

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I(CNCrimyCorrec)(SalaI)

Fecha: 08/03/2004

Partes: Storchi, Fernando

Publicado en: LA LEY 06/10/2004, 6, Julio C. Báez

HECHOS:

En el marco de un proceso en el cual se investiga la posible comisión de un homicidio culposo, la querrela solicitó la elevación a juicio de las actuaciones respecto de cinco imputados, mientras que el fiscal sólo lo hizo respecto de dos de ellos. El juez de instrucción al no compartir el pedido de sobreseimiento formulado por el fiscal, elevó la causa en consulta a la Cámara, la cual resolvió apartar al fiscal de primera instancia, remitiendo sumario al Fiscal General a fin de que designara a otro fiscal que formulara el requerimiento de elevación a juicio. El Fiscal General planteó la nulidad del auto por el cual se dispuso la elevación en consulta. La Cámara declaró la inconstitucionalidad del art. 348 párr. 2º del Cód. Procesal Penal e hizo lugar al planteo de nulidad formulado por el Fiscal General.

SUMARIOS:

1. Es inconstitucional el procedimiento de elevación en consulta previsto en el art. 348 del Cód. Procesal Penal de la Nación -en el caso, se resolvió apartar al fiscal interviniente disponiéndose la realización del requerimiento de elevación a juicio-, toda vez que tal mecanismo resulta contrario a la independencia del Ministerio Público Fiscal consagrada en el art. 120 de la Constitución Nacional en tanto establece un sistema por el cual un órgano jurisdiccional ordena al fiscal el impulso de la acción penal, vulnerando la necesaria bilateralidad que debe existir entre acusación y defensa, en clara violación de las garantías de debido proceso, defensa en juicio, juez imparcial e independencia de poderes.
[Abrir Jurisprudencia y Doctrina Vinculada](#)
2. Resulta procedente elevar a juicio una causa en la cual se debe juzgar un delito de acción pública aún cuando sólo se cuente con la acusación del querellante, ya que lo contrario importaría privar al acusador particular del derecho a formular la acusación en juicio penal y a obtener un pronunciamiento acorde a su pretensión (del voto del doctor Bruzzone).
[Abrir Jurisprudencia y Doctrina Vinculada](#)
3. Toda vez que la Corte Suprema de Justicia de la Nación -causa "Santillán", 1998/08/13, LA LEY, 1998-E, 331- invistió al querellante de la autonomía necesaria para impulsar el proceso hasta el dictado de la sentencia condenatoria, dicha circunstancia habilita al acusador privado para requerir la elevación a juicio de las actuaciones, en disconformidad con el representante del Ministerio Público (del voto del doctor Bruzzone).
[Abrir Jurisprudencia y Doctrina Vinculada](#)
4. El querellante tiene derecho a impulsar la acción penal, pese a la disconformidad del fiscal, sin que ello importe vulnerar la independencia del Ministerio Público prevista en el art. 120 de la Constitución Nacional, en tanto dicha cláusula constitucional dispone que sus funciones se ejercen en

coordinación con las demás autoridades de la República y el art. 188 del Cód. Procesal Penal regula la interacción del Ministerio Fiscal con el juez competente, sin limitar al segundo la posibilidad de impulsar la acción penal (del voto del doctor Elbert).

[Abrir Jurisprudencia y Doctrina Vinculada](#)

5. La etapa histórica que atraviesa el país y la debilidad de sus instituciones, en medio del desprestigio de las estructuras judiciales, hacen aconsejable asegurar al ciudadano todas las formas posibles de impulso procesal a fin de compensar su debilidad real (del voto del doctor Elbert).

[Abrir Jurisprudencia y Doctrina Vinculada](#)

6. La negativa del fiscal de elevar la causa a juicio importa la finalización del proceso, sin que obste a ello el hecho de que el querellante haya solicitado la elevación a juicio, pues la persecución y sanción de los delitos y la imposición de penas es una función del Estado destinada a evitar la propagación de la venganza privada (del voto en disidencia parcial del doctor Donna).

[Abrir Jurisprudencia y Doctrina Vinculada](#)

TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia. - Buenos Aires, marzo 8 de 2004.

Vistos: Presentación sintética del caso

En estas actuaciones se imputa a María Cecilia Privato y a Giselle Vanesa Kamenetzky haber provocado la muerte de la menor F. A. M. R., el 12 de febrero de 2001, en horas de la tarde, en momentos en que la nombrada se encontraba en el interior de la pileta de natación del Club All Boys, sito en la calle Alvarez Jonte 4180 de esta ciudad, en oportunidad en la que la niña se encontraba bajo su custodia y cuidado, por estar desarrollando cada una de ellas tareas de profesora de nado y guardavida, respectivamente; concretamente, se les imputa haber omitido cumplir con las obligaciones que dichas actividades exigían, al haber desatendido el deber de vigilancia, control y protección que debían tener sobre la menor, determinándose que el fallecimiento de la niña se produjo por asfixia por sumersión.

Asimismo, el resultado de muerte de la menor también le es imputado a Horacio Roberto Bugallo, Fernando Martín Storchi y Julio César Giraldi debido a la defectuosa organización del natatorio que se encontraba a su cargo. Al primero de ellos (Bugallo), por su calidad de presidente del club; al segundo (Storchi) por ser presidente de la firma All Boys 2000 SA, concesionaria del natatorio; y al tercero (Giraldi) por la defectuosa coordinación de la colonia de vacaciones que se encontraba bajo su dirección. A ellos se les imputa haber omitido cumplir con los deberes a su cargo, teniendo en cuenta lo consignado en la "ficha de colonia" correspondiente a la menor quien, por estar operada de adenoides y haber usado tubos de ventilación de los oídos, no podía bucear ni arrojar de cabeza en la piscina.

El sumario se inició por prevención policial cuando personal de la seccional 43 tomó conocimiento del hecho relatado.

Por su parte, los padres de la menor, oportunamente, se constituyeron en parte querellante -cfr. fs. 123/124-.

A fs. 675/725 se decretó el procesamiento de Privato y Kamenetzky, en orden al delito de homicidio culposo, decisorio que fue confirmado por este tribunal a fs. 2127/2128, respecto de la primera de las nombradas. A fs. 2245/2256 se decretó el procesamiento de Giraldi, por el mismo delito, resolución que fue confirmada por este tribunal a fs. 2439/2440, oportunidad en la que también se extendió la responsabilidad respecto de Storchi y de Bugallo, por el mismo motivo, disponiéndose su procesamiento.

Al corrérsele vista a la querrela en los términos del art. 346, CPPN, solicitó la elevación a juicio de las actuaciones respecto de los cinco imputados -cfr. fs. 2443/2496-, mientras que el representante del Ministerio Público Fiscal lo hizo sólo respecto de Privato y Kamenetzky, instando el sobreseimiento de Giraldi, Storchi y Bugallo -cfr. fs. 2596/2605-.

El juez de grado al no compartir el pedido de sobreseimiento formulado por la fiscalía, elevó estas actuaciones en consulta a este tribunal de acuerdo a lo dispuesto en la segunda parte del art. 348, CPPN, oportunidad en la que esta sala, con otra composición y con disidencia del Dr. Donna, resolvió apartar al fiscal de primera instancia, remitiendo el sumario a conocimiento del Fiscal general a fin de que ese funcionario designara a otro agente fiscal para que formulara el requerimiento de elevación a juicio correspondiente.

El Sr. Fiscal general, por el contrario, planteó a fs. 2634/2636 la nulidad del auto de fs. 2624/2626, donde se había dispuesto la elevación en consulta, y el de fs. 2634, por el que esta sala resolvió de acuerdo al segundo párrafo del art. 348, CPPN. El agravio, básicamente, se fundó en la autonomía del Ministerio Público Fiscal que debería determinar, a su criterio, la declaración de inconstitucionalidad de la norma citada, sin ingresar en el análisis de la fundamentación y razonabilidad del pedido de sobreseimiento formulado por su colega.

La sala, en consecuencia, se encuentra en condiciones de resolver.

El doctor Bruzzone dijo:

I. Tratamiento de la nulidad planteada

En primer término corresponde destacar, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores oportunidades ("in re" causa n° 18.736, Lissi, Cristian Ezequiel s/nulidad, resuelta el 5 de diciembre de 2002 y causa n° 18.983, Kadis, Victor Aldo s/nulidad, del 18 de marzo de 2003), e incluso en esta causa a fs. 2523, que contra las resoluciones de esta alzada sólo resultan procedentes los recursos de casación e inconstitucionalidad, no resultando viable, en consecuencia, un planteo de nulidad como el que introduce el Sr. Fiscal General a fs. 2634/2636, en relación a la resolución de esta sala de fs. 2632, razón por la cual la articulación debe ser rechazada como tal. No obstante, tratándose de una nulidad de carácter absoluta y donde se encuentran implicadas cuestiones de constitucionalidad (art. 168, segundo párrafo, CPPN), entiendo, igualmente, que el tribunal debe ingresar en el análisis del tema, por la grave e importante lesión que el supuesto representa.

II. Inconstitucionalidad del 2° párrafo del art. 348, CPPN

En consecuencia, las resoluciones ya identificadas habrán de ser nulificadas, por haber sido dictadas por aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, el cual deviene inconstitucional, especialmente frente a la actual redacción de la Constitución Nacional, en relación a la independencia del órgano Ministerio Público fiscal, sus atribuciones y facultades (art. 120, CN) y por las garantías que se encuentran comprometidas: básicamente, imparcialidad, independencia de poderes, debido proceso y defensa en juicio (art. 1°, 18, 33 y 116 CN); así como también por impedir que la víctima, constituida en parte querellante, llegue a juicio en los supuestos en los que el fiscal no requiere la mencionada elevación, supuesto que será analizado más adelante.

En primer lugar, ello resulta así, debido a que el mecanismo de control jurisdiccional previsto en la actual ley procesal en la segunda parte del art. 348, CPPN, al establecer un sistema de elevación en consulta por parte del órgano jurisdiccional, juez de instrucción, al órgano jurisdiccional, Cámara de Apelaciones puede imponerle al Ministerio Público Fiscal la obligación de impulsar la acción penal, lo cual resulta contrario a lo establecido en el mencionado art. 120, CN. Esa norma, por un lado, le otorga a ese Ministerio carácter de autónomo, y por otro, tal procedimiento interfiere con el papel acusador y requirente que, con carácter general y más allá de la disposición constitucional, debe llevar a cabo de manera exclusiva el Ministerio Público Fiscal.

A fin de precisar el alcance adecuado que debe otorgarse al art. 120, CN, es necesario recordar que luego de la reforma constitucional de 1994, el Ministerio Público Fiscal se ha constituido en un órgano extra poder con funciones específicas en punto al ejercicio de la acción penal pública y, de esa forma, la función jurisdiccional ha quedado claramente reservada a conocer y decidir, pero sin injerencia en lo relativo al ejercicio de la acción penal, lo que ratifica y da expreso soporte constitucional a lo dispuesto en los arts. 5° y 180 del CPPN, de cuyo juego armónico se desprende el principio "ne procedat iudex ex officio".

Sin desconocer que el modelo procesal que nos rige es mixto, entendiéndose por tal, inquisitivo reformado, el carácter acusatorio que se desprende de él debe ser preservado y estimulado frente a una norma constitucional como la mencionada, que ha venido a reforzar lo que surge de la Constitución Nacional, afirmando la tendencia en dirección a la consolidación en las normas infra constitucionales de un procedimiento penal donde las funciones de investigar, requerir y acusar queden en cabeza de un órgano diferente de aquel que natural y necesariamente está llamado por mandato constitucional a conocer sobre las bondades de una investigación y a decidir acerca de la procedencia de los requerimientos que afecten garantías y derechos, y la entidad de una acusación para llegar a la aplicación de una sanción. Por acusatorio, en definitiva, debemos entender un modelo en el cual la función jurisdiccional no sea confundida ni se mezcle con la de acusar o impulsar la acción penal en pos de la aplicación de una sanción a un ciudadano, circunstancia que no se ve satisfecha adecuadamente desde el punto de vista constitucional por el control interno entre órganos jurisdiccionales jerárquicos si carecen del estímulo externo de una parte que pida y acuse, porque deben ser órganos diferentes los que realicen una y otra función. Por inquisitivo, debe entenderse un sistema que concentra esas funciones y roles en un mismo órgano.

Se trata, en definitiva, del establecimiento de roles constitucionales entre los actores del proceso penal donde -y dicho a grandes rasgos- los fiscales tienen como misión llevar a la práctica y ejecutar una determinada política criminal del Estado, correspondiendo a los jueces la tarea de controlar que esa política no se lleve a cabo a cualquier costo o contrariando los dictados de la Constitución Nacional. Los

jueces, obviamente, también comparten y participan en la obtención de esos objetivos, pero desde el lugar del control de las prácticas y los requerimientos de los fiscales en defensa de los intereses de los ciudadanos a los que se quiere someter al rigor del sistema penal. Por estos motivos los roles y las funciones no pueden confundirse ni superponerse.

La línea jurisprudencial que se desarrolló desde el comienzo mismo de la puesta en funcionamiento de la actual ley procesal nacional en 1992 se enfrentó a dos cuestiones, relacionadas, de extrema trascendencia:

a) por un lado, el aspecto cultural de conformación de los usos y costumbres judiciales, que se habían construido sobre una legislación que rigió por casi cien años, donde las funciones de investigar y requerir sobre un delito se encontraban en cabeza del mismo órgano que debía conocerla y juzgarla;

b) por otro, las deficiencias y lagunas propias de la ley que se ponía en funcionamiento condujo a que en muchos casos los encargados de sanear esas deficiencias o cubrir esas lagunas, siguieran culturalmente aferrados a los usos y costumbres del modelo anterior.

Estos dos factores combinados produjeron, sin perjuicio del carácter mixto de la actual legislación, que la jurisprudencia lo transformara en más inquisitivo que el viejo Código de Obarrio debido a que, no sólo se reemplazaba normativamente el sistema del acuerdo de fiscales (arts. 460 y 461 del CPMP) existente hasta ese momento desde finales del siglo XIX para los casos controvertidos al final de la instrucción, por el del control jurisdiccional (art. 348, CPPN), sino que, por ausencia de una norma que resolviera los supuestos de controversia, analógicamente, se lo trasladó al comienzo de la instrucción para cubrir la laguna legal representada por la necesidad de requerimiento de instrucción del art. 180, CPPN (por lo menos frente a los casos iniciados por denuncia). Como fue señalado muchas veces, esto generaba la paradoja de que el Ministerio Público Fiscal, titular exclusivo del ejercicio de la acción penal pública (art. 51, CPPN), nunca hubiera impulsado un caso que podía llegar a juicio (así, por ejemplo, la opinión disidente del juez Bisordi al fallar en la causa "Ferreyra", de la Sala I de la CNCP, del 14/4/94).

Con anterioridad al fallo "Marcilese" (Fallos 325:2005 -LA LEY, 2002-E, 719; 2002-F, 45; 247; 2003-A, 761; DJ, 2003-1-224-) y desde el 17 de febrero pasado en el caso "Mostaccio" (LA LEY, 2004-B, 457; DJ, 2004-2-2; RU, Rev. 2/2004, p. 35), la Corte, para el momento del juicio, sostiene una jurisprudencia correcta que indica lo contrario, inclinando el carácter mixto de CPPN sobre su costado acusatorio, bajo la necesidad de verificar en el proceso penal los momentos de acusación, defensa, prueba y sentencia. Esos "momentos" no sólo se representan en el proceso como un todo, sino que se ven necesitados de constatación en cada acto de ejercicio de la acción penal específicos a lo largo de todo el proceso penal, y en donde los órganos encargados de llevarlos a cabo, con mayor énfasis luego de la reforma de 1994, se ubican en cabeza de órganos diferentes e independientes entre sí: la de acusar en el Ministerio Público, la de conocer y juzgar en el Poder Judicial.

Esta es la misión que la Constitución Nacional tiene asignada a los jueces, no la de perseguir los delitos, y por ese motivo toda usurpación que el Poder Judicial realice de esa función constituirá tanto una lesión a la independencia del Ministerio Público, violando lo dispuesto en el art. 120 de la CN, como una lesión a la garantía implícita del debido proceso, al constituirse los jueces en órgano de acusación (art. 33, CN) y, consecuentemente, lesionará irreparablemente la defensa en juicio al verse confundidas en un mismo órgano ambas funciones, convirtiendo al Poder Judicial en parcial y vedándole al imputado la posibilidad de defenderse de la acusación que,

un órgano diferente al que debe juzgar, le dirige.

El modelo constitucional fue elaborado en consonancia con una cultura que partía, en lo referente a la forma de resolver sus conflictos penales, pensando en el modelo acusatorio. De allí que los constituyentes hayan previsto el juicio por jurados (arts. 24, 118 y 75, inc. 12 de la CN), lo que no puede imaginarse sin el modelo acusatorio; o que se ve reafirmado, a su vez, por la totalidad de los artículos que se refieren a la regulación del juicio político 53, 59, 60 y 114, inc. 5°, de la Constitución Nacional, donde la estructura siempre consiste en un órgano que acusa y otro que juzga. Invariablemente la Constitución alude directamente o utiliza la terminología propia de una reglamentación que, en lo atinente a la resolución de conflictos penales, es sentida y pensada desde el modelo acusatorio. La reforma del '94 no ha hecho más que acentuar las cosas tal cual fueron establecidas desde nuestra fundación institucional como Nación.

Si bien son muchos e importantes los trabajos realizados sobre el tema que han discutido acerca de la inconstitucionalidad aquí analizada (por citar sólo algunos: Gil Lavedra, Ricardo, "Legalidad vs. Acusatorio (Una falsa controversia)", publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad Hoc, 1997, Año 3, n° 7, págs. 829/852; Goranosky, Myrna D. y Rusconi, Maximiliano A., "Nuevamente sobre el artículo 348 del CPPN", publicado en Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, Editores del puerto, 1999, t. 1999-A; Palacios, Lino, "Acerca de la declarada inconstitucionalidad del art. 348 del CPPN", LA LEY, 1997E, 910; Vegezzi, Santiago, "Algunas consideraciones acerca de la constitucionalidad del art. 348, CPP y su derogación tácita", en NDP, 2001-A, págs. 265 y ss.), es en un fallo donde se desarrollan los argumentos más esclarecedores -a mi criterio- que se han realizado hasta ahora sobre el tema y al que bastaría remitirnos en honor a la brevedad haciendo propias sus consideraciones donde se cita y analiza la práctica totalidad de los trabajos y fallos mencionados y aludidos. En efecto, el juez H. Mario Magariños concluye en una parte de ese precedente, luego de demarcar con claridad cuáles son las funciones jurisdiccionales que: "() de una interpretación razonada de los arts. 1°, 33 y 116 de la Constitución Nacional, se deriva que, en virtud de la forma republicana de gobierno, la función que al Poder Judicial le corresponde ejercer es, estrictamente, la de conocer y decidir una contienda cuando le es planteada por un órgano externo que habilita su jurisdicción y que, por ello, le está vedado ejercer funciones de impulso y sostenimiento de la acción" (resaltado en el original; hay reproducción íntegra del fallo "Levy", del TOC n° 23, del 17/5/2002, en LA LEY, 2002-D, 839, con comentario de Filippini, Leonardo G., "La inconstitucionalidad del artículo 348, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación", págs. 1 y ss.).

Si legisladores, jueces y demás funcionarios no han "sentido" el mandato constitucional en la dimensión que aquí se lo expone se debe al enorme peso de la cultura inquisitiva que, heredada de España, todavía nos gobierna y de la cual no hemos podido, aún, independizarnos. Ante una ley procesal "mixta" el esfuerzo por interpretarla conforme al modelo constitucional debería ser un imperativo. Por ello, en cada acto de procedimiento donde las funciones de acusar y juzgar se ven confundidas, se lesionan seriamente las garantías antes mencionadas.

Se podría afirmar -como se hace en "Sánchez, Rafael Oscar s/recurso de inconstitucionalidad", causa n° 635, registro 917, del 19/2/96, de la Sala I CNCP-, que la garantía del debido proceso, en consonancia con los fallos de la CSJN que se citan más adelante, se encuentra a salvo por la existencia formal de una acusación. Y que, con base en esa acusación (el requerimiento de elevación a juicio "obligado" por imperio legal), se cubre aparentemente la expectativa de acusación. Pero es precisamente la circunstancia de que exista una norma legal de esas características lo que vicia la voluntad del Ministerio Público desde el punto de vista de su

independencia lesionando por esa vía el debido proceso.

Efectivamente, como en los casos tratados por la CSJN en "**Tarifeño**" (Fallos 325:2019 -LA LEY, 1995-B, 32; DJ, 1995-1-703-), "García" (317:2043), "Cattonar" (318:1234 -LA LEY, 1996-A, 67; DJ, 1996-1-285-), etc., aquí tampoco, de ordenar este tribunal el impulso del proceso, habrá acusación fiscal, entendiendo "acusación" en el sentido amplio de "ejercicio de la acción penal pública" por el Ministerio Público. Caso contrario, quien acusaría sería el órgano jurisdiccional, y ello está vedado constitucionalmente de manera expresa por lo dispuesto en el art. 120 de la CN, pudiéndose ver violada de esa manera la independencia y atribuciones del Ministerio Público, lo que, por otra parte, debe ser visto como un conflicto de competencia de órganos del Estado. Por ese motivo aun cuando no se considere como acusación al requerimiento de elevación a juicio "ese acto (se lo designe como se lo designe) posee el significado jurídico de expresar una imputación penal y constituye por ese motivo una actividad de mantenimiento de impulso de la acción penal que (), no compete, por disposición constitucional, al Poder Judicial" (del voto del juez Magariños, en "Levy").

Además, al hacerse lugar a la consulta y disponer esta Cámara el apartamiento del fiscal y la posterior remisión al Sr. fiscal general para que instruya a otro para que continúe con el impulso de la acción penal viola la necesaria bilateralidad que debe existir entre acusación y defensa frente al juez imparcial, lesionándose la garantía implícita del debido proceso (arts. 33 y 18 de la CN). La necesaria existencia de: acusación, defensa, prueba y sentencia, no sólo se presentan como actos formales considerando el proceso en su totalidad. Se deben encontrar implícitos en todos y cada uno de los actos del proceso, siendo un requisito indispensable que los órganos a su cargo se encuentran claramente diferenciados.

El segundo párrafo del art. 348, lejos de constituir un supuesto asimilable al control de los actos de gobierno, supone una intromisión inconstitucional que erige a un poder diverso y ajeno al ejercicio de la acción, directamente en acusador por la afectación de las garantías en las que deriva.

En este orden de ideas es forzoso concluir que, bajo el amparo de esta garantía orgánica, en ninguna etapa procesal un representante del Poder Judicial puede asumir funciones requirentes asignadas al Ministerio Público Fiscal, pues existe una garantía de los ciudadanos a un modelo procesal penal que respete el diseño republicano de ejercicio de poder y ello implica que la competencia de decidir qué asuntos son sometidos a juzgamiento y cuáles deben ser elevados a la etapa de juicio, es una decisión política de suma trascendencia que debe ser asumida como una consecuencia de la división de funciones antes señaladas y no como un recorte de poder o de las funciones de los jueces.

Por los motivos expuestos, y por hallarse afectadas las garantías constitucionales ya mencionadas -básicamente imparcialidad, independencia de poderes, debido proceso y defensa en juicio (arts. 1º, 18, 33 y 116 de la CN)-, así como la independencia del Ministerio Público Fiscal sus atribuciones y facultades (art. 120 de la CN), considero que la parte final del art. 348 del CPPN es inconstitucional, y así deberá ser declarado, decretándose también, en consecuencia, la nulidad de la decisión de esta Sala de fs. 2632, por lo que este tribunal resolvió apartar al Sr. Fiscal de primera instancia, medida que alcanzará también al auto de fs. 2624/2626, que dispuso la elevación en consulta de estos actuados en esos términos.

III. La situación frente a los supuestos en donde la querrela solicitó la elevación a juicio y el Ministerio Público Fiscal, luego del control interno efectuado, consideran

que el caso no debe ingresar en esa etapa.

El problema que se aborda a continuación consiste en poder establecer qué curso de acción seguir cuando:

- a) los fiscales consideran que el caso debe ser sobreseído;
- b) los dictámenes en ese sentido reúnen los requisitos de fundamentación correspondientes y;
- c) hay querrela y ya solicitó la elevación a juicio y;
- d) la fundamentación del pedido de la querrela es correcta para ese fin.

III. a) La "actual" posición de la víctima constituida en parte querellante en el CPPN.

Para comprender cabalmente la problemática anunciada, corresponde analizar brevemente la historia de la figura del querellante en el CPPN. En ese sentido, cabe recordar que el mencionado Código -ley 23.984- fue proyectado sin la figura del querellante. Existía a nivel internacional una tendencia procesal contraria a admitir, por esa vía, la canalización de la venganza privada, que los fiscales, como funcionarios objetivos, llevarían adelante sin el apasionamiento consecuente. En la misma época se discutía desde ámbitos vinculados a la justificación del castigo, la necesidad de revisar el sistema binario de penas y medidas de seguridad que rigen el catálogo de consecuencias del derecho penal material. Se comenzaba a hablar de una tercera vía: la composición entre autor y víctima, como superación del modelo existente que se presentaba como insuficiente. De la exposición de motivos de la ley 23.984 surge que se consideraba inadmisibles en materia penal, donde predominan conceptos de reducción y defensa social, que el Estado se ponga al servicio del interés pecuniario o de la venganza personal. Dicha exclusión fue allí justificada también en el gran número de querellantes que, bajo distintos pretextos, desistían de la acción penal una vez satisfecho su reclamo económico. En ese sentido también se había expresado que: "Casi siempre el acusador particular es, según la vieja frase, la quinta rueda del carro, destinada a dilatar los términos, demorar los incidentes de excarcelación y, en una palabra, a entorpecer el procedimiento, para prolongar, nada más que por venganza, la detención del acusado. Limítense la intervención del querellante como parte civil, al solo objeto de obtener la indemnización del daño causado por el delito" (Cfr. Exposición de motivos de la ley 23.984).

No obstante, debido a la presión ejercida y lobby de la corporación de los abogados (ver en ese sentido, Córdoba, Fernando, "La posición de la víctima", en "El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico", Del Puerto, Buenos Aires, 1993, págs. 81 y ss., en particular, págs. 92 y ss.), y muy especialmente por la población en general, sensibilizada y crítica de los órganos de administración de justicia, la figura del querellante fue introducida por el Dr. León Carlos Arslanian. Cuando el proyecto de Código Levene se discutió y se estaba elaborando, se introdujo en los debates parlamentarios la figura del querellante, la que finalmente fue impulsada desde el Ministerio de Justicia, bajo la siguiente motivación: "La primera modificación que sufre este proyecto es la introducción de las normas referentes a la protección integral de víctimas y de testigos. Es verdad que nos hemos venido preocupando sobre las garantías y el estatuto del procesado. Hemos tratado siempre de concederles los mejores resguardos a sus derechos fundamentales, consagrados por la Constitución. Pero nos hemos venido olvidando, hasta el presente, de las víctimas y del testigo. La mayoría de las veces la víctima resulta ajena a los avatares del proceso. Tampoco comprende muy bien el valor que puede tener el enjuiciamiento penal, ni se aprovecha de los resultados de éste. Para

atender estas situaciones se prevé la creación de oficinas vinculadas con la asistencia de la víctima en todas sus dimensiones. 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 creíamos 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 dé sustento a la pretensión punitiva. Por eso auspiciamos la figura del querellante adhesivo y no autónomo" (Cfr. Informe del Ministerio de Justicia ante el Senado de la Nación, publicado en el CPPN, Ed. Abeledo Perrot, págs. 68/69, sin resaltado en el original).

Tal como se desprende del mencionado informe, la presión social para el control del proceso por las víctimas "a través de la reclamación hecha pública y de la que dieron cuenta todos los diarios de la Capital" -conforme surge del mencionado informe-, tuvo favorable acogida en la introducción del querellante al proceso.

El déficit, no obstante la inclusión de la querella, vino dado por su carácter adhesivo; esto es: siempre vinculado a la opinión y decisión del Ministerio Público fiscal. En el caso que nos ocupa ese carácter adhesivo se encuentra expresamente previsto en la norma del 348 que se indicara como de inconstitucional, por los motivos antes desarrollados, de la siguiente manera:

"() El juez dictará sobreseimiento si estuviere de acuerdo con el requerido. De lo contrario, sea que no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal, o sea que sólo el querellante estimara que debe elevar la causa a juicio, dará intervención por seis (6) días a la Cámara de Apelaciones. Si ésta entiende que corresponde elevar la causa a juicio, apartará al fiscal interviniente e instruirá en tal sentido al fiscal que designe el fiscal de Cámara o al que siga en orden de turno".

Lo que se ve reforzado por lo que dispone el art. 349, CPPN al decir: "Siempre que el agente fiscal requiera la elevación a juicio, las conclusiones de los dictámenes serán notificadas al defensor del imputado, quien podrá, en el término de seis (6) días: 1) Deducir excepciones. 2) Oponerse a la elevación a juicio, instando el sobreseimiento".

Se advierte con claridad que el legislador ha considerado inapropiado, en el ámbito de los delitos de acción pública, que el querellante pueda autónomamente provocar la instancia de juicio si no obtiene el apoyo del representante del Ministerio Público Fiscal que actuó en la instrucción de un caso.

Mientras tanto doctrina y jurisprudencia fueron estableciendo críticas y opiniones acerca de posibles cursos de acción para modificar esa situación frente a una intensa presión de la opinión pública en el sentido de reconocerle a la víctima mayor incidencia en el proceso penal, se llegó incluso a ampliarse criterios tradicionales en cuanto a la capacidad de legitimación para poder intervenir como acusador en asuntos penales a organizaciones no gubernamentales (ONG), por parte de diferentes tribunales del país (Cfr. Slonimsqui, Pablo, "El derecho de la querella en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Bs. As., 2000, págs. 311 y ss., y, asimismo:

López, Santiago A., "Querellante: nuevos estándares de legitimación", en la misma publicación, págs. 335 y ss.). Asimismo los estudios vinculados a la victimología y la víctima-dogmática avanzan en dirección a reconocerle mayores facultades de participación en el proceso penal al afectado, y ya se comienza a hablar de la necesidad de instaurar la figura del querellante popular (como, por ejemplo, ocurre en España). En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación pronuncia el fallo más importante en la materia desde la entrada en vigencia de la actual ley procesal nacional: el fallo "Santillán" (Fallos: 321:2021, del 13 de agosto de 1998), que debe ser ubicado en la misma línea de pensamiento.

III.b) Control referido a la ausencia de requerimiento fiscal

Corresponde analizar a continuación lo dictaminado por el Sr. Agente fiscal a fs. 2596/2605. En ese sentido debe señalarse que, efectivamente, lo manifestado en ese acto guarda los requisitos de razonabilidad y legalidad propios, siendo sus razonamientos una derivación lógica del derecho vigente resistiendo el control negativo que jurisdiccionalmente debemos realizar en este momento (así, mutatis mutandi, en "Errecalde" de la Sala IV de la CNCP, causa n° 1943, reg. n° 2794.4, del 19/9/00). Discrepar con lo allí postulado no significa que carezca de fundamentación.

Asimismo puede afirmarse que si bien la presentación de fs. 2634/2636 no cumple estrictamente con dichos requisitos, de ella se desprende que, al haber solicitado el Fiscal general la nulidad de los autos de fs. 2624/6 y 2632, tácitamente ha desvinculado a Storchi, Bugallo y Giraldo de la causa, quedando sólo vinculadas a ella las situaciones procesales de Privato y Kamenetsky, de acuerdo al dictamen citado de fs. 2596/2605.

De no existir parte querellante el asunto debería concluir respecto de los nombrados, aquí, siendo vinculante para la jurisdicción lo postulado por el Ministerio Público fiscal.

III.c) Curso a seguir cuando hay parte querellante después del fallo Santillán.

Debido a que en el presente caso hay parte querellante (víctima) -ver fs. 123/124-, corresponde analizar la viabilidad de su pretensión -ver fs. 2443/2496- de manera independiente a lo que ha postulado el Ministerio Público fiscal.

La cuestión a resolver se puede sintetizar en el siguiente interrogante: ¿es legalmente posible elevar a juicio una causa donde se debe juzgar un delito de acción pública con la sola acusación del querellante? La respuesta, a mi criterio es afirmativa: sí, es legalmente posible luego de lo establecido por la CSJN en el fallo "Santillán".

Ahora corresponde que explique por qué, a mi criterio, eso es así.

En efecto, como sostuviera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esa oportunidad, una adecuada hermenéutica de las normas en juego deben dejar a salvo los derechos asegurados por la Constitución Nacional al particular querellante "a quien la ley le reconoce el derecho a formular acusación en juicio penal, de un pronunciamiento útil relativo a sus derechos", pues una interpretación contraria a ese derecho sería ilegítima (cfr. considerando 15). En consecuencia, de las distintas interpretaciones posibles que el articulado procesal nos propone, se debe estar por aquella que le permita al particular querellante (a la víctima) tener la factibilidad de ejercitar el derecho de formular acusación en juicio penal y a obtener un

pronunciamiento acorde a su pretensión.

Corresponde a Cafferata Nores haber sido uno de los primeros en señalar las consecuencias que se podían derivar de este fallo ("¿Se terminó el monopolio del Ministerio Público Fiscal sobre la acción penal?", LA LEY, 1998-E, 331 y ss.), lo que luego fue destacado también por Santiago Martínez en esa misma dirección, desarrollando el proceso histórico nacional de la figura del querellante en nuestra legislación ("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, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, n° 10-A, págs. 453 y ss.), y, como se advierte, la capacidad de rendimiento del precedente "Santillán" retrotrae sus efectos a todos aquellos momentos previstos en el código donde se requiere el impulso del Estado constituido en la parte acusadora; es decir: al comienzo de la instrucción en relación a lo previsto en los arts. 180 y 188, CPPN; al final de la instrucción en relación a lo previsto en los arts. 346 y 348 de ese cuerpo legal; como fue expresamente resuelto en el fallo en cuestión, al momento de lo dispuesto en el art. 393, CPPN, y, por último, en el ámbito recursivo correspondiente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en esa oportunidad, recordando una larga línea jurisprudencial, en la que se destaca el conocido y ya citado fallo "**Tarifeño**", señaló qué es lo que debe entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del art. 18 de la CN, recordando que las formas sustanciales del juicio requerían de acusación, defensa, prueba y sentencia, dictada por los jueces naturales, dotando así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base, remarcó la Corte, el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (cfr. considerando 9°), reconociendo de esta manera el carácter acusatorio que debe iluminar la legislación procesal penal. Aclarando también que "la exigencia de acusación, como forma sustancial de todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto -y esto es lo más relevante-, o que contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien lo formula" (cfr. considerando 10°) (lo resaltado me pertenece).

La Corte, como no podía ser de otra manera, no desconoció que sólo incumbe a la discreción del legislador (local), la facultad de regular el marco y las condiciones del ejercicio de la acción penal y la participación asignada al querellante particular en su promoción y desarrollo, pero destacó que "todo aquél a quien la ley le 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 CN, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada, previo juicio llevado en legal forma" (cfr. considerando 11°).

Por estos motivos, y sin perjuicio de lo establecido en el art. 5° del CPPN y del carácter del querellante por adhesión que se le reconoce al particular que interviene en delitos de acción pública (art. 82 y concordantes del CPPN) consideró que, en la etapa prevista por el art. 393 del CPPN, no se puede "privar de jurisdicción al Tribunal Oral para formular un juicio de culpabilidad o inocencia con apoyo en la pretensión punitiva" del querellante particular (cfr. considerando 13).

Así "frente a los diversos intereses en juego que surgen de la normativa constitucional a aplicarse en el sub-examine" las normas de la ley procesal nacional deben interpretarse en forma armónica con el ordenamiento jurídico restante y con principios y garantías de la CN. Concluyeron afirmando que era no sólo factible, sino un deber jurisdiccional emitir un pronunciamento frente a la acusación formulada por la parte querellante.

Ahora bien, para poder llegar a ese momento -el del art. 393, CPPN-, los efectos del fallo "Santillán" deben retroceder a las situaciones indicadas más arriba, porque, de lo contrario, lo resuelto por la Corte no tendría los alcances indicados.

Por estos motivos es que, reproduciendo una tradición centenaria que rigió en nuestro país para los delitos de acción pública, es que se debe hacer extensivo el efecto que surge de "Santillán" también al momento en que, al comienzo del asunto, el Ministerio Público fiscal considera que no se debe impulsar la acción (vgr. cuando se solicita la desestimación por inexistencia de delito, el sobreseimiento, el archivo o reserva etc.) o cuando entiende que no existe mérito para llevar el asunto a juicio, al momento del art. 346, CPPN, como ocurre en este caso. 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, correspondiendo a la querrela, en forma autónoma, impulsar los procedimientos al comienzo de un asunto, conforme lo establecen los arts. 180 y concordantes del CPPN y, al finalizar la instrucción, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 346 y concordantes del mismo cuerpo legal, para obtener su elevación a juicio, con las limitaciones correspondientes. Por ejemplo: no puede operar la delegación de la instrucción prevista en el art. 196, CPPN, o lo dispuesto en el art. 196 bis o 353 bis, CPPN, ni tampoco tiene facultades para acordar un juicio abreviado en los términos del art. 431, bis, CPPN; pero para el resto de las atribuciones que le son conferidas, sí.

En este sentido, va de suyo, que lo establecido en el art. 349 implica que la defensa deberá responder a la acusación realizada por la querrela, porque ningún sentido tendría argumentar como se hace en relación a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 348, si luego, la acusación particular no surtiera los mismos efectos.

En consecuencia, no resta más que concluir que si el máximo tribunal ha investido al acusador privado de la autonomía necesaria para impulsar al proceso hasta el dictado de una sentencia condenatoria, dicha circunstancia lo habilitaría también para requerir la elevación a juicio de las actuaciones, como sucede en autos respecto de tres imputados -Giraldi, Bugallo y Storchi-, en disconformidad con el representante del Ministerio Público fiscal, respecto de quienes solicitó el dictado del auto de sobreseimiento, legitimándolo para actuar de esa forma en solitario, desde el comienzo de una causa penal, o en la etapa de juicio, sin que sea necesaria la intervención del Ministerio Público fiscal.

Sentado este criterio, corresponde analizar e ingresar al fondo del recurso planteado por la parte querellante.

IV. Análisis de la cuestión de fondo

Como consecuencia de todo lo expuesto no resta más que sostener que asiste razón a la querrela en cuanto afirma que existe en la causa mérito suficiente como para elevar la causa a juicio en relación a los imputados Giraldi, Bugallo y Storchi, adelantando desde ya nuestra opinión por la afirmativa.

A fs. 675/725, en oportunidad en la que en la instancia de origen, se decretó el procesamiento de Privato y Kamenetzky, en orden al delito de homicidio culposo, se dispuso también el sobreseimiento de Giraldi, Storchi y Bugallo. A fs. 2127/128 este tribunal revocó el sobreseimiento de Giraldi, Storchi y Bugallo, que había sido recurrido tanto por la Fiscalía como por la querrela, por considerar que restaba determinar, a fin de analizar la responsabilidad de los nombrados, la existencia de títulos habilitantes e idoneidad del personal que se encontraba a cargo de los menores dentro del natatorio.

A fs. 2245/2256 el Sr. juez de grado decretó el procesamiento de Giraldi, por considerarlo responsable del mismo delito, resolución que fue confirmada por este tribunal a fs. 2439/2440, oportunidad en la que esta Sala, habilitada por el recurso de la parte querellante, extendió la responsabilidad a Storchi y de Bugallo, disponiendo sus procesamientos.

En aquella oportunidad, esta Sala consideró que los imputados Giraldi, Storchi y Bugallo, cada uno en el marco de las funciones que le correspondían, habrían permitido que el natatorio en el cual ocurrió el hecho que aquí se investiga funcionara sin cumplir con las exigencias previstas por la ordenanza n° 41.718, en especial, en lo que respecta a la cantidad de guardavidas con la que debía contar el lugar -la norma indica la presencia de dos y se ha podido demostrar que sólo había uno-, la falta de una plataforma sobreelevada que asegure la visión de los bañistas -art. 31-, la inexistencia de una canaleta perimetral fácilmente aprehensible en el interior de la pileta (art. 15) y, finalmente, la falta de demarcación de las zonas de mayor y menor profundidad del natatorio en el cual perdió la vida la niña.

A ello se le agregó la circunstancia de que conforme se desprende de las constancias de fs. 1055 y 1284, si bien las autoridades del citado club habían solicitado la autorización del funcionamiento del lugar en el año 1998, el permiso precario recién fue otorgado el 28 de febrero de 2001, es decir, luego de producido el hecho que aquí se investiga, y, en consecuencia, este tribunal concluyó que, al momento de suceso, los responsables del lugar carecían de la debida autorización para que éste funcione. Por todo ello se afirmó que todas esas circunstancias son violatorias del deber de cuidado, que concurren en el momento de la crisis, esto es, de la muerte de la víctima, de modo que causaron el resultado muerte de manera directa. Se expresó también que es éste un caso en donde la intervención de los tres nombrados habría contribuido a provocar la muerte, ya que no hay un solo responsable que elimine la de los demás.

Sin perjuicio de reconocer que el asunto traído a estudio es altamente debatible, considero que es justamente en el juicio donde podrá tratarse este tema con mayor proximidad de las pruebas y las partes con los juzgadores.

Por ello, no resta más que disponer que el Sr. juez de grado corra traslado a las defensas de los imputados en los términos del art. 349 del CPPN.

El doctor Donna dijo:

Tal como lo sostuve en el caso "Barbará", la llegada del juez Bruzzone y sus profundos planteos jurídicos me obligan, cómo responde, a pensar nuevamente algunas posiciones que he debido mantener con anterioridad a esta nueva integración de la Sala.

I. El problema que se suscita ahora es debido a que se da tanto en la ley, como en la jurisprudencia, los casos en los cuales, habiéndose constituido la querella, el fiscal pide el archivo de la causa o el sobreseimiento del imputado, y el caso en el cual el fiscal no eleva la causa a juicio, pero sí lo hace la querella. En palabras de Cafferata Nores: "De los muchos aspectos que merecen reflexión en la actualidad acerca de los alcances de la actuación de la víctima de un delito constituida en querellante en el proceso penal, hay uno que nos parece sobresaliente: es el de las atribuciones que se le reconozcan relacionadas con la posibilidad de evitar que el proceso no se inicie (v.gr. desestimación de su denuncia o querella) o impedir que luego de iniciado finalice sin que se haya formulado imputación a persona alguna (v.gr. archivo porque se considere que el denunciado no constituye delito), o se cierre antes la realización del juicio oral y público mediante el dictado de un sobreseimiento. Y podría agregarse la posibilidad de procurar que la sentencia

absolutoria que se dicte, no quede firme y, en cambio, sea anulada para que se realice un nuevo juicio, o revocada o sustituida por una condenatoria". Este punto, agrega el autor citado con razón, se presta a otras discusiones ("Derecho a la justicia del querellante y posición desincriminatoria de Ministerio Fiscal", en torno al querellante particular, *Advocatus*, Córdoba, 2003, págs. 11 y ss.).

II. El tema se complica por varias razones que las enumero: la intervención del Estado frente al delito, y la consiguiente posibilidad de intervención de la víctima y sus derechos constitucionales, la naturaleza del querellante en el Código Procesal Penal, que es adhesiva, y por último y no se puede dejar de incorporar al debate, el fallo de C.S.J.N., en el caso "Santillán", del 13/8/98 (LA LEY, 1998-E, 331; 329; 432; 1999-A, 56), el cual de manera sintética sostuvo que la querrela tiene derecho a la jurisdicción consagrada implícitamente en el art. 18 C.N., y, por ende, a tener "la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes". Todo ello basado en (Fallos 199:617; 305:2150).

III. También a los efectos de evitar todo problema de interpretación sólo hay cuestión controvertida en esta Sala, en el caso que exista la parte querellante, ya que de lo contrario rige el principio que la acción es pública, que está en manos del Ministerio Público y que, en virtud del art. 120 de la C.N. es un órgano independiente que no debe recibir instrucciones de los jueces, tal como lo hemos venido sosteniendo en distintos fallos y desde hace tiempo (Sala I, causa "Hidalgo", n° 21.876, del 12/XI/2003; causa "Carro, Gastón Ezequiel", n° 22.230, del 18/XI/2003).

También queda fuera de la cuestión el caso de lo que se ha llamado la consulta analógica, en la cual, y de manera preocupante, la jurisprudencia ha recurrido al art. 348 C.P.P.N. de manera analógica y en contra del imputado, en contra de lo establecido expresamente por el art. 18 C.N. y 2 C.P.P.N. (Sala I, causa "Vara, Jorge", n° 8832, del 24/II/1998).

La cuestión, como lo ha hecho ver bien el juez Bruzzone, se limita a los casos en que el fiscal pide el sobreseimiento en la instrucción o la absolución en el juicio y los casos en que no se eleva la causa a juicio.

IV. Queda claro a mi juicio que el delito no es una cuestión privada, aún en los casos de los delitos llamados de acción privada. Esta afirmación ocurre por la confusión entre bien jurídico y objeto de protección. Los casos de delitos contra bienes jurídicos inconmensurables, como la vida, la libertad sexual, y aun la propiedad, y los que afectan bienes sociales, como los delitos contra la salud pública y los que afectan al Estado, como los delitos de los funcionarios públicos, son un claro ejemplo de lo dicho. 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 (Donna, Edgardo A., *Revista de Derecho Penal*, 2003, 1, Rubinzal Culzoni). En esto debo ser claro: la pena no tiene fines directos, y sólo se puede afirmar que viene a restablecer la norma como tal. Entender otra cosa es tratar a las personas como animales y ello no es posible (Hegel, *Filosofía del Derecho*, p. 119).

Para que se vea lo que digo. La desaparición de personas producida por las Juntas Militares desde el año 1976, no es un problema particular de los individuos, ni un problema sólo de las víctimas. Afirmar esto, es llegar a la conclusión de que en estos casos se podría admitir el consentimiento de las partes en juego. Piénsese el

consentimiento para la propia muerte, la tortura, el allanamiento ilegal, etc. De modo que es el Estado el que está seriamente interesado en este problema. Es el Estado, por ejemplo, el que no debe admitir la tortura por parte de los funcionarios públicos. Y, es más, el perdón de la víctima, en estos casos, es a mi juicio irrelevante, ya que están en juego bienes jurídicos inconmensurables.

En este sentido, se justifica que la acción sea pública y que esté en manos del Ministerio fiscal, y la obligación de este órgano de actuar en consecuencia.

V. Ahora bien frente a esto, como se ha hecho notar, qué sucede cuando la fiscalía, en los dos casos antes vistos, decide no seguir con la causa. ¿Puede el tribunal intervenir y decidir en contra de esta concepción, sabiendo que el fiscal no elevará la causa a juicio?, con lo cual, y dentro de los límites jurisdiccionales, la cuestión se limita a un solo aspecto: ¿se puede elevar una causa a juicio, sólo con la acusación de la querrela?

El problema no es menor porque todo sistema penal, y en especial el acusatorio, se sostiene en base a principios básicos: es esencial la existencia de una acusación previa. Y en este punto, se ha sostenido con acierto que: "en un determinado sentido bastaría afirmar, así, que el sistema acusatorio se caracteriza por el hecho de precisar de una acusación a efectos de incoar el proceso penal, para deducir inmediatamente que tal acción deberá ejercitarse por un sujeto diferente de aquel que se juzgará (Teresa Armenta Deu, Principio Acusatorio y Derecho Penal, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 39/40). Además, se requiere que esa acusación se sostenga, con la expresión alemana, "que la acusación debe permanecer separada de la función de juzgar" (Armenta Deu, ob. cit., pág. 40 y ss). Esta idea tiene como consecuencia que el imputado conozca esta acusación, y que exista una correlación entre ella y la sentencia, que se deduce de la exigencia del "principio de contradicción en el sentido elemental de contemplar la necesidad de someter a debate a todo dato fáctico o jurídico susceptible de influir en la sentencia. Es su vertiente constitucional, se pone de manifiesto en el derecho a conocer de la acusación formulada" (Armenta Deu, pág. 98/99).

Tradicionalmente Clariá Olmedo había sostenido que: "no puede haber juicio o plenario válido sin acusación. Esta se contiene en el requerimiento incriminador del Ministerio Fiscal, producido para evacuar la vista que se le corre para que haga mérito del sumario sobre el fondo" y agrega: "los sistemas mixtos asumidos por nuestra legislación han conservado el acto de acusación con su nota de esencialidad para que pueda abrirse el juicio penal. Esto implica en forma absoluta el procedimiento ex officio, considerando atentatorio contra la garantía de justicia. De aquí que la acusación sea ineludible del juicio plenario. En el procedimiento común, su órgano es el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la intervención del querellante conjunto o particular (Clariá Olmedo, T. III, actualizado por Jorge Raúl Montero, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 1998, n° 748, pág. 30731).

Como bien lo explica José María Asencio Mellado, refiriéndose al principio acusatorio: "es claro (que) toda condena habrá de requerir el mantenimiento a lo largo de todo el proceso, y hasta su terminación, de una acusación. La retirada de ésta o la petición de absolución equivale a ausencia de acusación y privación de objeto de proceso penal, por lo que la condena puede implicar en estos casos el ejercicio de la acusación por el mismo Tribunal de oficio" (José María Asencio Mellado, Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal, Estudios Trivium Procesal, Madrid, 1991, pág. 23).

Desde esta perspectiva son cosas distintas. La exigencia de acusación, por una parte, que tiene que ver, con el derecho de defensa, y por la otra, quien tiene la

acción penal en sus manos.

VI. Una de las soluciones al tema ha sido dada por autores como Bidart Campos y Cafferata Nores. El primero de ellos afirma de manera tajante que: "tardíamente hemos comprendido que ninguna ley ni en el Código Penal ni en los Códigos procesales, puede constitucionalmente privar de legitimidad procesal a la víctima de un delito en el proceso penal, por más que ese delito sea de acción pública y que esta corresponde al Ministerio fiscal" (Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, 1995, T° I, pág. 335, citado por José Cafferata Nores, ob. cit., pág. 23). Y el propio Cafferata afirma, refiriéndose al código de Córdoba, que: "De acuerdo a todo lo expuesto podemos decir que impedirle al querellante recurrir el archivo o el sobreseimiento que han sido obligatoriamente dispuestos, sólo porque los fiscales se niegan a investigar o a acusar configura una forma de negarle el acceso a la jurisdicción, una violación al derecho de defensa en juicio y una vulneración a su derecho a ejercer la acción penal pública en procura de la tutela judicial efectiva, que queda así "vacuo de contenido", lo que es inconstitucional, por vulnerar los artículos 8, 1 y 125 de la C.A.D.H.; el art. 40, párrafo 1° (Cafferata Nores, ob. cit., pág. 31).

En esta perspectiva se inscribe el ya citado fallo "Santillán", según este último autor en el sentido que le da a la parte querellante una facultad autónoma y aún sustitutiva de la del Ministerio Público, dejando de lado el precedente del caso "**Tarifeño**" (Cafferata Nores, ob. cit., pág. 22).

VII. Una primera respuesta es el control del Ministerio Público. A mi juicio, esto es esencial y todo el sistema acusatorio gira en base a la respuesta que se dé a este problema. En este sentido, esta Sala desde la llegada del juez Bruzzone le ha dado al Sr. fiscal general el control de estos casos, entendiendo la importancia del fiscal dentro del proceso y en una evolución en donde, tarde o temprano, la instrucción quedara en manos de fiscal. De modo que este primer paso parece esencial en este punto y entiendo que, si el Fiscal general no avala lo afirmado por el Fiscal de instrucción, es claro que la causa deberá seguir su curso normal de apelación o ir a juicio.

Con esto la cuestión queda resumida al caso en que también el fiscal general decide terminar con el juicio.

VIII. Vista la cuestión desde esta perspectiva, y retomando el punto I, en cuanto a la pena y los bienes jurídicos, insisto con la idea que la persecución y sanción de los delitos y la imposición de pena a los autores y cómplices es una función del Estado, que además de lo ya expresado con anterioridad evita la venganza. Me resisto a pensar que ser moderno y progresista es volver a darle a la parte privada el derecho de la venganza por intermedio de los jueces. Demasiado se influye, en jueces influenciados, por parte de la opinión pública, en la serenidad de su ánimo, para que desde la propia doctrina y la ley volvamos al derecho privado de la pena.

Vista así la cuestión y buscando el control racional, que obviamente el vetusto código Levene no había previsto, entiendo que si el Fiscal decide no elevar a juicio la causa, se termina el proceso, ya que el Estado es el que sostiene que no hay interés de seguir con ese caso. Si hay corrupción o desidia se verá por los organismos de control y se deberá sancionar a quien actúe de esa forma.

En este contexto debo hacer una mención al caso "Santillán" de la C.S.J.N. Más allá de entender que la única acusación válida es la que se produce después de recibir la prueba en el debate, entiendo que, para el caso que nos ocupa, la solución del caso está en la posición que sustento y en la de los fallos "**Tarifeño**" (LA LEY, 1995-B, 32/33), "García" (Fallos 317:2043), "Cattonar" (Fallos 318:1234) y ("M.528.XXXV.

Mostaccio, Julio Gabriel" del 17/2/2004 -LA LEY, 2004-B, 457; 2004-C, 69; DJ, 2004-2-2; RU, Rev. 2/2004, p. 35-). Como bien dice Santiago Martínez, (El querellante en el proceso penal y después de Santillán ¿Qué?, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año VI, n° 10, A, pág. 466), se siguió la idea que para que hubiera proceso se exige: acusación, defensa, prueba y sentencia.

Es que la cuestión es simple, en "Santillán" también dice lo mismo, ya que se exige que exista acusación del fiscal. Lo que pasa es que se conforma con la elevación a juicio. En palabras de Ensick: "De la detenida lectura del fallo Santillán se podrá comprobar que la Corte cuando habla del derecho del querellante lo hace dentro del estadio del juicio y no de la instrucción" (Luis Alberto Ensick, Algunas precisiones sobre el tantos veces comentado fallo Santillán en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 7, n° 12, pág. 416). En este precedente la Corte exigió el requerimiento de elevación a juicio y luego, una vez instalado allí el proceso, si después del debate no hay acusación, hace valer el derecho del querellante.

De todas formas este criterio fue abandonado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reciente fallo "Mostaccio", avalando así, nuevamente, la postura que sostengo en este tema.

En conclusión, la cuestión, a mi juicio, es clara: sin requerimiento fiscal no hay proceso válido. Y eso es lo que he venido votando, insisto, con menos fundamentos que los acá dados, debido a las circunstancias de la Sala I.

IX. En síntesis, he de votar que, cuando no hay requerimiento fiscal, o este pide el sobreseimiento o no requiere la elevación a juicio, previo control del superior, se debe sobreseer la causa, salvo en el primer caso que se podrá archivar.

Así voto.

El doctor Elbert dijo:

La sabiduría e inquietud jurídica por todos los aspectos del proceso penal que despliegan en sus votos a mis colegas preopinantes, me obliga a actualizar puntos de vista e ingresar en debates teóricos sin duda apasionantes. Lamentablemente el marco de este voto es insuficiente para explayarme en la extensión propuesta, y me limitaré a dejar sentado algunos puntos de vista personales, teóricos y prácticos, muy básicos, que fundamentarán la decisión que, en definitiva, adoptaré.

En cuanto al criterio que viene sustentado el doctor Donna respecto al artículo 120 de la Constitución Nacional (respecto al marco de acción de los fiscales), tengo dicho que lo interpreto de manera mucho más acotada. Creo que, aunque el Ministerio Público sea, indiscutiblemente, un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, ello no lo transforma en depositario excluyente del ejercicio de la acción pública en nuestro sistema judicial. El artículo 120 de la Constitución señala expresamente que sus funciones se ejercen "en coordinación con las demás autoridades de la República" y el art. 188 del CPPN regula la interacción del Ministerio Fiscal con el juez competente, sin limitar al segundo la posibilidad de impulsar la acción penal.

Comprendo que en un sistema teórico, de carácter acusatorio puro, el sistema debería adecuarse a los parámetros de exclusividad de la acción penal, pero lo cierto es que nuestro sistema se encuentra en un proceso de transición teórica. Por ende, deberá ser el legislador quien, en el futuro, asigne restricciones de competencia a los jueces, en función del impulso del Ministerio Público.

El otro punto aquí controvertido es el de las atribuciones de la querrela para impulsar las actuaciones, cuando el fiscal ha propuesto la desestimación, con o sin el aval del Fiscal General. A este punto me referiré de inmediato.

El voto del doctor Donna traza una impecable formulación de estricta dogmática, para definir la posición del particular en referencia al bien jurídico y al objeto de protección. He de adelantar, sin embargo, que no la comparto, por razones que exceden lo que considero la aspiración de una dogmática penal autosuficiente, convencida de su capacidad de construir un mundo racional perfecto, por fuera de los datos de la realidad. Debería remitirme a muchos de los trabajos que he publicado al respecto, desde el campo de la criminología pero sería excesivo traerlos aquí a colación.

Las construcciones teóricas más modernas en filosofía y derecho indican -según entiendo, mayoritariamente en los últimos 20 años- que la única evolución posible del derecho penal será en un sentido reductor, potenciando su capacidad de autolimitación y de dar solución real (no meramente simbólica) a muchos conflictos de los particulares afectados, con mediación, por acuerdo directo u otras vías alternativas. Algo se ha progresado ya, institucionalmente, en este sentido.

La visión clásica iluminista del individuo en el centro del orden jurídico, con un Estado "a su servicio", está en plena crisis, y la reiteración enfática de principios por los cuales el Estado protege y representa al ciudadano, de tan larga tradición, no garantiza su éxito futuro. Tal acto de fe se asemeja mucho al poder interventor desmedido en materia de menores, en nombre de su "tutela y protección", hoy tan criticada. (Sobre el particular también tengo abundantes publicaciones, a las que en otra oportunidad remitiré).

Las fundamentaciones retributivas de Kant y Hegel han sido largamente refutadas y el fin de la pena navega a la deriva, con el riesgo inminente de ser puesta al servicio de la actual pretensión de la seguridad total, en medio del mundo más inseguro e injusto de nuestra historia y en pleno renacer de la filosofía inquisitiva.

Es cierto que en casos extremos, como el homicidio, debe intervenir una instancia neutral. Pero estos hechos, afortunadamente, son minoritarios en la estadística criminal. Sabemos que la clientela habitual es la de los hechos menores, o de mediana gravedad, mientras que los delitos contra el medio ambiente, o contra la corrupción, siguen siendo buenos deseos teóricos de magros rendimientos prácticos.

El nivel de corrupción de las sociedades del siglo XXI no permite tampoco garantizar que no pueda haber connivencias entre funcionarios para cerrar definitivamente alguna causa. En el caso del Ministerio Público podría ocurrir, por ejemplo (imagino una hipótesis) que, deliberadamente, no se apelase una resolución, para dar por concluido un proceso, sin que los particulares afectados puedan hacer otra cosa que contemplar, en el colmo de la impotencia. He aquí una situación en la cual el carácter eminentemente público de las acciones puede resultar un arma de doble filo y la esperanza del castigo de los malos funcionarios un consuelo vano.

El Estado no es tampoco una noción abstracta, de constante confiabilidad, siempre justa por sobre los procesos sociales, justo cuando el mito del contrato social se agrieta, en medio de tendencias centrífugas en la comunidad.

La etapa histórica que atraviesa el país y la debilidad de sus instituciones, en medio del desprestigio de las estructuras judiciales, hacen aconsejable asegurar al ciudadano todas las formas posibles de impulso procesal, (aunque ello no pueda conformar una regla general ni compulsiva) para compensar su debilidad real, su

insignificancia frente a la abrumadora hegemonía de estructuras estatales que, lamentablemente, no gozan, como dije, del mejor predicamento.

En mi modesta opinión, los automatismos que puedan fulminar la vida de la acción penal, por loables que pudieran ser las intenciones sistemáticas que los impulsen, abren espacios que aumentan el poder de los funcionarios, en desmedro de los particulares, inermes y eternamente postergados ante la justicia.

Por las razones que anteceden, basadas mayormente en mi -tal vez superficial- interpretación de la realidad y huérfano de apoyo bibliográfico, postularé en más, que la querrela tiene el derecho de impulsar las actuaciones, pese a la desestimación por inexistencia del delito propuesta por el fiscal, con o sin el aval del Fiscal General. Expresamente me retracto de cualquier afirmación en sentido contrario, que pueda haber sostenido con anterioridad.

Habiendo suscripto el auto de fs. 2632 debería, en principio, inhibirme de actuar en este incidente, por cuanto implica opinar sobre la validez de mis propios actos. Sin embargo, corresponde especificar que, con posterioridad a dicha resolución, como resultado de haberse completado la integración de la Sala I, y los consecuentes debates a que ello dio lugar, hemos revisto algunos puntos de vista que modifican la jurisprudencia previa. En este caso, aludo en especial a la causa "Hidalgo, Elba", n° 21.876, resuelta el 12 de noviembre de 2003, donde se adopta el criterio nulificante que propugna el fiscal, respecto a la llamada consulta analógica del artículo 348 del CPPN.

Al haber cambiado mi opinión, entiendo que no hay incongruencia en propiciar que se nulifique un acto en que intervine funcionalmente en el pasado.

Sentado el principio general al que someteré mis votos, paso a analizar los argumentos del Juez Bruzzone.

Me resultan muy pertinentes las referencias a los antecedentes históricos del sistema actual y el reconocimiento de la ignorancia que el sistema ha tenido históricamente, respecto a las víctimas y testigos. Comparto también el sentido interpretativo que mi colega asigna al fallo "Santillán" de la CSJN.

Por lo expuesto, adhiero al voto del Dr. Bruzzone en cuanto a la legitimidad del querellante para requerir la elevación de las actuaciones a juicio de las actuaciones de manera autónoma, compartiendo también lo resuelto en relación a los imputados Bugallo, Storchi y Giraldi.

Por ello, el tribunal resuelve: I. Declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 348 del CPPN; II. Declarar la nulidad de los autos de fs. 2624/2626 y 2632; III. Tener por apartado al Ministerio Fiscal respecto de los acusados Roberto Bugallo, Fernando Martín Storchi y Julio César Giraldi; IV. Disponer que el Sr. juez de grado corra traslado a las defensas de los imputados Privato, Kamenetzky, Bugallo, Storchi y Giraldi, en los términos de art. 349 del CPPN. - Gustavo A. Bruzzone. -Edgardo A. Donna (en disidencia parcial. - Carlos A. Elbert.