los casos en que hubiera apariencia delictiva. Este principio parte de la premisa que todo delito debe ser juzgado y castigado, lo que se convierte en una aspiración cuasi-mítica del sistema penal. En este sentido explica Cafferata Nores que «no hay sistema penal en ningún lugar que tenga capacidad para cumplir siquiera una mínima parte de legalidad procesal en cuanto a la obligatoriedad de investigar donde pudo haber ocurrido un delito sin importar la gravedad ni excepción¹⁰. Adhiere a esta posición el Doctor Julio Maier.¹¹

Bajo el imperio de este principio, en nuestro país los jueces se ven arrasados por una catarata de expedientes que

documentan desde la mínima infracción hasta los delitos más complejos, de inteligencia y difícil investigación. Esos mismos jueces deben impulsarlos masiva e igualitariamente, en busca de un objetivo tan lejano como la sentencia. La consecuencia de todo esto es evidente: progresan preponderantemente las causas con menos dificultades prácticas, las que tienen imputados confesos, por ejemplo. En cambio, los delitos complejos, de gravísima resonancia social quedan en el camino, mueren por prescripción. Es imposible procesar integralmente la avalancha porque en el mundo real no hay capacidad bastante para absorberla.

Frente a la legalidad procesal (promoción de oficio e ineludible de la acción penal, irrevocabilidad de su ejercicio e indisponibilidad de su contenido sustancial), se erigió el criterio de oportunidad (la posibilidad de no perseguir penalmente en ciertas ocasiones por afectar al infractor una pena natural, o mediar una conciliación entre los protagonistas, o reparar el ofensor el daño causado, etc.). Su conceptualización no es sencilla, ya que normalmente se lo define por oposición al principio de legalidad procesal. En su más amplia definición se identifica el criterio de oportunidad con cualquier excepción a su antagonista y, con ella, a la correspondiente

obligación del Ministerio Público Fiscal en lo que refiere a su vinculación con la acción penal.

Otros, sostienen que no debe entenderse como comprensivo del mismo solamente los casos en que se renuncia a la acción penal del fiscal bajo determinadas condiciones, sino a todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo.

Finalmente, en una acepción más restringida, se entiende por principio de oportunidad a la facultad que posee el órgano encargado de la persecución penal, de prescindir de ella por motivos de utilidad social o razones de política criminal.

Lo que no podemos negar -explica Alberto Binder- es que detrás del principio de legalidad se oculta una falacia idealista según la cual todo principio previsto en la legislación cumple necesariamente efectos en la realidad¹².

Alberto Spota -constitucionalista de altura-, disiente afirmando en que en realidad no existe una postura antagónica entre ambos principios, habida cuenta de que los criterios de oportunidad «no agreden al debido proceso», sino que son instrumentos que coadyuvan para una mejor eficacia

del sistema, en un ámbito razonable, en una comunidad determinada y en un momento histórico dado¹³.

Por todo lo expuesto estoy convencido que la adopción del principio de oportunidad se impone y «constituye uno de los medios para permitir no sólo un adecuado funcionamiento del sistema de enjuiciamiento penal en términos de eficiencia, sino también para evitar que la selectividad inherente a él, derive en una aplicación irracional y desigual de la ley penal»¹⁴.

Sin embargo su uso debe estar sujeto a la utilización de criterios reglados, ya que no puede omitirse que en definitiva, la oportunidad es también una manifestación de la selectividad del sistema penal.

En la legislación continental europea, encontramos que en Italia por una cláusula constitucional se impone el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal (art.112). En la práctica existen criterios encubiertos de selección de causas lo cual es criticado por la doctrina. Francia, en su Código Procesal Penal -artículos 40 y 41- concede al Ministerio Fiscal discrecionalidad para iniciar el ejercicio de la acción penal.

En España no existe una norma constitucional referida al ejercicio de la acción penal, sino que es el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la que establece un sistema de obligatoriedad de persecución penal, lo cual permitiría que por otra norma de igual rango se incorporen criterios de oportunidad.

Finalmente en Alemania, el principio de obligatoriedad acusatoria es la regla (artículo 152 y 170 de la Ordenanza Procesal Penal), apareciendo como excepciones variados criterios de oportunidad (artículos 153 y 154 del mismo ordenamiento).

En países de Latinoamérica como México, la constitución federal contiene una regulación constitucional de los derechos de las víctimas. Así el acceso al proceso por ella es una garantía constitucional. En el punto II apartado B de la constitución se establece el derecho de las víctimas a: coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuenta, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligenciada, deberá fundar y motivar su negativa. El derecho de coadyuvar impli-

ca que la intervención de la víctima en la realización del proceso y expresamente en la actividad probatoria no puede ser ignorada.

En la República Oriental del Uruguay, el art. 22 de la Carta Magna consagra el sistema acusatorio estableciéndose que «todo juicio criminal comenzará por acusación de parte o del acusador público». De este modo se prevé la participación en el proceso del ofendido por el delito en un plano de igualdad con el acusador público.

En Santa Fe, el Código Procesal recientemente sancionado, abraza este criterio, en su forma de oportunidad reglada. Se ha entendido que económica y políticamente resulta poco inteligente malgastar recursos humanos y materiales pretendiendo investigar todos los hechos presuntamente delictivos, cuando una lectura realista indica que se deben intensificar los esfuerzos e infraestructura en los hechos graves y a partir de allí, en la medida de lo posible, ocuparse del resto.

Ahora bien, ¿cómo se vincula la utilización de criterios oportunidad en miras a prescindir de la acción penal con la intervención del querellante particular en los delitos de acción pública?.

La respuesta esta dada en que la intervención del querellante es funcional a la aplicación de dicho criterio. A diferencia de lo que sucede en los sistemas anglosajones de oportunidad amplia –como el que rige en E.E.U.U.- en donde el fiscal decide bajo su responsabilidad política si impulsa una investigación penal, desiste de la acusación o retira la misma; en nuestro sistema de oportunidad reglada nunca puede dejar de mirarse a la víctima.

Así, cuando el Fiscal prescinda de la acción penal por la aplicación de un criterio de oportunidad, desestime la denunciada o disponga el archivo de la investigación penal preparatoria, la víctima constituida en querellante puede instar la jurisdicción y seguir adelante con la acusación. El Fiscal sabe a la hora de disponer de la acción penal que cuenta con un «segundo veedor», que tiene derecho a que se conozca la verdad y se sancionen a los responsables.

El querellante particular y el derecho a la verdad

En el Caso «Bulacio vs. Argentina» –sentencia de 18 de Septiembre de 2003-, la Corte Interamericana de Derechos Humanos optó por la afirmativa respecto de la intervención del querellante particular en los delitos de acción pública y sancio-

Secretarios

El querellante en el nuevo Sistema Penal

nó a la Argentina por la muerte de Walter David Bulacio en miras a reivindicar la memoria de la víctima y dar consuelo a sus deudos.

En enero de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una demanda contra la República Argentina en la que solicitó que declarara la violación en perjuicio de Bulacio de los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal) y 19 (derechos del niño), así como los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana. Asimismo solicitó a la Corte que ordenara al Estado adoptar diversas reparaciones pecuniarias y no pecuniarias.

Los hechos de la causa fueron los siguientes: el abril de 1991 la Policía Federal Argentina realizó una detención masiva en la ciudad de Buenos Aires, en las inmediaciones del Club Obras Sanitarias donde se iba a realizar un concierto de música de rock. Entre los detenidos se encontraba Walter David Bulacio, de 17 años de edad, quien fue trasladado a la Comisaría 35. En ese lugar fue golpeado por agentes policiales. Los detenidos fueron liberados progresivamente pero durante la misma los menores estuvie-

ron bajo condiciones de detención inadecuadas.

Al día siguiente de su liberación, el joven Bulacio fue llevado al Hospital Provincial Pirovano víctima de vómitos. El médico que lo atendió diagnosticó un «traumatismo craneano». Luego de ser trasladado por distintos centros médicos -cinco días después-, el joven murió.

Los padres de la supuesta víctima se constituyeron en parte querellante impulsando el procedimiento e impugnando decisiones tomadas respecto de los policías que presuntamente habían incurrido en los hechos delictivos. Entre ellos el principal acusado fue el Comisario Miguel Ángel Espósito. Ante el fracaso del proceso en todas las instancias de nuestro país, los familiares realizaron la denuncia por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Esta última en el juicio por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que «la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas, entendiendo la persecución penal como un corolario necesario del derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a car-

go de un tribunal competente, imparcial e independiente en que se establezca la existencia o no de la violación de sus derechos, se identifique a los responsables y se les impongan las sanciones pertinentes». «Así se debilita el carácter inquisitivo del proceso donde el Estado aparece en la doble función de persecución y juzgamiento, representados en las figuras del fiscal y del juez»¹⁵.

Agregó además que «el estado parte de la Convención Americana tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y sancionar a los autores y a quienes encubran dichas violaciones y toda persona que se considere víctima de ésta o bien sus familiares tiene derecho de acceder a la justicia para conseguir que se cumpla, en su beneficio y en el conjunto de la sociedad, ese deber de Estado». «Los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad para actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana».

En definitiva que derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el

derecho a la obtención de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute. Se hace hincapié entonces en el derecho a la «tutela judicial efectiva», según el cual la víctima también está amparada por los siguientes derechos: a que el juicio se lleve a cabo en un palazo razonable, a que se descubra la verdad y se sancione a los responsables, a que los jueces eviten dilaciones indebidas que produzcan impunidad, frustrando la debida protección de los derechos humanos, que las víctimas deben tener acceso a todas las etapas del proceso.

¿Argumentos detractores?

No podemos obviar que existen argumentos de peso que cuestionan la inclusión del acusador particular en los delitos de acción pública. Uno de los autores que trata el tema de forma acabada es Daniel R. Pastor¹⁶.

Explica el autor que en un Estado constitucional y democrático de derecho una vez decidido que un conflicto tiene suficiente gravedad como para ser considerado penal, aparecen necesariamente la pena estatal y la acción penal pública. Es decir, el Estado reemplaza al lesionado colocándose como se titular de la acción penal.

Plantea que la llamada «expropiación del conflicto a la víctima por parte del Estado», supone que el éste se quedo con todo y el damnificado sin nada. Por lo tanto hacer reingresar al particular supondría necesariamente la exclusión del fiscal por devolución de la cosa confiscada. La neutralización por el Estado de la venganza privada supone que los enfrenamientos graves de la vida social no queden librados al tratamiento privado entre el autor y la víctima si ha sobrevivido o sus allegados en su caso. El Estado reemplaza al lesionado por el hecho porque tiene un interés propio en que las cosas se hagan de una determinada manera, esto es, la constitucional y legalmente establecida para evitar tanto la impunidad como el exceso en la reacción.

Otra crítica esta dada por el hecho de que el acusador público actuará siempre con mayor objetividad que la que tendría un querellante particular y en un Estado de garantías, en el que se pretende impedir el abuso y la arbitrariedad, entonces nada mejor para ello que el poder de acusar esté en manos de un funcionario público no afectado por el hecho y que no se comportará, como casi seguramente sí lo haría la víctima, como un acusador a ultranza.

También se ve afectado el «principio de

igualdad de armas»: para asegurar el derecho de defensa del imputado es menester contraponerlo a una sola hipótesis acusatoria. Un modelo procesal contradictorio garantista lleva en sí la idea de una disputa entre dos partes.

En caso contrario, encontraremos al acusado, la parte más débil de procedimiento penal y favor de quien se establecen numerosas prerrogativas para compensar esa inferioridad (in dubio pro reo, presunción de inocencia, derecho al recurso, etc.), frente a una multiplicidad de perseguidores, todo ellos con facultades autónomas de acusar, probar y alegar en su contra.

Tesis superadora

Las críticas formuladas tienen asidero y son razonables. Sin embargo –en nuestra opinión– no tienen virtualidad suficiente como para desechar la intervención del querellante particular como querellante autónomo dentro del procedimiento penal en los delitos de acción pública.

Es cierto que el acusador público actuará siempre con mayor objetividad que la que tendría un querellante particular y que en un Estado de garantías, en el que se pretende impedir el abuso y la arbitrariedad esto es valioso. Por supuesto que

el querellante particular, aquel que ha sufrido las consecuencias del delito esta empapado de subjetividad. Pero frente a ella existen otros remedios mucho más eficaces que su exclusión del trinomio que supone todo procedimiento de corte acusatorio y garantista (acusación, defensa y un juez imparcial que resuelva la contienda entre las partes). Y he aquí el eje de la cuestión: es el Juez quien deberá procurar el respeto de las garantías, y recordemos que las mismas no sólo refieren al imputado de un delito, sino también a las víctimas. Podrá admitirse en su caso, como lo ha hecho la jurisprudencia que también siga interviniendo la Fiscalía, como órgano de control y respeto de las garantías.

Es preferible darle gran autonomía a la víctima para que canalice sus deseos vindicativos a través de un proceso regular controlado por los fiscales y los jueces donde, en definitiva, los que resolverán serán estos últimos. Ya que en definitiva existe un interés legítimo del ofendido por un delito en la sanción penal del ofensor, único medio por el cual se obtiene un verdadero restablecimiento del equilibrio roto por la lesión a los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal. Negar al damnificado la posibilidad de actuar como querellante,

es privarlo lisa y llanamente de la defensa en juicio.

Ya enseñaba Cafferatta Nores que no existen diferencias entre el acusador público y privado. Y agregaba el maestro Carrara –citado por Herbel- que «la acción penal es pública sólo cuando se ejerce para defender las ofensas inferidas a toda la sociedad (y que) en ningún caso puede impedirse al ofendido personalmente ejercerse su derecho contra quienes lo hubieran dañado, pues éste es un derecho individual natural, de análoga naturaleza al de defensa contra la agresión ilegítima»¹⁷.

Por lo tanto, el derecho del ofendido en poder querellar penalmente al victimario es anterior al concedido por el Ministerio Público para monopolizar la acusación, «pues a la autoridad estatal se le otorgaron dichas facultades para mejor amparo de los derechos individuales penalmente tutelados, a condición de su eficacia y nunca para obstáculo del derecho de la víctima, a la tutela judicial contra sus ofensores».¹⁸

La cita no pierde vigencia, por cuanto –enseñan Erbetta, Orso, Franceschetti y Chiara Diaz- en los sistemas regidos por el principio de discrecionalidad (modelo

anglo-americano) o en los que impera la oportunidad reglada (sistema alemán, entre otros) cuando el fiscal decide no impulsar o continuar la acción penal sin posibilidad de la reapertura le puede generar un perjuicio a la víctima, quien ve expropiado su conflicto, sin chance de obtener una justa reparación por el daño sufrido¹⁹.

Sin embargo –reconocemos– la posibilidad de conversión de cualquier delito de acción pública en privada no esta exenta de reparos. Un presupuesto para la misma estaría dado por la exigencia de «contracautela suficiente» para evitar los abusos de los querellómanos irracionales o sin motivaciones suficientes. Por ello, pese a la dicho, me atrevo a afirmar que la inclusión del querellante particular servirá para evitar casos de impunidad y desprotección; que va a revitalizar el concepto de víctima.

Respecto de aquellos que sostienen que la modalidad del querellante particular «autónomo» sirve para canalizar el sentimiento de venganza por intermedio del Estado, entendemos que la afirmación es falsa. Ella tiene un origen histórico determinado: los códigos italianos de 1913 y 1930, que por supuesto gravitaron en Latinoamérica. En ellos subyacía la idea de que la víctima no debía ingresar al proceso penal puesto que de ese modo canalizaba su venganza a través del Estado.

Sostiene Binder que esta demostrado que tal afirmación es falsa, que cuando la víctima ingresa al proceso penal busca, fundamentalmente, una reparación; sobre todo, muchas veces, una reparación pecuniaria, y no la venganza. Son muy raros los casos en los que la víctima no busca un arreglo económico, sino la imposición de una pena. Además, en la actualidad entrado en crisis la pena de prisión, muchos comienzan a preguntarse si, en última instancia, esta actitud de procurar una reparación económica no es mucho más sana, mucho más útil a la sociedad que la imposición de una pena que, en realidad, no le sirve a nadie²⁰.

Desde prisma constitucional –explica Augusto Morello– a la víctima del delito le comprende el derecho de defensa en juicio previsto por el art. 18 de la CN ya que no existen razones de peso para considerar excluida a la víctima en tanto la norma no hace distinción y solo expresa «es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos». El derecho de defensa en juicio comprende el derecho al debido proceso legal y el derecho de acceder a la jurisdicción en procura de justicia para la obtención de una sentencia útil a su derecho²¹.

Además en nuestro país la legitimación

de la víctima viene ahora consagrada por el art. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la profusa doctrina que emana de los organismos internacionales. Así el art. 8 apartado 1 dice: «toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter». Una redacción similar es la del art. 14 del PIDCP.

Por lo que el derecho a ser oído judicialmente no es otra cosa que la posibilidad que tienen los habitantes de comparecer a la justicia y exponer sus pretensiones y razones, como necesariamente previo a la emisión por los jueces de una decisión sobre sus intereses. Cuando la norma refiere a «toda persona», así como a cualquiera que sea la naturaleza de la pretensión, comprende sin duda a la víctima.

Por todo ello entiendo que en la actualidad ya no resulta cuestionable el carácter constitucional que asume la inclusión de la víctima en el proceso a la luz de los

Secretarios

El querellante en el nuevo Sistema Penal

Tratados Internacionales de Derechos Humanos que constituyen el bloque de constitucionalidad -en virtud de lo establecido por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994-. Es indudable que la víctima del delito tiene un verdadero derecho a una intervención relevante en el proceso penal, para la satisfacción de sus legítimos intereses jurídicos y por ello constituye un mandato constitucional y de exigencia supranacional la de adecuar los distintos ordenamientos jurídicos procesales a esta nueva concepción permitiendo la incorporación de la víctima a la relación procesal.

Para concluir nos gustaría terminar nuestra exposición con unas palabras del constitucionalista -ya fallecido- Bidart Campos que dijo que no existe ninguna posibilidad de negar constitucionalmente legitimación a la víctima para ingresar al proceso penal como querellante aunque se trate de delitos de acción pública; expresándolo de la siguiente manera: «Tardíamente hemos comprendido con profunda convicción, que ninguna ley, ni en el código penal ni los códigos procesales pueden constitucionalmente privar de legitimación procesal a la víctima de un delito en el proceso penal, por mas que ese delito sea de acción pública y que ésta corresponda al Ministerio

Fiscal. No darle a la víctima legitimación concurrente es dejar desprotegida a la persona en cuyo beneficio se depara la tutela jurídico- penal a un bien determinado que le ha sido dañado»²² ■

¹ Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1979.

² JULIO MAIER. «*Derecho Procesal Penal*». Año 2004

³ GERMÁN BIDART CAMPOS. «*Es inconstitucional inhibir la actividad del particular querellante y del juez cuando en los delitos de acción pública falta la intervención de Ministerio Público*». Nota a fallo E.D. 137-104. Año 1990.

⁴ Código Penal Argentino, Art. 71: «*Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales (...)*»

⁵ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Art. 8.1: «*toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (...)*»

⁶ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Art. 14.1 «*todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella (...)*»

⁷ CARRARA FRANCESCO. «*Progama de Derecho Criminal*». Parte General. Año 1998.

⁸ DE LUCA JAVIER. «*Las facultades del querellante en el proceso penal desde Santillán a Storchi*».

⁹ BINDER ALBERTO M. «*Introducción al Derecho Procesal Penal*».

¹⁰ CAFFERATTA NORES. «*Ejercicio concreto del poder penal. Límites, abusos, desafíos*». CÓRDOBA. Año 2006.

¹¹ MAIER JULIO B. «*El Sistema Penal hoy: entre la Inquisición y la Composición*».

¹² ALBERTO BINDER. «*Introducción al Derecho Procesal*». 2da. Edición.

¹³ ALBERTO SPOTA. «*Análisis de la viabilidad constitucional del principio de oportunidad, en el ámbito penal*». BUENOS AIRES. 1992.

¹⁴ CLAUS ROXIN. «*El Ministerio Público en el Proceso Penal*». Edición 2003.

¹⁵ C.I.D.H. Informe No34/96, caso 11.228 e Informe No 5/96, caso 10970.

¹⁶ DANIEL R. PASTOR. Ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal: «*Una ponencia garantista acerca de la acusación particular*». Año 2009.

¹⁷ HERBEL, GUSTAVO. «*El proceso acusatorio y el retorno de la acción penal*». Revista el Derecho Penal. U.C.A. Febrero de 2003.

¹⁸ CARRARA, FRANCESCO. Obra Citada.

¹⁹ ERBETTA, ORSO, FRANCESCETTI Y CHIARA DIAZ. «*Nuevo Código Procesal de la Provincia de Santa Fe Comentado*».

²⁰ ALBERTO BINDER. Obra citada.

²¹ AUGUSTO MORELLO. «*Estudio de Derecho Procesal*», Año 1998.

²² GERMÁN BIDART CAMPOS. «*La Legitimación del Querellante*».