

C. 28427/III

“Aranda, Eugenio Fabián s/ Incidente de Apelación”

San Isidro, 27 de septiembre de 2013.-

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver el recurso de apelación concedido a fs. 67. Practicado el correspondiente sorteo de ley, resultó que debía observarse el siguiente orden de votación: Jueces Carlos Fabián Blanco, Gustavo A. Herbel y, para el caso de disidencia, Celia Margarita Vazquez (conf. art. 440 del CPP y Acuerdo Extraordinario nro. 1543) formulándose las siguientes cuestiones:

1.- ¿Es admisible el recurso interpuesto?

2.- ¿Puede el particular damnificado continuar con la instrucción de forma autónoma ante el desistimiento del Ministerio Público?

3.- ¿Corresponde efectuar un control de legalidad de las decisiones del Ministerio Público referidas al archivo de las actuaciones o al desistimiento de las denuncias?

Y CONSIDERANDO:

A la primera cuestión el Juez Carlos Fabián Blanco dijo:

Surge de las constancias de autos, el presente recurso ha sido interpuesto contra el auto de fs. 19/27 que no hace lugar a la solicitud de los apoderados de la particular damnificada Lucila Freund de dejar sin efecto el dictamen de desestimación de la denuncia efectuado por el Fiscal General, de disponer medidas probatorias y de autorizar la actuación en forma autónoma sin intervención del Ministerio Público Fiscal.

Conforme se desprende del art. 433 del código de forma, debo decir que el recurso de apelación interpuesto por el particular damnificado, ha sido presentado en término, quien lo interpuso tenía derecho hacerlo, se observaron las formas prescriptas, pero debe analizarse si la resolución impugnada era recurrible como para declarar la admisibilidad del recurso interpuesto.-

El art. 439 del CPP prevé que “El recurso de apelación procederá contra las decisiones que expresamente se declaren apelables o que causen

gravamen irreparable”; en tanto que el art. 442 del mismo ordenamiento procesal impone que “El recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional que dictó la medida impugnada mediante escrito que contendrá, bajo sanción de inadmisibilidad, la indicación específica de los motivos de agravio y sus fundamentos.”. Por ello es que, ante el supuesto de que no haya sido prevista normativamente la posibilidad de recurrir una determinada decisión jurisdiccional, el recurrente debe justificar y fundar debidamente la existencia de un gravamen irreparable de imposible reparación ulterior que dicha resolución cause a esa parte.

En este norte, corresponde destacar que no se encuentra contemplada expresamente la posibilidad de recurrir un auto de la naturaleza del aquí impugnado. Por ello, resulta menester analizar si se verifica en el caso la concurrencia del mentado gravamen irreparable, de forma tal que habilite el ingreso por parte de este Tribunal de Alzada al estudio del remedio procesal intentado.-

El concepto de “gravamen irreparable” es explicado en los siguientes términos: “...se produce cuando no es susceptible de obviarse durante el trámite del proceso ni en la sentencia definitiva, de suerte que puede frustrarse el ejercicio de derechos procesales...El gravamen irreparable se proyecta al perjuicio definitivo que la resolución judicial causa a la parte en torno a su situación frente al proceso y que se encuentra protegida por el orden jurídico en general...” (D’Albora, Francisco; Código Procesal Penal de la Nación. Anotado, comentado, concordado. Tomo II; Lexis Nexis Abeledo Perrot; Buenos Aires; 2003; p. 991-992. En igual sentido, Irisarri, Carlos; Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado. Tomo 2; Astrea; Buenos Aires; 2005; p. 320).

En efecto, los letrados apoderados de la particular damnificada expresaron que la denegatoria del “a quo” de permitirles continuar con la instrucción del proceso penal de forma autónoma les causa gravamen irreparable, ello desde que al colocar exclusivamente en cabeza del Fiscal la decisión sobre la prosecución de la investigación criminal vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva al tornar ilusorio el derecho de las víctimas a ser oídas por un juez imparcial y obtener un eventual pronunciamiento judicial acerca de los hechos denunciados que las perjudicaron.

Los argumentos referidos precedentemente permiten, en mi opinión, tener por fundado el gravamen irreparable, pues los letrados apoderados de la Particular Damnificada explican la incidencia negativa que conlleva la denegatoria del “a quo” de hacer efectiva su pretensión de obtener un pronunciamiento jurisdiccional que revise la desestimación de la denuncia por inexistencia de delito efectuada por el Fiscal de Cámaras Adjunto, así como aquella de poder continuar con la instrucción de forma autónoma, sin poder subsanarse dichas circunstancias de ninguna manera con posterioridad.

Así las cosas, entiendo que el requisito de fundar el gravamen irreparable se encuentra satisfecho, por lo que propicio declarar admisible el recurso de apelación impetrado (arts. 21 inc. 1°, 421, 433, 439, 442 del CPP).

A la primera cuestión el Juez Gustavo A. Herbel dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante por sus mismos motivos y fundamentos.

A la primera cuestión la Juez Celia Margarita Vazquez dijo:

Adhiero al voto de mi colega Dr. Blanco, por sus mismos motivos y fundamentos.

A la segunda cuestión el Juez Carlos Fabián Blanco dijo:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal en razón del recurso de apelación interpuesto por los letrados de la particular damnificada contra el auto de fs. 19/27 que no hace lugar a su solicitud de dejar sin efecto el dictamen de desestimación de la denuncia efectuado por el Fiscal General, de disponer medidas probatorias y de autorizar la actuación en forma autónoma sin intervención del Ministerio Público Fiscal.

Cabe señalar que la intervención de esta judicatura se inició a partir de las decisiones del Ministerio Público de archivar y desestimar la denuncia efectuada por la Particular Damnificada contra Eugenio Fabián Aranda.

La Fiscal que llevó a cabo la instrucción de esta denuncia, la Dra. Asprella, con fecha 16 de marzo de 2012 decidió que correspondía archivar la misma de conformidad con lo dispuesto por el art.268, cuarto párrafo del C.P.P., dado que a su entender, de los elementos de prueba aportados y producidos no era posible advertir un obrar doloso por parte del imputado. Para llegar a dicha conclusión, la representante de la vindicta pública tuvo en cuenta las declaraciones prestadas por el Dr. Chuequel y la Dra. Pellegrini, los

médicos autopsiantes, quienes compartieron la hora de muerte sugerida por el Dr. Aranda durante el debate oral, fundando sus dictámenes en las características y lesiones del cuerpo al ser sometido a la autopsia y, fundamentalmente, en las apreciaciones efectuadas por el aquí imputado al momento de concurrir al lugar de los hechos.

Asimismo, refirió que los denunciantes, en ningún momento habían denunciado irregularidades durante la tramitación de la IPP o su elevación a juicio, cuando el hecho aquí bajo análisis ya se encontraría “consumado”. También destacó que los magistrados intervinientes durante el juicio no compartieron la valoración de los otrora defensores particulares, ello desde que de haber sido así debieron de haber denunciado conforme la manda del art.286 del C.P.P.

En este norte, entendió que el hecho de que el Fiscal de Casación hubiese mantenido el recurso contra la absolución de la aquí denunciante, haciendo uso de las mismas cuestiones de fondo y obligaciones de funcionario público referidas, constituía un elemento de convicción para convalidar sus conclusiones al decidir el archivo de la presente denuncia.

Además, refirió que de las constancias existentes no podía extraerse un obrar doloso en la declaración efectuada por el Dr. Aranda durante el debate oral, ello desde que en dicha oportunidad este ratificó el mismo horario que había afirmado cuando presentó su primera pericia en los albores de la investigación.

De este modo, entendiendo que en el caso no sólo no se advertía una discrepancia objetiva entre lo afirmado por Aranda y la realidad, ni tampoco una contradicción entre lo que se declara y se sabe que es irreal o inexacto, y siendo que las posibles negligencias que ocasionen peritajes erróneos no necesariamente acarrearán la responsabilidad penal dado que el dolo directo no puede presumirse, la Representante del Ministerio Público, decidió archivar la denuncia y mantener un comportamiento expectante hasta tanto el Excmo. Tribunal de Casación Penal resolviese el suceso en que la denunciante se encuentra imputada.

Ante dicho dictamen, los representantes de la particular damnificada le requirieron al “a quo” que se les permitiera continuar con la instrucción de forma autónoma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del C.P.P. ya

que a su entender, dicha norma reconoce en cabeza de la víctima -convertida en particular damnificada- el acceso a la jurisdicción, receptado en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Es decir, el derecho a que un órgano jurisdiccional determine el alcance de sus derechos -tutela judicial efectiva-, extremo de imposible realización cuando en casos como el de autos el Ministerio Público Fiscal archiva de forma unilateral y arbitraria una denuncia.

Conforme la comprensión de los letrados patrocinantes, la norma en cuestión no sólo reconoce una amplia participación del particular damnificado durante la investigación criminal, sino que lo ha constituido con facultades suficientes como para impulsar cualquier proceso que el Fiscal decidiera no proseguir.

En segundo lugar, cuestionaron el dictamen de archivo de la Dra. Asprella, en tanto, a su parecer, la funcionaria hizo uso de este mecanismo a fin de evitar un pronunciamiento de la magistratura sobre el fondo del asunto, ya que, de haber creído que no se encontraba configurado el dolo que exige la figura penal imputada lo que debió haber hecho fue en efecto solicitar el sobreseimiento del imputado, situación en la cual indefectiblemente iba a existir un pronunciamiento judicial.

Por otra parte, criticaron la conclusión final del dictamen de archivo por el cual se está a la espera de los resultados del recurso de casación interpuesto contra la sentencia absolutoria de Lucila Frened, dado que si bien el ilícito investigado en las presentes se habría consumado durante aquel procedimiento, no existían objetos coincidentes entre ambos, por lo que constituía una confusión dejar este proceso a la suerte de aquel otro.

También se hicieron eco los letrados de las referencias que la Fiscal hizo a que estos no habían denunciado el hecho aquí imputado como constitutivo de un delito al momento de su consumación. En cuanto a estas afirmaciones, sostuvieron que hubiera sido imposible denunciarlo durante la tramitación de la IPP ya que el hecho se consumó con posterioridad y que, a diferencia de lo que afirmaba la representante del Ministerio Público, sí lo habían denunciado durante el debate y ello constaba en el acta del mismo.

En su libelo, no sólo cuestionaron la reciente declaración testimonial del Dr. Chequel en sede fiscal en tanto la misma no se condecía con lo por él declarado durante el debate oral de la causa seguida a la Srta. Frened, sino que

también criticaron que el Ministerio Público se hubiese limitado a efectuar preguntas y citar testigos tendientes a esclarecer el horario de muerte de Soledad Grabenheimer, hecho el cual no resultaba ser objeto de esta investigación en sí mismo sino, más bien, si el Dr. Aranda había modificado sus conclusiones al respecto de forma dolosa durante el debate ya que tras la junta médica había presentado un horario de muerte distinto – durante el cual Frened no se encontraba dentro de la escena del crimen.

A continuación, los letrados profundizaron en los motivos por los cuales a su parecer el Dr. Aranda había incurrido en falso testimonio, entendiendo que el Fiscal de la causa seguida a Lucila Frened, el Dr. Guevara -quien a su parecer ya había incurrido en sendas inconductas procesales- lo había inducido a tales acciones a fin de poder poner a la allí imputada en el lugar de los hechos.

Finalmente, tras señalar que la denuncia que diera origen a esta causa no fue radicada en forma previa a fin de no perjudicar a la defensa de su asistida, solicitaron al “a quo” deje sin efecto el archivo, cite a todos los profesionales intervinientes en la junta médica a fin de que brinden declaración testimonial sobre si tienen conocimiento de por qué el Dr. Aranda modificó su testimonio; tenga presentes las conductas denunciadas en ese libelo, solicite ad effectum videndi et probandi el material de video filmado de la reconstrucción del hecho e investigue los delitos denunciados.

En atención al contenido de dicha solicitud, el magistrado garante reencausó la solicitud de conformidad con el sistema previsto en el art.83 inc. 8 del C.P.P. y le dio vista a la Fiscalía de Cámaras a fin de que esta se expidiera sobre el archivo dispuesto por la Fiscal interviniente.

Corrido el traslado, el Fiscal Departamental Adjunto, el Dr. Vaiani, decidió no hacer lugar a la queja por ineficacia articulada y modificar el archivo, disponiéndose en su lugar la desestimación por inexistencia de delito (art.290 C.P.P.).

En cuanto a los argumentos esbozados por los letrados, sostuvo que el artículo 6 del ritual invocado por la parte no tiene ni el alcance ni les otorga la autonomía pretendida, sino que les concede un rol de colaborador del Ministerio Público, tan sólo previendo su autonomía con posterioridad a la declaración prevista en el artículo 308 del C.P.P., momento en que el imputado

cobra plenos derechos. Ya que de lo contrario no existiría diferencia entre la acción pública y la privada.

Por otra parte, en lo que refería al agravio sobre la valoración de la Fiscal interviniente acerca de que no se encontraba presente el elemento subjetivo del tipo penal en trato, el Dr. Vaiani, tras señalar que el propio ordenamiento ritual establece el modo en que habrán de superarse las divergencias entre los testimonios prestados en la investigación y aquellos prestados en el debate, refirió que el Dr. Aranda dio explicación de sus dichos durante el debate oral por lo que mal podía sostenerse la preponderancia de una declaración escrita, la cual no había sido incorporada por lectura al debate.

Así, a modo de conclusión, si bien compartió con los letrados que el archivo no era el procedimiento adecuado de conformidad con las constancias recabadas en la presente, al no advertir mendacidad o falsedad por parte del Dr. Aranda en su declaración en el debate, entendió que la ausencia del tipo subjetivo exigía la desestimación de la denuncia de conformidad con lo dispuesto en el art.290 del C.P.P.

Fue en razón de estas manifestaciones del Ministerio Público Fiscal departamental que los letrados patrocinantes de la particular damnificada solicitaron al “a quo” nuevamente que deje sin efecto la desestimación y les permita continuar como acusación en reemplazo del Acusador Público.

En ese norte, refirieron que de adoptarse la interpretación efectuada por el Fiscal Adjunto en cuanto a que la autonomía del acusador privado tan sólo nace en caso de que se hubiera efectuado la declaración a tenor de lo dispuesto por el art.308 del C.P.P., los ciudadanos comunes se verían impedidos de obtener justicia en aquellos casos que involucren al Ministerio Público ya que sus miembros fácilmente podrían hacer desaparecer las denuncias tan sólo negándose a investigar, sin que jamás la jurisdicción pudiera revisar su juicio.

Asimismo, entendieron que resultaba erróneo el criterio aplicado por el Dr. Vaiani referido a que en caso de contradicción entre un testimonio brindado durante la instrucción bajo juramento de decir verdad y uno brindado durante el debate había que estar sin más al segundo, ya que ello permitiría que las personas mintieran sin consecuencia alguna durante la IPP. En este sentido, señalaron que no se encontraba discutido en autos que en una sentencia tan

sólo pueden considerarse aquellos actos que se vieron reproducidos durante el debate, sino en realidad, el hecho de que una sentencia no puede “lavar” los delitos cometidos durante la investigación, por lo que era menester esclarecer en qué momento había mentido el aquí imputado.

Por ello, tras cuestionar la decisión de desestimar la denuncia por el art.290 del C.P.P. por entender que los hechos por ellos denunciados sí constituían delitos, reiteraron al “a quo” su solicitud de que dispusiera la producción de las medidas probatorias por ellos solicitados y de que los tenga por constituidos como la única acusación.

En consecuencia, llamado a pronunciarse, el magistrado garante resolvió no hacer lugar a la pretensión de los querellantes. Para así decidir, entendió que no se encontraba dentro de las facultades conferidas por el digesto procesal a la judicatura aquella de revisar las decisiones del Ministerio Público de archivar o de desestimar una denuncia. De este modo, señaló que el legislador, para estos casos, a fin de proteger los intereses de las víctimas de la posible arbitrariedad de un Fiscal estableció un procedimiento de doble conforme dentro del ámbito del Ministerio Público, sin habilitar la injerencia del poder judicial.

Con respecto a la solicitud de que ordenase la producción de medidas de probatorias, luego de hacer una breve referencia a las características del sistema acusatorio y sus principios, entendió que adoptar una decisión de esa naturaleza implicaría abandonar su rol de tercero imparcial en el proceso y por lo tanto vulnerar el derecho al debido proceso del imputado, garantía esencial que rige en el procedimiento penal.

Por último, en cuanto al requerimiento de que se les permitiese continuar con la instrucción de la denuncia a pesar del desistimiento fiscal, el magistrado garante explicó que si bien el código procesal penal de la provincia le reconoce un amplio grado de autonomía al particular damnificado e incluso la posibilidad de ser el único acusador, estas competencias tan sólo les eran concedidas cuando la instrucción hubiera finalizado -es decir, después de que se hubiera tomado declaración del imputado a tenor de lo dispuesto por el art. 338 del C.P.P. y se estuviera en condiciones de requerir la elevación a juicio-, reteniendo el Ministerio Público el monopolio exclusivo de la instrucción de la acción.

II.- Contra dicha resolución interpusieron recurso de apelación los letrados patrocinantes de la particular damnificada. En su libelo recursivo se agraviaron de las limitaciones impuestas por el “a quo” a las facultades y competencias del particular damnificado. Ello desde que a su entender, de aceptarse tal interpretación se estarían limitando las facultades del particular damnificado más allá de lo que la ley regula.

En este norte, refirieron que el artículo 6 del C.P.P., al posibilitarle al particular damnificado el impulso del proceso, se dirige a garantizar la subsistencia del sistema acusatorio frente a una eventual ausencia del Ministerio Público Fiscal.

Asimismo, señalaron que la denegatoria del “a quo” de que ellos puedan continuar con la instrucción en ausencia del Ministerio Público deviene en una flagrante violación de la tutela judicial efectiva –derecho al acceso a la justicia de las víctimas- entendida esta como el derecho de todos los individuos a que se investiguen judicialmente los hechos delictivos de los cuales resultaron damnificados.

De este modo, sentenciaron que mal podría hacerse efectivo el derecho de las víctimas a que se investiguen los hechos que denuncian y a obtener un pronunciamiento judicial al respecto, si sus facultades tan sólo cobraran virtualidad una vez finalizada la instrucción ya que, de ser así, se verían indefensos en caso de que el Ministerio Público decidiese concluir la investigación en la etapa sumaria, dado que ningún tercero imparcial podría revisar su decisión.

También se agraviaron de la decisión del Fiscal Adjunto de Cámaras al revisar el archivo dispuesto por la Fiscal de intervención por entender que al confirmarlo por distintos fundamentos -desestimar la denuncia por inexistencia de delito en los términos del art.290 del C.P.P.- constituía una violación del reformatio in peius.

Finalmente, con cita de normas de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y de la Constitución Provincial, solicitaron a esta Alzada declare la inconstitucionalidad de las normas que impiden que el particular damnificado sea oído por un juez imparcial, revoque el auto apelado, deje sin efecto la desestimación decretada por el Fiscal Departamental Adjunto y tenga presente la reserva de caso federal.

A fs. 75/76vta. consta el acta de la audiencia celebrada a tenor de lo dispuesto por el art.447 del C.P.P.. En la misma, tras ratificar el escrito de apelación que diera motivo a la intervención de esta Alzada, señalaron que las constancias o pruebas objetivas agregadas a esta I.P.P. dan cuenta de las contradicciones en las que incurrió el aquí imputado y de la falta de verosimilitud de sus dichos para justificar los cambios de horario aproximado de muerte en las distintas pericias que presentó. Así, refirieron que no resulta creíble la excusa aportada por el aquí imputado en tanto en la junta médica nunca existió un consenso sobre el horario de muerte, tan es así, que cada médico -inclusive Aranda- presentó un informe individual.

Respecto de la afirmación del Fiscal Adjunto departamental en cuanto a que si existen dos declaraciones contradictorias hay que estar a la prestada durante el debate oral, se agraviaron los letrados por entender que de ser así, cualquier persona podría mentir durante la investigación, sin enfrentarse a consecuencia alguna.

En lo que refiere al rechazo del “a quo” de que puedan continuar de forma autónoma con la instrucción ante el desistimiento del Ministerio Público, los letrados señalaron que dicha interpretación lleva a retomar la antigua discusión sobre qué debe entenderse por la palabra “juicio”, sugiriendo, en ese norte, que debe realizarse una interpretación amplia de la norma, ya que de no hacerse ello, se estaría de facto creando dos clases de particulares damnificados, uno que puede requerir la elevación a juicio y otro que se encuentra sometido al libre albedrío de las decisiones unilaterales de los representantes de la vindicta pública, cercenando así el derecho de las víctimas a ser oídos por un juez imparcial.

A continuación, refirieron que el testimonio de la médica autopsista, la Dra. Pellegrini, resulta de vital importancia para el hecho investigado en autos, desde que la misma, al prestar testimonio relató que durante el proceso seguido a la aquí Particular Damnificada, se había realizado una segunda junta médica, a espaldas de la defensa y del Tribunal interviniente, a fin de reforzar lo que ellos entienden fue el falso testimonio de Aranda. Extremo el cual, a su parecer, revela que los supuestos de desestimación alegados por el Dr. Vaiani no resultan aplicables al caso.

III.- Ahora bien, analizados motivos de agravio y las constancias de los autos principales, entiendo que corresponde confirmar parcialmente la decisión judicial recurrida, rechazar el planteo de inconstitucionalidad, y nulificar parte de dicha resolución, en base a las circunstancias de hecho y derecho expuestas:

Que, en las presentes actuaciones, se investiga el delito de falso testimonio, y en los términos del artículo 71 del código penal, el mismo constituye un delito de acción pública, y por otro lado, en nuestro derecho local, no se puede negar la autonomía al derecho procesal penal en el ámbito legislativo, con fundamento constitucional en los artículos 5, 75 inc. 12 y 121 de la Carta Magna, en virtud de lo cual el dictado de las leyes de organización judicial y las normas de procedimiento, son competencia exclusiva de las Cámaras Legislativas Provinciales y no del Estado Federal, instaurándose así, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, un proceso penal acusatorio con un Ministerio Público Fiscal a cargo de la investigación penal preparatoria (artículos 45 y 166 de la Constitución Bonaerense).

Y, en ese sentido, el código de procedimiento penal bonaerense, dispone en su artículo 6 en relación a la naturaleza de aquellos tipos de delitos: “La acción penal pública corresponde al Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de la participación que se le concede a la víctima y al particular damnificado. Las peticiones del particular damnificado habilitarán al Juez o Tribunal a abrir o continuar el juicio, a juzgar y a condenar con arreglo a las disposiciones de éste Código. La participación de la víctima como del particular damnificado no alterará las facultades concedidas por la ley al Ministerio Público, ni lo eximirá de sus responsabilidades. El ejercicio de la acción no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley” (texto según ley nº 13.943).

Por otro lado, el artículo 56 del mismo texto legal, señala en relación al Ministerio Público Fiscal que “promoverá y ejercerá la acción penal de carácter público, en la forma establecida por la ley “ y dicha norma se complementa con los artículos: 59, en cuanto dispone que: el Agente Fiscal dirigirá, practicará y hará practicar la Investigación Penal Preparatoria, 267 que prescribe “La Investigación Penal Preparatoria estará a cargo del Ministerio Público Fiscal,

según las disposiciones de la ley y la reglamentación que se dicte...” y con el inciso 1º del artículo 17 de la ley n°12.061”.-

Y de forma complementaria, la citada ley provincial n° 12.061 denominada de organización del Ministerio Público, establece en su artículo 1º que dicho Ministerio es el cuerpo de Fiscales, Defensores Oficiales y Asesores de Incapaces que, encabezado por el Procurador General, actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

Paralelamente, durante la tramitación de la investigación penal preparatoria, el particular damnificado tiene las siguientes facultades: solicitar las diligencias útiles para comprobar el delito y descubrir a los culpables, siendo de aplicación lo previsto en los artículos 273 y 334 segundo párrafo. Sin perjuicio de ello, podrá reiterar su solicitud en la oportunidad determinada en el artículo 338; pedir medidas cautelares para asegurar el pago de la indemnización civil y las costas; asistir a las declaraciones de los testigos, con facultad para formular preguntas y pedir aclaraciones; recurrir en los casos, por los medios y en la forma prevista para los representantes del Ministerio Público Fiscal, aún cuando dicho representante no recurra, y finalmente, a procurar la revisión, ante el Fiscal de Cámara Departamental, de la desestimación de la denuncia o el archivo (Artículos 79 y 83 inc. 8 del C.P.P.).

Como puede verse, frente a un hecho como el investigado y en la etapa procesal que nos encontramos, el titular de la acción pública es el Estado, quien la ejerce exclusiva y monopólicamente a través de un representante: el Ministerio Público Fiscal, quien manda dentro de la investigación penal preparatoria frente a un particular damnificado, que en la primer etapa del proceso no tiene la posibilidad de excitar autónomamente por sí la acción, dado que de aceptarse esa propuesta, se estaría transformado un delito de acción pública en acción privada.

En la exposición de motivos de la ley n° 13.943, mediante la cual se han acrecentado por última vez las facultades de la víctima, con el texto citado del artículo 6 del código de forma, de ninguna manera se va en menoscabo del rol del Ministerio Público Fiscal: “ ... **Existe una impostergable necesidad de reforma de la justicia penal bonaerense, tendiente a profundizar el**

sistema acusatorio para mejorar la respuesta del sistema penal a los graves conflictos que reclaman su intervención, acelerando los procesos penales y optimizando los recursos existentes, adecuando para ello sus órganos y sus procedimientos, asegurando coetáneamente los derechos del imputado **y garantizando una mayor tutela de los derechos de la víctima**. Asimismo, en consonancia con lo resuelto por la C.S.J.N. in re “Santillán”, “Del Olio” y “Quiroga”, tendencia receptada en los códigos de procedimiento penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley Nro. 2303; arts. 207, 244 y ccs), Chubut (Ley Provincial Nro. 3155; arts. 37, 38, 298, 329 a 345) y Santa Fe (Ley Nro. 12.734; arts. 16, 97 inc. 7, 287, 329 y ccs), se ha reconocido al particular damnificado la facultad de formular acusación y abrir autónomamente el juicio, en nuestro caso, cuando el juez de garantías no está de acuerdo con la solicitud de sobreseimiento del agente fiscal. De este modo se le garantiza el derecho a ser oído. En el debate oral podrá acusar y sostener la acusación fiscal no obstante el retiro que pueda realizar el funcionario público (art. 368), tendencia que se ha impuesto a partir de los precedentes de la C.S.J.N. citados, y recogidos en las últimas reformas procesales ya mencionadas. Además, se prevé que en el caso que el Ministerio Público en todas sus jerarquías instare el sobreseimiento del imputado, al no existir un interés público en la persecución, el particular damnificado pueda concurrir al juicio oral. No se estima necesaria en este supuesto la presencia del Fiscal porque el control de legalidad en el debate constituye un deber que recae sobre el tribunal. La citada regulación permite sumar a las opciones que el sistema prevé otras de igual significación. En la primera etapa, la investigación penal preparatoria también persigue como finalidad la reparación del daño que el delito le ocasiona a la víctima (sanción informal), alienta la discontinuidad de la violencia penal con una clara orientación al modelo de solución de conflictos; de allí el archivo sujeto a condiciones y la posibilidad del imputado de obtener el sobreseimiento cuando compensa social y positivamente mediante actos posteriores de restauración que implican un reconocimiento a la validez de la norma y una reparación, como se dijo, a su quebrantamiento (art. 323 inc. 7). En esta etapa, la aplicación de criterios de oportunidad queda bajo la órbita del Ministerio Público. La víctima puede requerir la revisión del archivo ante el Fiscal General, quien será el que determine la prosecución o no de la pesquisa.

No obstante, si se da por finalizada la etapa preparatoria y la víctima constituida en particular damnificado formuló acusación, el Fiscal carece ya de potestad para cerrar unilateralmente el proceso y sólo puede, en cambio, solicitar a su superior el cese de la intervención del Ministerio Público Fiscal. Se acuerda en este supuesto al particular damnificado la posibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal. **De este modo se articulan armónicamente las relaciones con el Ministerio Público, quien conserva en exclusividad el monopolio de la investigación y los intereses del ofendido.** Si durante la investigación penal preparatoria no se utilizaron estas vías alternativas tendientes a reparar el daño causado por el delito, se deben profundizar otras respuestas, entre las cuales se encuentra la punitiva, que ha sido reconocida como un corolario del derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva. Esta es una cuestión directamente vinculada a los derechos y garantías personales que tienen protección en la Constitución Nacional. Los lesionados no pueden ser privados de este derecho, reconocido en los artículos 42 y 1.096 del C.C., en cuanto admite “la acción criminal” para “acusar y pedir el castigo”. La pena también constituye una respuesta eficaz para reparar la humillación que importa la comisión del delito, al restablecer en la víctima, su dignidad, respeto y confianza, además de comunicar a la sociedad que la norma infringida sigue vigente. Por ello el reconocimiento de nuevas facultades al particular damnificado para abrir el juicio cuando el juez de Garantías no está de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el Ministerio Público Fiscal, y autonomía plena de gestión procesal, o posibilidad de sostener la acusación en caso de abandono fiscal durante el debate oral. La provincia de Buenos Aires debe encontrar respuestas adecuadas para enfrentar los desafíos que su realidad local le presenta. Hoy la presencia de la víctima sosteniendo la acusación en los casos en que la ley procesal lo autoriza nos obliga ante esta mayor protección jurídica a garantizarle asistencia letrada, razón por la cual resulta fundamental el convenio suscripto con el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires para asegurar gratuitamente el patrocinio letrado de la víctima. La ley procesal penal reformada propicia la igualdad en la protección para las víctimas. **En suma, la internacionalización de los derechos humanos representa los nuevos principios inspiradores de una víctima protagonista frente al delito.** En esa dirección la reforma proyectada,

asumiendo los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, reconoce a los ciudadanos recursos sencillos y rápidos ante jueces y tribunales competentes a fin de obtener amparo contra actos que violen sus derechos fundamentales (art. 25 Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 13 -entre otros- de la Convención contra la Tortura y otros tratos penales crueles inhumanos o degradantes e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Nros. 28/92 y 29/92 en los que se señala que el derecho a querellar constituye un derecho fundamental del ciudadano).” (la negrita me pertenece).

Siguiendo la metáfora explicada por el Dr. José Cafferata Nores en una de sus disertaciones hace años, que consiste en la figura de un caballo montado por dos jinetes, uno conduciéndolo y otro solo enancado: el animal pretendía simbolizar a la persecución penal pública, el jinete con las riendas del Ministerio Público Fiscal y el llevado en ancas el querellante, frente al artículo 71 del código de fondo y las normas provinciales citadas, si el jinete principal (Ministerio Público) se baja, el acompañante (Particular damnificado) no puede seguir cabalgando solo, tal como lo ha replicado el Dr. Julio B.J.Maier, “es imposible cabalgar un caballo ajeno, contra la voluntad de quien lo posee y cuida”, y es imposible que el particular damnificado siga la investigación penal preparatoria cuando el Ministerio Público Fiscal ha decidido lo contrario, con todos los recaudos de ley, sin que se menoscabe ninguna garantía constitucional.

Se ha dicho -y lo comparto- que la participación del damnificado por un delito de acción pública en un proceso penal, no cabe duda que encuentra asidero en el bloque de constitucionalidad federal, pero la misma se refiere a la posibilidad de intervenir con límites bien determinados por las leyes procesales y de organización judicial, sin que se deje establecida la obligación del derecho de acusación privada por quien resulta víctima de un delito de acción pública en la primera etapa del proceso de naturaleza preliminar.

De este modo, advierto que, aún cuando la reforma impuesta por la ley provincial 13.943 ha ampliado y esclarecido las facultades del particular damnificado, fundamentalmente en aquellos casos en que el Ministerio Público Fiscal desiste de la acusación, no puede inferirse de ello que el particular damnificado sea un cotitular de la acción pública, sino que, en efecto, se le ha

reconocido el derecho a la acusación sólo para aquellos casos en que, una vez finalizada la instrucción, el Fiscal solicitase el sobreseimiento del imputado. Es decir, no caben dudas de que el monopolio de la investigación en los delitos de acción pública aún permanece en cabeza del Ministerio Público.

Ello se observa aún más del juego armónico del art.6, previamente citado, con las facultades otorgadas por el ritual al particular damnificado en el art.334 bis de requerir la elevación a juicio, ante la solicitud de sobreseimiento efectuada por el Ministerio Público. Es decir, la normativa vigente, si bien expandió sus facultades en el proceso, las limitó a la apertura del juicio, y no así a la sustanciación de la instrucción.

Señala Maier que "...el querellante no posee las atribuciones coercitivas ni ejecutivas de las que goza el ministerio público fiscal o su auxiliar, la policía... El uso de la fuerza pública concierne sólo a la fiscalía y a su auxiliar en estos menesteres, la policía, que la detenta... El querellante, o quien por él (mandatario o representante) cumple ese papel, se comporta como un simple ciudadano, con las facultades que a él le autoriza, excepcionalmente, la ley procesal penal... Comparado con el ministerio público fiscal, **el querellante tampoco puede dirigir la instrucción preliminar y practicar sus actos** o cumplir esa tarea por delegación del juez de instrucción. La ley describe y circunscribe su actuación cuando explica que le corresponde "impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezca[n]", facultades que definen su papel genérico en el procedimiento..." (Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, Tomo II. Parte general. Sujetos procesales., págs. 686/687) (la negrita me pertenece).

Y ello es así dado que, a diferencia de lo que pretenden los recurrentes, no existe un derecho constitucional que ampare la legitimación de la investigación en cabeza del acusador privado siendo, eventualmente, tal decisión sólo una facultad que puede ser atribuida por el legislador.-

Ahora bien, actualmente, "para los delitos de acción pública, el único acusador con legitimación propia y natural, conforme al sistema, es el Estado, por intermedio del órgano predispuesto para ello, sintéticamente expresado, el ministerio público fiscal o fiscalía" (Maier, Julio B.J., op. Cit, págs.648)

En este sentido se ha pronunciado la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal al sostener que “no puede derivarse ni de los artículos 8, párrafo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 14, párrafo 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como derecho inherente a toda persona, el de acusar por los delitos que puedan aparecer como víctimas. La decisión de si debe reconocerse o no a las personas tal derecho, y en su caso de manera adhesiva o autónoma, ha sido librada al razonable marco de discreción del legislador interno tanto por la Constitución como por los instrumentos internacionales citados. (...) “En efecto, desde antiguo la Corte Suprema se ha pronunciado en el sentido de que el querellante no tiene un derecho constitucional para intervenir en la causa criminal como tal, ni a obtener la condena penal de terceros (fallos: 143:5; 252:195 y sus citas). Esta discreción concedida por la Constitución, no se ha visto modificada por la incorporación al orden interno, con jerarquía constitucional, de los instrumentos internacionales de derechos humanos (art.75, inc.22, CN). Si bien en ellos se reconoce el derecho a acceder a un recurso judicial efectivo que ampare contra todo acto de agentes del Estado o de particulares que violen sus derechos reconocidos por estos instrumentos, por la constitución o por la ley (arts.8 D.U.D.H., 25 C.A.D.H., 2.3 P.I.D.C.P.), nada indica que el recurso de “protección” sea equivalente a un derecho de acusación privada de quien se pretende víctima de un delito”...” (C.N.C.P., Sala I, causa nº12.960, “Tígalo, Gastón y otros s/ recurso de casación”, registro nº 19.798, rta.11/07/2012)

Sentado ello, cabe destacar que conforme inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, por ello, debe ser considerada como última ratio del orden jurídico, y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 311:394; 312:122 y 322:842, entre muchos otros) o bien cuando se trate de una objeción constitucional palmaria (Fallos: 14:425; 200:180; 105:22; 112:63 y 182:317).

En el caso, más allá de que los recurrentes solicitan de forma abstracta y genérica se declare la inconstitucionalidad de las normas del ritual que impidan

que el particular damnificado se constituya como acusador privado autónomo ante el desistimiento del Ministerio Público, advierto que, de conformidad con los argumentos vertidos previamente, no se encuentran presentes los elementos que justifiquen la adopción de una decisión de esta naturaleza, en tanto no existe una repugnancia con la cláusula constitucional manifiesta ni una incompatibilidad inconciliable entre los derechos tutelados al particular damnificado y las disposiciones del código procesal penal que a él se refieren.

En consecuencia, al no ser el modelo propuesto por los recurrentes el adoptado por los códigos de fondo y forma -acusación privada en los delitos de acción pública durante la tramitación inicial de una investigación penal preparatoria-, y dado que no se advierte vulneración de normativa constitucional alguna a través del sistema procesal adoptado por la provincia ni que esa imposibilidad que se pretende sea irrazonable, entiendo corresponde la confirmación de lo recurrido y rechazar el planteo de inconstitucionalidad (Art. 28 de la Constitución Nacional).-

A la segunda cuestión el Juez Gustavo A. Herbel dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante por sus mismos motivos y fundamentos.

A mi juicio, la primera cuestión a dilucidar es si existe para la víctima un derecho constitucional a intervenir en el proceso penal, y en su caso, si este puede independizarse del Ministerio Público Fiscal, al punto de realizar una investigación penal autónoma de éste.

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), incorporada a nuestra constitución (art. 75.22) menciona a la víctima al indicar que “toda persona” tiene “derecho a ser oída por juez” (8.1) y a la “tutela judicial efectiva” (25). Interpretando esta facultad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a señalado en “Bulacio” (18/09/2003) que: “...los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo a la ley interna y las Normas de la Convención Americana” (parág. 106). Más recientemente, ese mismo organismo internacional ha dicho en “Millacura” (26/08/2011) que las víctimas de violaciones a derechos humanos deben contar con: 1). amplias posibilidades de ser oídos y actuar en procesos, en procura de esclarecer el hecho y del castigo a los culpables; 2). recursos judiciales rápidos y eficaces

para determinar: paradero, estado de salud o autoridad que priva de libertad (denominado Habeas Corpus en nuestro contexto jurídico); 3). obligación estatal de investigar de oficio y sin dilación.

Es decir que la CIDH, cuyos lineamientos son atendidos por la Corte Suprema de Justicia Nacional (CSJN), ha interpretado como parte de los derechos humanos, el que la víctimas de delitos de lesa humanidad, tengan acceso al proceso penal en pos del esclarecimiento del hecho y la sanción de sus responsables. Y de ello emerge que, en primer lugar, no se pronunció respecto de delitos comunes, y en segundo, que nada dijo sobre el modo debe instrumentarse el acceso de la víctima al proceso; esto es, si debe ser mediante reclamos a la fiscalía o como legitimado en el proceso penal; cuestión cuya reglamentación ha dejado en manos del derecho interno de cada estado parte.

Por su parte, nuestra CSJN, ya se había pronunciado sobre el punto al indicar en “Santillán” (13/8/1998) que representa un “...menoscabo de los derechos asegurados por la Constitución Nacional al privar 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 esta interpretación dejaría a aquél vacuo de contenido” (la negrita no pertenece al original). En otras palabras, la víctima legitimada por ley en el proceso penal, tiene derecho a que la justicia se pronuncie sobre su pretensión punitiva.

En “Quiroga” la Corte indicó que “La invalidación del procedimiento del art. 348 del CPPN significa un debilitamiento considerable del principio de legalidad. Sin embargo, en la medida en que su utilización conduce a que la acusación no provenga de un sujeto procesal distinto del juez, su supresión resulta ineludible (...) la ausencia de control judicial dentro del proceso no descarta la existencia de los controles internos del M.P. ni amparan a los fiscales frente a posibles violaciones de los deberes de funcionario público” (Cons. 31) Pero aclara que “Lo dicho precedentemente no resulta aplicable a los supuestos en los que la discrepancia se plantea entre el fiscal –que se manifiesta en favor del sobreseimiento- y el querellante, que pretende que la causa sea elevada a juicio. En tales casos, en principio, no es posible suponer una afectación genérica de la imparcialidad del tribunal, en la medida en que su intervención quede limitada a **asegurar que el querellante pueda ejercer el**

derecho que la ley le concede a ser oído en juicio oral y público (conf. “Santillán”) (Cons. 37). Sin embargo, en “Del 'Olio” (11/07/2006) limitó este derecho, al interpretar que “...decaído el derecho a contestar la vista que prevé el art. 346 CPPN aparejó la pérdida de los derechos procesales vinculados al acto precluido. Si el particular ofendido no concretó objetivamente y subjetivamente su pretensión, no podría integrar luego legítimamente una incriminación que no formuló previamente”.

Con lo que la CSJN deja en claro que si la ley le concede a la víctima legitimación procesal, ella accede al derecho de acusar y obtener una respuesta de la jurisdicción, en tanto cumpla con los requisitos impuestos por la reglamentación infraconstitucional.

Otro paso en la definición de los derechos de la víctima, fue dado por la Corte en “Juri” (27/12/2006), al decir que debe establecerse el “...derecho a recurrir de la víctima del delito o de su representante a partir de las normas internacionales sobre garantías y protección judicial previstas en los arts. 8º, part. 1º y 25, CADH –más allá de que el recurrente haya pretendido fundar la inconstitucionalidad de los límites aludidos en la disposición del art. 8.2.h CADH, lo cual por cierto, este Tribunal no comparte en razón de los fundamentos expuestos en el caso “Arce” (Fallos, 320:2145)”. De lo cual surge que la víctima accede al proceso penal en función de los arts. 8.1 y 25 CADH, pues el 8.2h resulta establecido **sólo en beneficio del inculpado** como expresara en “Arce”.

En “Fermín” (22/07/2008) indica la alcance que debe otorgarse a los derechos de la víctima al indicar que es erróneo revocar el sobreseimiento dictado por acuerdo vinculante de fiscales (art. 306 CPP Chubut), por basarse en la doctrina “Santillán” referida a otra situación procesal; con lo que deja en claro que la extensión de las facultades del particular legitimado en una causa penal de acción pública, otorgada por dicho pronunciamiento, se limitan a la etapa del juicio, sin que pueda ampliarse hasta las instancias previas, es decir, a la investigación.

Para resumir, tanto la CIDH para los delitos contra derechos humanos, como la CSJN para el conjunto de casos, han propiciado la participación de la víctima en el proceso penal, pero dejándola supeditada a su reglamentación legal; por lo que, salvo demostrar que la ley o su aplicación ocuyen tal acceso

de la víctima, no corresponde desautorizar la estructura normativa procesal penal, ni configurar pretorianamente una persecución penal privada que el ritual no consiente.

Cabe destacar que la titularidad del ejercicio de la acción pública ha sido puesta en cabeza del Ministerio Público Fiscal (arts. 120 CN; 71 CP y 6 CPP), sin que corresponda otorgar facultades investigativas autónomas al particular frente a las decisiones fiscales en contrario, pues esta suerte de conversión de la acción pública en privada, no queda satisfecha por el aforismo: “quien puede lo más (requerir pena) puede lo menos (investigar)”, ni por supuestas extensiones de la doctrina “Santillán” que la Corte -como se dijo- no autoriza. Las facultades de persecución penal son restringida y taxativamente otorgadas por el Estado mediante la ley; la cual, en nuestro sistema -conforme lo indicara el voto precedente- sólo habilita al particular damnificado a requerir la apertura del juicio ante un dictamen exculpatario fiscal, formulado luego de finalizada la investigación (334bis CPPBA).

A la segunda cuestión la Jueza Celia Margarita Vazquez dijo:

Vistas las presentes actuaciones, habré de apartarme del temperamento adoptado por mis colegas en cuanto entienden que el particular damnificado carece de facultades para realizar las diligencias probatorias en un delito de acción pública ante el desistimiento por parte del Ministerio Público, luego de iniciada la instrucción.

Al respecto, cabe destacar que ya he efectuado una aproximación al tema sometido a estudio, en oportunidad de pronunciarme -previo a la reforma introducida por la ley 13.943- sobre la posibilidad de que el particular damnificado requiera la elevación a juicio ante la solicitud de sobreseimiento efectuada por el Fiscal (in re causa nº 22.665/III “Gallardo, Juan Eduardo s/ sobreseimiento” rta. 24/10/2006).

En dicha oportunidad señalé que la CSJN, en el precedente “Santillán”, estableció 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 y llevado en legal forma (Fallos, 268:266, considerando 2). Ello en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en

el art. 18 de la Carta Magna y cuyo alcance, como la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos, 199:617; 305:2150; entre otros) es coincidente con el que reconocen los arts. 8, párrafo primero del a Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...” (consid. 11, de los citados autos, publicados en Fallos, 321:2021, del 13/98/1998).

Y por estas mismas razones es que entendió que, aún cuando el fiscal realice un alegato exculpatario, el pedido de pena de la víctima legitimada como acusador particular en el proceso, habilita al tribunal a dictar condena (consid. 15).

La doctrina que emerge del citado precedente fue posteriormente refrendada en los autos “Quiroga, Edgardo O.”, donde la Corte señala al declarar la inconstitucionalidad del art. 348 del CPP Nacional, por medio del cual la Cámara pretendía obligar al Ministerio Público Fiscal a realizar un requerimiento pese a su negativa, que sin perjuicio de ello “...corresponde aclarar que lo dicho precedentemente no resulta aplicable a los supuestos en los que la discrepancia se plantea entre el fiscal -que se manifiesta en favor del sobreseimiento- y el querellante, que pretende que la causa sea elevada a juicio. En tales casos, en principio, no es posible suponer una afectación genérica de la imparcialidad del tribunal, en la medida en que su intervención quede limitada a asegurar que el querellante pueda ejercer el derecho que la ley le concede a ser oído en juicio oral y público (conf. doctrina caso "Santillán", Fallos: 321:2021) ni una afectación intolerable a la independencia del Ministerio Público”. (Consid. 37, cit. fallo, CSJN, 23/12/2004).

Tres años más tarde, con remisión al dictamen del Procurador General, la C.S.J.N. volvió a confirmar la doctrina emanada de estos precedentes en la causa “Sabio”. Destacándose en este, la aclaración de que si bien la acusación como parte sustancial en todo proceso penal salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, tal requisito no contiene distingo alguno entre el carácter público o privado de quien lo formule (C.S.J.N., Causa S.58.XLI caratulada “Sabio, Edgardo Alberto, Herrero, Carlos Washington s/ falsedad material de documento, etc.” rta. 11/07/2007)

Fue en orden a estas consideraciones que concluí que si la doctrina de la Corte Suprema entiende que la acusación de un particular en un delito de acción pública habilita al tribunal a condenar, pese al dictamen absolutorio de la fiscalía, no se advertía razón para que el particular damnificado no pudiera impugnar el sobreseimiento dictado por acuerdo fiscal, y/o para negarle al requerimiento de elevación a juicio realizado por el particular damnificado la capacidad de habilitar al juez de garantías para analizar la prueba, y si correspondiese, elevar la causa a juicio.

Es que si su petición legítima al juez para imponer pena (conf. doctrina "Santillán", Fallos, 321:2021, entre otros), más aún puede hacerlo para abocarse al estudio de una decisión conclusiva exculpatoria anticipada, que la víctima entiende antijurídica y respecto de la cual el legislador ha otorgado derecho a impugnar.

A ese respecto, vale recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el art. 25 del Pacto, ha entendido que "el derecho a la tutela judicial efectiva" implica 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", en la inteligencia de que la persecución penal es consecuencia necesaria del derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial por un tribunal competente, imparcial e independiente en que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y se les impongan las sanciones pertinentes (Cf. "Bulacio"; CIDH Informe n° 34/96, caso 11.228, Informe n° 5/96, caso 10.970).

Por estas razones, valoré que impedirle al particular damnificado cuestionar la solicitud de sobreseimiento efectuada por el Ministerio Público, e impedirle que inste la realización del debate oral, llevaría a su fin el proceso, conculcándole el derecho que le asiste a obtener una sentencia realizada en base al mérito de un órgano jurisdiccional, fundada en un juicio respetuoso del debido proceso legal.

Cabe señalar que, tal como lo explica el colega del voto que lidera el acuerdo, desde el 10 de febrero de 2009 se encuentra vigente la reforma introducida por la ley 13.943 al Código Procesal Penal, la cual vino a consagrar legislativamente aquellos derechos del particular damnificado que esta Alzada

ya había reconocido en su jurisprudencia. A tal respecto es de destacar, principalmente, la recepción expresa de la facultad de requerir la elevación a juicio en los supuestos de sobreseimiento pedido por el Fiscal y mantenido por el Fiscal de Cámara (art. 334 bis del C.P.P.).

De tal modo, si impedirle al particular damnificado requerir la elevación de la causa a juicio conculcaría los derechos a él reconocidos en la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales, al punto de que en la actualidad dicha facultad se encuentra expresamente prevista en el ritual, mal podría adoptarse un temperamento diverso de aquel que anticipé en el caso sometido a estudio. Ello desde que no puede sino advertirse que quien puede lo más, necesariamente debe poder lo menos, máxime cuando esta otra actividad deviene imprescindible para el ejercicio de su derecho de acusar. Así, si se le reconoce la facultad máxima que es aquella de acusar durante un juicio a fin de obtener un pronunciamiento condenatorio debe de poder también, por añadidura, llevar adelante otros actos inherentes al impulso procesal, que le permitan reclamar la necesaria elevación a juicio.

Considero que a la autoridad estatal se le otorgan facultades para mejor amparo de los derechos individuales penalmente protegidos a condición de su eficacia, y nunca para obstáculo del derecho de la víctima a la tutela judicial contra sus ofensores, por lo que entiendo que, una vez firme la decisión del Ministerio Público Fiscal de no continuar con la prosecución de la causa (art. 83 inc.8 C.P.P.) el particular damnificado se encuentra legitimado para impulsar el proceso en solitario, aún desde el comienzo de la causa penal sin que sea necesario el acompañamiento de la vindicta pública.

Es que “en función de la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Santillán” (Fallos, 321: 2021), el acusador particular puede impulsar el proceso en solitario sin que sea necesario, a tal efecto, el acompañamiento del fiscal (in re, causas N° 27.250, “Elordi, Susana Leonor”, rta.: 6/10/05, 28.445, “Gonclaves, Oscar”, rta.: 21/7/06, entre otras). Se ha entendido de tal modo que asiste a todos los litigantes el derecho a obtener una sentencia fundada y que, para poder llegar a ese momento, los efectos del mentado fallo deben retrotraerse al comienzo de la causa penal pues, de no ser así, lo resuelto por el Alto Tribunal no tendría los alcances indicados (causas n° 1621/10 “Kazanietz, Liliana”, rta. 17/11/10; n°

1380/10 “Protto, Juan”, rta. 20/10/10; n° 773/09, “Medina, Susana”, rta.: 5/8/09; entre muchas otras.” (C.N.C.C., Sala IV, Causa N° 652/11 “Holway María Raquel s/ falso testimonio” y Causa N° 899 /11 “Chirichella, Francisco Antonio y otro s/ sobreseimiento y costas”)

En este sentido también se ha pronunciado la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en tanto sostuvo 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, correspondiendo a la querrela, en forma autónoma, impulsar los procedimientos al comienzo del asunto, conforme lo establecen los art. 180 y concordantes del C.P.P.N., y al finalizar la instrucción, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 346 y concordantes del mismo cuerpo legal, para obtener la elevación a juicio, con las limitaciones correspondientes” (Sala I, C.F.C.P., reg. 7721 “Linares, Martín Maximiliano s/ recurso de casación”, rta. 6/6/05); doctrina la cual ha sido sostenida por distintas Salas de dicho Tribunal (ver C.F.C.P., Sala I, causa nro. 15435 “Magistratelli” rta. 12/06/12, causa nro. 16627 “Lakub” rta. 20/12/12; Sala IV causa nro. 14056 “Meza”, rta. 28/12/12, causa nro. 12154 “Sorin” rta. 26/9/11; Sala III causa nro. 12537 “Oxilia” rta. 20/4/11; Sala II “Landau” rta.4/6/12).

De otro modo, si se impidiera al particular damnificado la posibilidad de iniciar o impulsar un proceso penal, se estaría cercenando su derecho a acusar y a reclamar judicialmente la imposición de una pena por la afectación de sus derechos.

Ahora bien, lo dicho no significa que ésta capacidad reconocida al particular damnificado implique una subrogación de este en las competencias atribuidas por el ritual al Ministerio Público, sino que simplemente se habilita al acusador privado a reunir elementos probatorios y efectuar una presentación ante el Juez garante a fin de que este resuelva si corresponde o no dar curso a su pretensión punitiva. Es decir, la admisibilidad de que aquél continúe con la acusación, en ningún modo puede ser entendida como una modificación del criterio establecido en el ritual por el cual el Ministerio Público conserva el monopolio del uso de la fuerza pública y de la potestad de requerir la aplicación de medidas de coerción personal.

De este modo, el reconocimiento en cuestión mal podría implicar convertir al magistrado en instructor, transgrediendo así su imparcialidad y los fundamentos del proceso acusatorio, puesto que no será él quien provea la prueba sino que deberá procurarla el ofendido a fin de fundar el requerimiento en los términos de los arts. 334 y 335 del C.P.P.

Así, sostener que dicha labor a cargo de la magistratura afectaría la referida garantía de imparcialidad sería un absurdo, ya que con la misma lógica los magistrados no podría pronunciarse sobre la idoneidad de la prueba para justificar una orden de allanamiento, o la aplicación de una medida de coerción. En estos términos, no se exige al Juez garante que abandone su rol de tercero en el proceso y se transforme en una parte, decidiendo y evaluando acerca de la procedencia y necesidad de producción de medidas probatorias, sino que tan sólo se limite a valorar (previo expedirse la defensa) si aquellas que ya fueron procuradas por el particular damnificado, resultan idóneas para acreditar la hipótesis delictiva propiciada por éste con el grado de probabilidad requerido por el ritual para elevar la encuesta a juicio, del mismo modo que procede con el Agente Fiscal (arts. 157 y 337 del C.P.P.).

En este mismo sentido se ha pronunciado el Dr. Zaffaroni en su voto en la causa "Mattio" donde señaló que "habiendo querellante (...) no puede presumirse parcialidad en el tribunal, ya que su intervención sólo tiene por objeto, asegurar al querellante el derecho que le otorga la ley a ser oído en juicio oral y público." (C.S.J.N. causa M. 1344. XXXIX. "Mattio, Celina Edith s/ recurso de queja" rta. 23/12/2004).

Asimismo, tampoco resulta objetable la admisibilidad de esta capacidad en cabeza del particular damnificado desde la óptica de que transformaría el procedimiento penal en un ámbito para canalizar la venganza privada, dado que la participación del magistrado garante resulta inalterada, siendo éste quien toma las decisiones y tiene a su cargo el deber de velar por la observancia de las garantías del imputado. Ello cuanto más, cuando resta a éste la garantía del doble conforme ante la Cámara de garantías.

Por otra parte, en lo que hace al cuestionamiento relativo a la ausencia de declaración a tenor del artículo 308 del C.P.P., requisito que se entendió necesario para elevar una causa a juicio, cabe destacar que esta instancia procesal, no tiene otro fin que procurar el derecho de defensa del imputado y

garantizar la existencia de un contexto en que éste pueda conocer la imputación contra él efectuada. En este norte, aún cuando el particular damnificado carece de facultades para impulsar la producción de un acto de este tenor, lo cierto es que nada obsta que haga uso de otras herramientas que le permitan darle a conocer al imputado su acusación y la prueba que pretende usar en su contra. Y, si llegado el caso, el imputado deseara ejercer su derecho conforme a dicha normativa, nada obsta que lo solicite y efectúe ante el magistrado de intervención para refutar la hipótesis acusatoria, máxime cuando la posibilidad de declarar en estos términos se encuentra expresamente prevista en el segundo párrafo del referido artículo del ritual.

Acorde a lo expuesto, entiendo que no corresponde hacer lugar a la inconstitucionalidad propiciada por el recurrente de los arts. 6, 23, 79, 80, 268, 273 y 290 del C.P.P., ya que, tratándose éste de un acto de extrema gravedad institucional, sólo procede cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 311:394; 312:122 y 322:842, entre muchos otros) o bien cuando se trate de una objeción constitucional palmaria (Fallos: 14:425; 200:180; 105:22; 112:63 y 182:317), y en el caso, entiendo no se encuentra configurada dicha situación. Ello en tanto, aún cuando no se encuentre expresamente regulada la participación en forma autónoma del particular damnificado ante la desestimación de la denuncia por el Ministerio Público o el archivo de las actuaciones, de conformidad con las consideraciones previamente efectuadas, aprecio no existe norma alguna del ritual que se encuentre en pugna, de forma irreconciliable, con el reconocimiento de dicha facultad.

En consecuencia, en atención a los considerandos previamente desarrollados, a fin de compatibilizar los derechos tutelados a este sujeto procesal en ausencia de una regulación legal que los recepte, mientras subsista el sistema procesal actual, aprecio es tarea de los tribunales garantizar el cumplimiento de los derechos de las víctimas, cuando iniciada la instrucción se ha desestimado la denuncia y agotada la vía de revisión por el Ministerio Público Fiscal.

Por ello, entiendo corresponde revocar el auto impugnado en cuanto no hace lugar a la solicitud de los recurrentes de ser tenidos como acusadores

privados de forma autónoma y ausente la participación del Ministerio Público, agotada la vía prevista por el art. 83 inc .8 del rito.

A la tercera cuestión el Juez Carlos Fabián Blanco dijo:

Sentada la imposibilidad del particular damnificado de ser tenido como acusador privado de forma autónoma ausente la intervención del Ministerio Público, corresponde pronunciarse acerca de si es admisible el control judicial de la decisión del Fiscal de archivar una causa o desestimar una denuncia.

En ese norte, cabe destacar que el artículo 434 del código de forma, dispone que los recursos atribuirán al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos de los agravios, salvo si se tratare de causales de nulidad absoluta, respecto a las cuales aquél Órgano Jurisdiccional podrá pronunciarse.

Por su parte el artículo 1º del mismo código de forma, señala que el juicio debe sustanciarse conforme las disposiciones del mismo código, y el artículo 203 explica que deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades que impliquen violación de normas constitucionales, con obligación de fundar el motivo del perjuicio.

Y, en tal inteligencia, es dable advertir que el señor Juez “a quo” por fuera de su propia competencia, ha quebrado la garantía constitucional del debido proceso (artículo 18 de la C.N.), correspondiendo declarar la nulidad de lo proveído a fojas 510/vta., y lo actuado en consecuencia, dado que en el citado proveído, el Magistrado Garante recondujo la solicitud de los aquí apelantes en los términos del art. 83 inc.8 del código de forma, subrogándose de oficio un derecho de la víctima pero en su perjuicio (que podría haber afectado al imputado) dejando de esa manera de ser imparcial, dado que el Fiscal General por esa intervención, dictó una decisión aún más gravosa para el damnificado. Ello en tanto, surgía claro de la presentación efectuada por los letrados patrocinantes de la particular damnificada a fs. 469/506 que no procuraban concurrir por la vía de la revisión jerárquica de la decisión sobre el mérito, oportunidad o conveniencia adoptada por la Fiscal de intervención sino que, en efecto, pretendían que el Magistrado Garante efectuase el control de la legalidad de la decisión en juego. Extremo el cual puede observarse claramente a fs. 473vta., donde los letrados se agravian de la decisión de archivo por entender que por ese medio la Fiscal de intervención evitaba el

contralor por parte de la judicatura, ya que esta tan sólo era pasible de la revisión jerárquica dentro del ámbito del Ministerio Público.-

Me explico:

El principio acusatorio, y la consecuente separación entre el acusador público y los jueces, es la base de nuestro actual ordenamiento procesal local. Al respecto, señala José Ares que "...la Corte Suprema ha remarcado el sentido de la separación entre jueces y fiscales como instrumento normativo básico para el aseguramiento del derecho de defensa. Sostuvo que la introducción del art. 120, C.N. señala una modificación del paradigma procesal vigente hasta ese momento. Al establecer dicha norma la independencia funcional del M.P.F., indica una clara decisión a favor de la implementación de un sistema procesal en el que ha de existir una separación mucho más estricta de las funciones de acusar y de juzgar. Como consecuencia de lo expuesto, la actuación del juzgador está supeditada a la instancia del acusador..." (Ares, J. (2008), Jurisdiccionalidad limitada en materia punitiva como exigencia del principio constitucional acusatorio, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires: Lexis Nexis, p. 775).

Dicho Ministerio Público se mueve, por tanto, dentro de un sistema acusatorio, donde existe una división de poderes entre acusador (persigue y ostenta poder requirente) y el Juez o Tribunal (con la potestad de decidir el conflicto), articulándose en ese binomio el imputado. La actuación de éstos se limita y concatena entre sí, el acusador va a fijar los parámetros dentro de los cuales el Juez puede decidir, claro está, previo pleno ejercicio de sus derechos por parte del acusado. El contenido de la jurisdicción penal consiste en la tarea de un árbitro frente a dos personas con intereses opuestos.

En efecto, como expresé al pronunciarme en la Causa N°27.652/III, señala Ferrajoli que "...la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. La garantía de la separación... representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (terzieta) del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan

sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio...” (Ferrajoli, L. (1995) Derecho y Razón, Madrid: Trotta, p. 567).

En lo que aquí interesa, la instauración del sistema acusatorio en la provincia de Buenos Aires, durante la etapa instructoria, trajo aparejada la creación de la figura del Juez de Garantías en reemplazo del antiguo Juez instructor, eliminando así cualquier resabio del sistema inquisitivo a fin de garantizar la imparcialidad del juzgador durante esta parte del proceso penal, siendo el custodio de las reglas del debido proceso y de la defensa en juicio, estricto controlador de la regularidad y legalidad del procedimiento.- (ver nota de elevación del texto original de la ley 11.922).-

Señala Falcone que este desplazamiento de atribuciones a un miembro del Ministerio Público implicó la creación de un magistrado completamente desinteresado del éxito de la causa, llamado a intervenir tan sólo en aquellas cuestiones que comprometan garantías constitucionales o en que se evidencien intereses contrapuestos entre los sujetos intervinientes en el proceso (defensor, particular damnificado, fiscal, etc.). “Entonces, el juez de garantías debe controlar los posibles desbordes de dicha actividad perquisitiva, terciar en los conflictos que las partes puedan introducir, vigilar la estricta observancia de las garantías constitucionales, y, eventualmente, decidir sobre el mérito de las actuaciones para llevarla a juicio” (Falcone, Roberto A., Maidana, Marcelo A., “El proceso penal en la provincia de Buenos Aires”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2da. Edición, 2007, pág.89)

De ello, puede observarse que el rol asignado al Ministerio Público Fiscal es preponderante y conlleva el ejercicio de la pretensión punitiva. Por eso, el legislador provincial optó por dejar en manos del Ministerio Público Fiscal la posibilidad de hacer uso de criterios de oportunidad cuando investiga delitos de acción pública, estableciendo un sistema de doble conforme -siempre a requerimiento de la víctima- dentro del mismo órgano estatal. Así, de no compartir el acusador privado o la víctima la decisión de archivar o desestimar la denuncia por parte del Fiscal de grado, puede acudir ante el Fiscal General departamental y solicitar deje sin efecto la decisión en crisis, quien, de hacer lugar a su pretensión, deberá designar un nuevo representante del Ministerio Público para que continúe con la instrucción de la causa.

Empero, lo dicho, no significa que las decisiones del Ministerio Público se encuentren exentas del debido control de legalidad.

Tal como he referido al analizar la procedencia del instituto de la suspensión del juicio a prueba, el Fiscal no puede disponer inmotivada ni arbitrariamente de la potestad acusatoria y, por lo tanto, su decisión debe encontrarse debidamente motivada. Así está dispuesto legislativamente, cuando el art. 56 del Ritual prevé que el Ministerio Público Fiscal “formulará motivadamente sus requerimientos y conclusiones, de manera que se basten a sí mismos.”

Se ha dicho -y lo comparto-, que “para ser válidos los dictámenes fiscales, deberán ser motivados, exigencia que comporta tanto una garantía en beneficio de los eventuales imputados y acusados, como también para el Estado en cuanto asegura la recta administración de justicia. Asimismo, esta garantía constitucional de justicia fundada en el régimen republicano de gobierno, impone la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los fiscales al formular sus requerimientos; y facilita el control de la actuación judicial por parte del pueblo, de quien en definitiva emana la autoridad. Sin duda alguna, la exigencia de motivar responde al propósito de que la colectividad pueda controlar así la conducta de quienes administran justicia en su nombre (en relación a todo esto confrontar, *mutatis mutandi*, nuestro voto en causa N° 80 caratulada “Paulillo, Carlos Dante s/Recurso de Casación”, Reg. 111/94, del 12/4/94). Es, pues, de esta manera que “Se resguarda a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces [y, como venimos viendo, de los fiscales], que no podrán así dejarse arrastrar por impresiones puramente subjetivas ni decidir las causas a capricho, sino que están obligados a enunciar las pruebas que dan base a su juicio y a valorarlas racionalmente” (Ernesto R. Gavier “La motivación de las sentencias”, en Comercio y Justicia, 15 y 16 de octubre de 1961).” (C.N.C.P., Sala III, Causa n° 9808, “Generoso, Carlos Orlando s/recurso de casación”, del voto del Dr. Riggi)

De este modo, entiendo no resulta discutible que la actuación del Ministerio Público está sujeta al control de legalidad, y que este ha de ser ejercido por la judicatura. Si ello es así, difícilmente podría aceptarse que el legislador, olvidando uno de los principios rectores del sistema, haya exceptuado a los dictámenes de archivo del referido control, limitando su

revisión exclusivamente a la jerárquica dentro de ese órgano. Máxime cuando una interpretación de esta naturaleza desvirtuaría los derechos y garantías reconocidos en los arts. 10, 11, 15, 45, 56 y 57 de la C.P.B.A. 14, 16, 18, 19, 28, 33 y 75 inc. 22 de la C.N., arts. 1º, 2º, 6º, 7º, 8º y concs. D.U.D.H., art. 8º inc. 1º C.A.D.H., y 14 inc. 1º P.I.D.C.P..

Es en este contexto donde cobra vital importancia lo prescripto por el artículo 268 del C.P.P., en cuanto dispone que "...En caso que a juicio del Fiscal no hubiere prueba suficiente sobre la existencia del hecho o la autoría de él, podrá proceder al archivo de las actuaciones, **comunicando la realización de este acto al Juez de Garantías y notificando a la víctima, rigiendo el artículo 83 inciso 8**" (la negrita me pertenece), y sumando a dicha disposición, que el Juez de Garantías conocerá en las cuestiones derivadas del particular damnificado, agregando que en el caso de autos, hay un expreso pedido del particular damnificado en ese sentido (art. 23 inc. 1º del C.P.P.).-

Esta comunicación que el Acusador Público debe cursar al magistrado interviniente no puede ser entendida como una simple notificación respecto de la cual este último nada puede hacer, ya que ello implicaría consagrar el principio de oportunidad de forma absoluta e irrestricta, desplazando así al principio de legalidad (art.71 C.P.), el cual impone a la judicatura el deber de velar por su observancia y asegurar su vigencia a lo largo del proceso.

"El ordenamiento constitucional argentino le otorga a los jueces la tarea indelegable del control de constitucionalidad de las leyes, lo que implica el control de legalidad de los actos que en su cumplimiento se dicten." (Falcone, op. Cit, pág. 135). Por ello, "no se advierte cuál sería la razón por la cual los actos del Ministerio Público deberían quedar fuera de toda inspección jurisdiccional, lo que de ningún modo invade incumbencias específicas, sino, que por el contrario, es la consecuencia lógica de la necesidad de contar con actos jurídicos procesales válidos y, finalmente, la eventual sanción de nulidad sólo generará que dicho acto se renueve en su órbita, no implicando ello ejercicio de función requirente desde el órgano jurisdiccional" (Falcone, op. Cit, pág.139)

Es que los fundamentos subyacentes al imperativo del control referido, que impiden que un juez homologue un dictamen Fiscal absolutamente discrecional, no son otros que el principio de inderogabilidad de la jurisdicción

penal, el deber de sujeción a la ley que rige toda la función judicial y los principios de igualdad e indisponibilidad de la acción penal. “El control jurisdiccional de la legalidad de lo actuado por el Ministerio Público Fiscal, en el curso de una I.P.P. (cualquiera sea su estado) es no sólo una garantía, sino un deber del Estado, indelegable y de indefectible cumplimiento, aún cuando el justiciable no realiza reclamos ante la Administración de Justicia, pero con mayor razón si es el ciudadano víctima del hecho, quien solicita un pronunciamiento expreso del Poder Judicial” (...) “... pues de otro modo, implicaría lisa y llanamente, cerrarle las puertas al ciudadano que reclama un acto jurisdiccional en la cara y decirle que para él no existe tutela judicial efectiva que posibilite el acceso a una resolución jurídica que resuelva definitivamente un conflicto que lo afecta...” (Viñas, Esteban Ignacio, “Las Facultades del Ministerio Público Fiscal conferidas por el Código Procesal Penal (ley 11.922 y modificatorias), de archivar y desestimar denuncias, frente a criterios jurisprudenciales que cierran vías recursivas ante órganos jurisdiccionales ¿son constitucionales?”, en La Ley, Buenos Aires, Año 8, N°6, Julio 2001, pág.731 y 733)

Esta también es la solución sugerida por la regla A.1.3 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal, conocidas como las Reglas de Mallorca, la cual, en su parte pertinente prescribe que “en tanto la función acusadora incumba a órganos estatales, se establecerán mecanismos de control judicial para el supuesto en el que el ejercicio de la acción penal por aquellos sea omitido o denegado.”

Además, no puede soslayarse que la normativa ritual resulta clara en sus prescripciones en cuanto al modo en que se habilita este mecanismo de revisión jerárquica, prescribiéndose en el art. 83 inc.8 del C.P.P. que constituye un derecho de la víctima, el cual ha de ser garantizado, aquel de procurar la revisión, ante el Fiscal de Cámara de la desestimación de la denuncia o el archivo, más no un sistema el cual el magistrado garante pueda poner en funcionamiento de oficio, sin que la víctima haya manifestado su voluntad en ese norte. Destacando que la intervención jurisdiccional no requiere previamente del agotamiento de la vía dentro del Ministerio Público, dado que son ámbitos de actuación de distinta naturaleza.

En consecuencia, siendo que se ha quebrantado una pauta establecida en el esquema procesal penal bonaerense, violándose la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley, en desmedro de asegurar la efectividad de un derecho, entiendo corresponde declarar la nulidad del decreto de fs.510/vta y por ende de todo lo actuado en su consecuencia.

Por ello, y de conformidad con los fundamentos previamente expuestos, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso interpuesto, no hacer lugar a la solicitud de ser tomados como acusadores privados autónomos, ausente la intervención del Ministerio Público Fiscal durante la etapa de instrucción; rechazar el planteo de inconstitucionalidad y declarar la nulidad del decreto de fs.510/vta y devolver la presente a la instancia a fin que el Magistrado de la Instancia de Origen, se pronuncie nuevamente de conformidad con los lineamientos expuestos en los considerandos precedentes.-

Es mi voto. (arts. 168 y 171 de la Const. Prov. y 106 del C.P.P.).-

A la tercera cuestión el Juez Gustavo A. Herbel dijo:

Vistas las presentes actuaciones, habré de apartarme respecto del alcance propuesto por mi colega preopinante para el control de legalidad a cargo de la judicatura y la consecuente nulidad.

Como dije en la cuestión anterior, no es posible que por vía pretoriana se instrumenten recursos que la ley no otorga y la constitución no impone. Nuestro legislador ha entendido conveniente, para mejor gestión del sistema acusatorio, que sea el fiscal general y no el juez, quien controle los archivos y desestimaciones fiscales. La opción es de absoluta lógica pues es el primero quien tiene a su cargo el diseño de la política criminal de su departamento judicial, y es por ello que el legislador le concede el control de las decisiones fiscales que pudieran perjudicar a la víctima (cf. art. 268, 290, 326, 334.2º párr. y 445.2º párrafo del C.P.P.).

No sería razonable que, diseñado de este modo el sistema, se le otorgue al juez de garantías una vía directa para controlar las decisiones fiscales, a partir de la comunicación de los archivos, dispuesta en el art. 268 in fin; máxime cuando en ese mismo párrafo de la norma, el legislador aclara que tal noticia al juez de garantías y a la víctima, se la hace “rigiendo el art. 83 inciso 8”.

En otras palabras, el propio legislador advierte que la comunicación del archivo al juez de garantías no puede constituir una vía alternativa para autorizar su revisión, pues en ello rige el 83.8 CPP, que coloca en cabeza del fiscal general dicha función.

Tal decisión político-legislativa además resulta correcta desde la perspectiva de la dogmática de las impugnaciones, pues todo sistema debe evitar la superposición de decisiones respecto de un mismo punto, ya que ello, en primer lugar, resultaría dispendioso, y en segundo, podría generar decisiones contradictorias.

Puede discutirse si el juez de garantías debió rechazar la pretensión del particular damnificado de asumir un control del archivo que el legislador otorgó en primer orden al fiscal general, o si por el contrario, fue correcto derivar tal petición a éste funcionario, aplicando el principio “iura novit curia”, como la jurisdicción tantas veces lo ha hecho en pos de evitar que por interponer incorrectamente una impugnación, la parte pierda una oportunidad procesal para que se atienda su agravio.

Pero ello no quita que el abocamiento del juez de garantías a la vía directa ensayada por el particular damnificado, contradiciendo las establecidas legalmente por el Código, hubiera configurado un exceso de su función, en desmedro de las facultades que la ley otorga al fiscal general, en consonancia con el principio jerárquico que rige para el Ministerio Público (art. 2.2º párr., Ley 12.061).

Lo dicho, sin embargo, no significa que la víctima se halle inerte frente a decisiones fiscales desincriminantes, pues ella, como toda persona legitimada en un proceso, tiene derecho a ser oída por la jurisdicción (8.1 CADH) y a contar con tutela efectiva de sus derechos fundamentales **“aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”** (25 CADH). Y es por esta razón que si el particular damnificado objeta razonablemente una decisión fiscal que obtura de modo definitivo la investigación del delito que lo afectara, se activa el derecho al control judicial suficiente respecto de todo acto estatal que genere agravio irreparable.

Como ya indicara, no se halla controvertida la doctrina sostenida por el Superior Tribunal Nacional en el precedente “Santillán” en cuanto explicó 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 (...). Ello en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna y cuyo alcance, **como la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos: 199:617; 305:2150, entre otros), es coincidente con el que reconocen los arts. 8º, párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**” (C.S.J.N., “Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación”, causa nºS. 1009. XXXII., rta. 13/08/1998, Considerando nº11) (el resaltado me pertenece). Doctrina que, en lo que interesa, ha sido refrendada por la actual integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto sostuvo que la víctima cuenta con los derechos que le otorgan los arts. 8.1 y 25 CADH (C.S.J.N. en causa J.26.XLI, caratulada “Juri, Carlos Alberto s/ homicidio culposo en causa Nº 1140”, rta. 27/12/2006, Considerando nº 9).

Siendo ello así, mal podría entenderse que una decisión administrativa, ya sea que fuera adoptada por el Fiscal de intervención o por su superior jerárquico, el Fiscal de Cámaras, resulte idónea para garantizar el derecho de acceso a la jurisdicción previamente referido.

Por otra parte, no advierto -tal como refiere el “a quo”- que el control de legalidad, a requerimiento de un sujeto legitimado, de las decisiones de esta naturaleza que adopte el Ministerio Público, importe una afectación de la imparcialidad inherente a la magistratura, ni tampoco un avasallamiento de la independencia de este otro órgano. Cabe destacar que la CSJN al pronunciarse por la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 348 del Código Procesal Penal Nacional, que establece la posibilidad de compeler al Ministerio Público a que acuse cuando la judicatura no esté acuerde con su petición de sobreseimiento, ha dicho que esta comprensión “...no resulta aplicable a los supuestos en los que la discrepancia se plantea entre el fiscal “que se manifiesta en favor del sobreseimiento” y el querellante, que pretende que la causa sea elevada a juicio. En tales casos, en principio, no es posible suponer una afectación genérica de la imparcialidad del tribunal, en la medida

en que su intervención quede limitada a asegurar que el querellante pueda ejercer el derecho que la ley le concede a ser oído en juicio oral y público (conf. doctrina caso "Santillán", Fallos: 321:2021) ni una afectación intolerable a la independencia del Ministerio Público." (C.S.J.N. "Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa nº4302" en causa Q.162.XXXVIII, rta. 23/12/2004, Considerando nº37)

Así, aún cuando el control jerárquico baste para discurrir las quejas de la víctima frente a lo decidido por el Fiscal de investigación, si el rito le otorga legitimación al acusador privado, este adquiere derecho a que sean atendidos sus reclamos por la jurisdicción (arts.8.1 y 25 C.A.D.H.. 14.1 P.I.D.C.P, y doctrina de la C.S.J.N. en los casos "Santillán" y "Juri").

Se ha dicho también que "...En síntesis ya **no basta contraponer el interés legítimo estatal con el de la persona que soporta la restricción sino que debe ponderarse los derechos de las víctimas de los actos cuestionados motivos de la persecución penal** (considerando 16 del voto del juez Maqueda Fallos: 326:2805 "Videla, Jorge Rafael)".(C.S.J.N., Considerando 23 del voto del Dr. Maqueda en "Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa nº4302") (el resaltado me pertenece).

Por estas razones es que, según entiendo, impedir al particular damnificado cuestionar la decisión mencionada, llevaría a su fin el proceso, conculcándole el derecho que le asiste a ser oído y una decisión jurisdiccional (in re causa nº21.124/III caratulada "Caputti, María Rosa y otros s/ Estafa y falsificación de documentos" rta. 5/04/2005).

En consecuencia, advierto que la posibilidad de que un sujeto legitimado del proceso penal pueda procurar un pronunciamiento judicial, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional, se deriva del deber de garantizar la tutela judicial efectiva y del debido proceso reconocido al particular damnificado, siendo que a la luz de lo prescripto en nuestro proceso, compete a los magistrados garantes entender en las presentaciones efectuadas por el particular damnificado (arts.8.1 y 25 C.A.D.H.; 14.1 P.I.D.C.P.; 23 inc. 1 C.P.P.).

Pero, como se indicara, reconocer el derecho al acceso a la jurisdicción, no puede implicar el avasallamiento de las competencias que el ritual depositó en cabeza del Ministerio Público Fiscal, por lo que mal podría admitirse control

jurisdiccional que implique la posibilidad de que la judicatura reemplace el criterio del Fiscal por el suyo propio.

Si bien “el Juez detenta el control de la legalidad y la razonabilidad del dictamen Fiscal, dicho contralor no debe derivar en un avance indebido sobre el poder de la acción y, en consecuencia, sobre la imparcialidad judicial (...)”. Resulta menester que el control del “a quo” se sustente en razones externas que permitan advertir una inadecuación de la lectura fiscal, y no en una mera discrepancia con el criterio de quien es titular de la acción pública (Cámara Crim. y Corr. Fed., Sala I, causa nº 46.643 caratulada “Machado José Luis s/ nulidad”, rta.06/08/2012).

Lo dicho, tampoco puede entenderse como una vía alternativa a la revisión jerárquica establecida por el legislador, sino que el acceso a la jurisdicción sólo podría habilitarse en tanto se hubiera agotado la vía administrativa regulada, y siempre que el recurrente acreditase que la disposición de la acción por parte del Titular de la acción penal, le causa un perjuicio de imposible reparación ulterior, y la misma resulta arbitraria.

Atento a ello, aprecio que en el caso los letrados patrocinantes de la particular damnificada, a más de cuestionar el criterio adoptado por los representantes del Ministerio Público Fiscal, por entender que el mismo no se condecía con los hechos denunciados y la prueba documental agregada, solicitaron la producción de prueba testimonial que a su criterio resultaba idónea para acreditar la verosimilitud de la hipótesis delictiva. Al respecto, advierto que el referido requerimiento no obtuvo pronunciamiento alguno por el órgano competente (arts. 79 inc.1, 273 y 334 del CPP a contrario sensu). Ello, aunado a que el Fiscal Adjunto Departamental entendió que no se encontraba presente el elemento subjetivo del delito en el cual se pretendía subsumir la conducta imputada, me permite avizorar la presencia de un perjuicio irreparable que, de no permitirse la intervención judicial, implicaría la denegatoria del derecho al acceso a la justicia y al debido proceso tutelado a la recurrente.

En efecto, la decisión atacada se transforma en objeto de intervención jurisdiccional en la medida que se agotó la vía jerárquica dispuesta en el art.83 inc.8 del C.P.P., y el pronunciamiento no resuelve la solicitud de prueba efectuada, al tiempo que declara inexistente el elemento subjetivo de la figura

pretendida por el acusador privado. Esta decisión, aún cuando por su carácter de archivo, no causa estado, implica de todos modos la obstrucción de toda posibilidad de proseguir con la investigación, estableciéndose así una resolución definitiva de la causa por una vía de hecho ajena al sistema normativo, que sólo resuelve en definitiva mediante sobreseimiento o sentencia, lo que activa para el peticionante el control judicial suficiente, que nuestro sistema habilita respecto de todas las decisiones no jurisdiccionales del Estado (arts. 16, 18 y 109 de la C.N. y Fallos: 305:129 entre otros).

Sentado ello, debo señalar que no comparto la propuesta nulificante de mi colega preopinante, ello en tanto advierto que en ausencia de otro procedimiento legal preestablecido, resultó adecuada la reconducción, por el Juez de Garantías, de la presentación de los letrados patrocinantes de la particular damnificada en los términos de lo dispuesto por el art.83 inc.8 del C.P.P., máxime si dicho procedimiento resulta indispensable a los efectos de agotar la vía administrativa como requisito previo a efectos de poder reclamar el acceso a la jurisdicción.

En consecuencia, de conformidad con los fundamentos previamente expuestos, propongo al Acuerdo confirmar el auto impugnado en cuanto sostiene que el particular damnificado no puede continuar de forma autónoma como acusador privado en los delitos de acción pública y revocar el auto en cuanto sostiene que la judicatura no resulta competente para efectuar el control de legalidad de las decisiones del Ministerio Público, cuando como en el caso, ellas importen un perjuicio de imposible reparación ulterior.

Es mi voto (arts. 18 de la C.N., 8.1 y 25 de la C.A.D.H., 23 inc.1, 83 incs.1 y 8, 273 y 334 del CPP, y doctrina de la C.S.J.N. en los casos “Santillán” y “Juri”).

A la tercera cuestión la Jueza Celia Margarita Vazquez dijo:

Llamada a dirimir la disidencia entre mis colegas, adelanto que habré de adherir al voto del colega Dr. Herbel.

Al respecto, en primer término, debo señalar que la postura que propicié en la segunda cuestión tornaría abstracto el tratamiento de esta tercera, ello desde que el reconocimiento de la legitimación autónoma del particular damnificado, luego de agotada la vía de revisión por el Ministerio Público del archivo o la desestimación de la denuncia, habilitaría una instancia

jurisdiccional para dirimir sus pretensiones sin que haya necesidad de interferir en la esfera de discrecionalidad del Ministerio Público.

Sin perjuicio de ello, dado que otra ha sido la solución mayoritaria, aprecio que negar la posibilidad de revisar la desestimación de la denuncia por inexistencia de delito, cuando una parte procesal legitimada difiere del criterio adoptado por el Ministerio Público Fiscal, tornaría abstracto su derecho de acceso a la jurisdicción, vulnerando así sus derechos tutelados en los arts. 18 de la C.N., 8.1 y 25 de la C.A.D.H., 14 del P.I.D.C.P., 26 de la D.A.D.D.H. y 10 y 11 de la D.U.D.H.

Así, tal como adelanté, aprecio que la postura propiciada por el Dr. Herbel es la que mejor compatibiliza los preceptos constitucionales con el ordenamiento ritual vigente en la provincia, en tanto exige el agotamiento de la instancia no jurisdiccional ante el Ministerio Fiscal propuesta por el Código Procesal Penal (art. 83 inc. 8) previo habilitar el control de legalidad de la decisión cuestionada por el recurrente.

En este norte, cabe destacar que en “Santillán” la Corte señaló “que es misión de los jueces contribuir al eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado para el cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad y los individuos que la forman (confr. doctrina de Fallos: 315:1922), y en el logro de este propósito de asegurar la administración de justicia no deben estar cegados al principio de supremacía constitucional para que esa función sea plena y cabalmente eficaz (confr. doctrina de Fallos: 308:490 y 311:2478, entre otros)...”, y continuó diciendo “...que es principio aceptado que jamás la inconsecuencia o falta de previsión pueden suponerse en el legislador, por lo que el a quo debió, frente a los diversos intereses en juego que surgen de la normativa constitucional a aplicarse en el sub examine, interpretar las normas del Código Procesal Penal de la Nación de modo que armonizasen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución, evitando darles un sentido que pone en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 297:142; 300: 1080; 301:460; 310:192, entre otros).” (C.S.J.N., “Santillán”, Considerandos 12º y 14º).

En este norte, no puede sino concluirse que si resulta indiscutible el derecho al acceso a la jurisdicción tutelado a la víctima constituida en particular damnificada, el mero silencio de la norma -que tan sólo regula el agotamiento de la vía no jurisdiccional en el marco del Ministerio Público Fiscal Departamental- no puede ser entendido como una negación a ese derecho constitucional. De este modo, advierto que la forma de conciliar el ordenamiento jurídico aplicable con los derechos y garantías reconocidos en la Constitución y los Pactos Internacionales, desechada la interpretación que mejor las concilia y expusiera en la anterior cuestión, es aquella por la cual se entiende que las decisiones del Ministerio Fiscal son susceptibles del control de legalidad a instancias de parte legitimada -lo que no quiere significar que el magistrado pueda reemplazar el criterio sobre la oportunidad, el mérito y la conveniencia de la decisión adoptada por el Fiscal por el suyo propio-.

“[E]l juez debe ejercer un control de legalidad y razonabilidad de todos los actos procesales, y en tal inteligencia le corresponde evaluar si lo requerido por la fiscalía resulta ajustado a derecho, resolviendo en consecuencia (in re causas n° 34.304 “Méndez, Javier”, rta. 13/6/08; n° 33.427 “Giglio, Gustavo”, rta. 27/12/07; n° 32.791 “Perez Suots, Luis”, rta. 15/11/07, 32.543 “Bullrich, Antonio”, rta. 9/10/08). Ello, pues **la autonomía que establece el artículo 120 de la Constitución Nacional, no importa falta del control de la actividad del fiscal, toda vez que la acción del magistrado instructor no se limita meramente a cumplir con las solicitudes de éste, ya que aún en el caso de hacer lugar a su pedido debe exponer los motivos en que basa la decisión**, pues de lo contrario esta deviene nula (cn° 616/10 “Ghianda, Silvia, rta. 19/5/10; n° 392/09, “O., V.”, rta. 17/4/09, del registro de este tribunal).” (C.N.Crim.Corr., Sala Iv, Causa N° 652/11, caratulada “Holway María Raquel s/ falso testimonio”, rta. 26/05/2011) (el resaltado me pertenece).

Por otra parte, no puede obviarse que en el sistema procesal penal imperante en la provincia, si bien se ha receptado el principio de oportunidad, lejos está de haberlo sido en forma absoluta, sino que se ha legislado el sistema conocido como de oportunidad reglada “...donde los supuestos en los cuales se autoriza al Ministerio Público a prescindir de la persecución penal pública se hallan perfectamente definidos en la ley procesal, siendo que por fuera de estos casos la disponibilidad de la acción es inexistente. Además, en

este tipo de sistema, existe la posibilidad de ejercer un debido control sobre el ejercicio de esa discrecionalidad, en tanto el órgano jurisdiccional se encuentra habilitado para verificar si efectivamente el caso es de aquellos en los que la ley autoriza a prescindir de la persecución.” (Palacios, Juan Carlos (n), “El principio de legalidad de la acción y la posición del querellante en el sistema penal y procesal penal vigentes. Acerca de un acierto y un error en un pronunciamiento judicial”, publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, Ed. Rubinzal Culzoni, 2008-1, págs.390/391)

Éste, excluida mi posición, resulta ser el modo adecuado de compatibilizar la autonomía funcional del Ministerio Público con los derechos tutelados al particular damnificado en los arts. 8.1 (tutela judicial efectiva) y 25 (acceso a la justicia) de la C.A.D.H., los cuales prescriben que no sólo toda persona tiene derecho a acceder a un tribunal para que éste se pronuncie, sino que el Estado tiene el deber de garantizar a todos los individuos el acceso a un órgano independiente e imparcial que decida la cuestión y, en su caso, purgue las deficiencias que pudieron haber ocurrido en el trámite no jurisdiccional.

Empero, tal como explica mi colega preopinante, a fin de procurar evitar la indebida injerencia de la jurisdicción en la esfera de actuación de otro órgano y atento a que el mismo nace en razón de la tutela de derechos constitucionales a una parte procesal, aprecio que el referido control de legalidad tan sólo podrá ser ejercido a instancia de parte legitimada, siempre que antes se haya agotado la vía no jurisdiccional ante el Ministerio fiscal y la decisión adoptada por éste se encuentre en pugna con los intereses perseguidos por el particular damnificado.

Es mi voto (arts. 18 de la C.N., 8.1 y 25 de la C.A.D.H., 14 del P.I.D.C.P., 26 de la D.A.D.D.H. y 10 y 11 de la D.U.D.H.).

Por ello, el Tribunal

RESUELVE:

I. Declarar admisible el recurso interpuesto por los letrados patrocinantes de la Particular Damnificada a fs. 1/18vta. contra el auto de fs.19/27 por los motivos expuestos en los considerandos (arts. 21 inc. 1°, 421, 433, 439, 442 del CPP).

II. Por mayoría NO HACER LUGAR a la solicitud de los letrados patrocinantes de la particular damnificada de ser tenidos como acusadores privados de forma autónoma en los delitos de acción pública ausente la intervención del Ministerio Público Fiscal, de conformidad con lo desarrollado en los Considerandos (arts. 5, 28, 75 inc.12, 120 y 121 de la CN; 45 y 166 de la CPBA; 71 del CP; 6, 56, 59, 79, 83 inc. 8, 267 y 334bis del CPP y 17 de la ley 12.061).

III. Por mayoría HACER LUGAR al recurso interpuesto y revocar el auto apelado en cuanto no hace lugar al control de legalidad de la decisión adoptada por el Ministerio Público Fiscal departamental de desestimar la denuncia efectuada por los letrados patrocinantes de la particular damnificada contra Eugenio Fabián Aranda por inexistencia de delito, decisión que en el caso genera un perjuicio irreparable, conforme fuera desarrollado en los Considerandos (arts.16, 18, 75 inc.22 y 109 de la CN; 8.1 y 25 de la CADH; 14 del PIDCP; 23 inc.1, 79 inc.1, 268, 273, 290, 326, 334 y 445, segundo párrafo y 2, segundo párrafo de la ley 12.061).

IV. Regístrese, devuélvanse los autos principales solicitados para resolver al remitente, notifíquese al Fiscal de Cámaras y a la defensa de intervención. Fecho, devuélvase el presente a la instancia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

FDO: CARLOS F. BLANCO, GUSTAVO A. HERBEL Y CELIA MARGARITA VAZQUEZ.

Ante mí: GABRIELA GAMULIN.