



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

**Índice.**

I. Presentación.	2
II. Ponencia del Dr. Julio B. Maier.	5
III. Ponencia del Dr. Javier A. De Luca.	11
IV. Ponencia del Dr. Julián Langevin.	26
V. Ponencia del Dr. Juan E. Cicciaro.	31
VI. Ponencia del Dr. Edmundo Hendler.	44
VII. Ponencia del Dr. José I. Cafferata Nores.	49
VIII. Debate final entre panelistas y público.	53
IX. Una tarde con la víctima. Apuntes.- Artículo del Dr. Julio B. J. Maier.	64
X. Dúplica de Troya.- Artículo del Dr. José I. Cafferata Nores.	76
XI. Fallos publicados.	88
XII. Bibliografía relacionada.	91
XIII. Artículos relacionados.	96
XIV. Índice de notas.	104



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

## **I.-Presentación.**

El 12 de julio del corriente año, la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, actualmente a mi cargo, organizó la Primera Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia, que se llevó a cabo en la sede del Colegio de Escribanos de la Capital Federal.

El sentido de estas jornadas, que pretendemos repetir a lo largo del año, radica en la búsqueda de un lugar de reflexión para los integrantes del fuero, sobre cuestiones teóricas que se ven reflejadas en la práctica diaria, y que aparecen como problemáticas en función de las distintas soluciones que dan los tribunales. La actividad tiene en miras que funcionarios y magistrados hallen un lugar de intercambio de ideas, que permita el análisis y crítica, en un clima distendido, de aquellos antecedentes jurisprudenciales tanto de la Cámara del Crimen como de otros tribunales, que aparezcan como relevantes en la materia a tratarse.

Se busca con ellas, que jueces de distintos tribunales, fiscales, defensores, secretarios y referentes académicos invitados se oigan entre sí, para lograr, en la medida en que resulte posible, la construcción de soluciones que abarquen todos sus enfoques probables a la hora de resolver. También se busca que los asistentes encuentren un ámbito en el que puedan hacer preguntas que contemplen situaciones de la realidad judicial, que más de una vez no son tomadas en cuenta por los estudios doctrinarios sobre algunos temas, lo que genera una brecha histórica entre teoría y práctica, que tal vez pueda achicarse con la generación de este tipo de intercambios entre representantes del ámbito judicial y académico.

Al ser la Secretaría de Jurisprudencia un lugar en el que se procesan los fallos de distintos tribunales, fácil es advertir cuando se sistematiza esa información, cuáles son los problemas que es necesario profundizar, por ser recurrentes tanto su formulación como la variedad de criterios de los distintos tribunales, como así también la dificultad, por estar la cuestión en pleno desarrollo, de prever cuál será la solución adoptada por los primeros.

De esta manera, el primer tema seleccionado fue: “Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán’ hasta ‘Storchi TOC1’”. El motivo de la elección, radicó en que luego del fallo “Santillán”<sup>1</sup> de la CSJN, se tornó necesario replantear su alcance y proyección a las otras etapas del proceso, y más precisamente, contestarse la pregunta acerca de si la facultad del querellante de acusar en el momento del debate cuando no lo hace el fiscal de juicio –reconocida por la CSJN en el precedente mencionado- se retrotraía al momento inicial de la instrucción y a su etapa crítica. O en otras palabras, si después de ese precedente, el querellante, que fue incorporado a regañadientes por el legislador en el actual Código Procesal, se transformaba de pronto en un actor principal del proceso, capaz de llevar adelante la acción sin la intervención del fiscal. Y en todo caso, si ello era así, cuál era la solución a adoptarse con relación a este funcionario: ¿Qué debe hacer el fiscal si no quiere impulsar a acción?



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

El tema, no solamente abarca cuestiones prácticas de gran importancia, sino que incluye otras que tienen que ver con la propia naturaleza y sentido del Derecho Penal; con la relación entre el legislador nacional y el provincial –por la relación entre el art. 71 CP y la regulación de las facultades del querellante en el CPPN-; con la operatividad de las normas constitucionales en las leyes de inferior rango; con la intervención de la CSJN en cuestiones procesales y la puesta en marcha por los tribunales inferiores de sus criterios cuando éstos difieren claramente con los escogidos por el legislador, etc.

Como panelistas invitados para exponer obraron los Dres. José Ignacio Cafferata Nores, Juan Cicciaro, Javier De Luca, Edmundo Hendler, Julián Langevin y Julio Maier, a quienes una vez más, debemos agradecer su participación desinteresada en una actividad sin precedentes y, sobre todo, la seriedad con la que asumieron su compromiso, que llevó a que además de todo el trabajo que se tomaron para la elaboración de sus respectivas exposiciones en la jornada, continuaran pensando lo debatido luego de su realización, a punto tal de haberse puesto a escribir trabajos exclusivos para esta entrega, que estoy segura que darán mucho que hablar para todos aquellos a quienes el estudio del derecho penal nos interesa.

Quiero resaltar especialmente la demostración que cada uno de ellos efectuó de su capacidad de escucha; el buen humor para responder o tolerar observaciones y críticas que en más de una oportunidad fueron muy duras, tanto hacia artículos doctrinarios o hacia precedentes jurisprudenciales elaborados por quienes compartían la mesa o estuvieron presentes entre el público; así como la preocupación por mantener un lenguaje llano, conceptos claros y una especial predisposición por compartir el sentido de la jornada, que como se adelantó, no era más que el de generar un pequeño y cordial ámbito de reflexión sobre temas muy problemáticos, y sobre los que por su naturaleza se espera una dificultad o imposibilidad de unificar criterios.

Más allá de la posición que sobre el tema se pueda adoptar, la posibilidad de reflexionar de manera conjunta fue brindada por los panelistas superando cualquier tipo de expectativa, tanto en cada una de sus ponencias como en el panel final que compartieron, en el cual nos brindaron hasta anécdotas personales que compartiremos con ustedes.

En mi calidad de organizadora, quiero agradecer especialmente el respaldo que los señores jueces de la Cámara de Apelaciones brindaron al proyecto y el esfuerzo personal que pusieron en él colaborando con la organización -y, en más de un caso, trabajando a la par de los integrantes de esta Secretaría-, para que todos los aspectos involucrados en la preparación de una actividad de esta naturaleza, sobre lo cual no teníamos ninguna experiencia previa, hayan sido correctamente abordados, más allá de todo lo que podamos aprender y corregir para la próxima vez. También quiero agradecer el esfuerzo del personal de la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca, que no descuidó ningún detalle para el éxito de la jornada.

Ahora bien, en razón de que la actividad fue cerrada al público -por cuestiones de organización y por su propio sentido-, queremos compartir con ustedes su contenido, porque indudablemente importa uno de los materiales más completos sobre el tema. Es por ello que adjuntamos en esta entrega las desgrabaciones de las ponencias y las



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

complementamos con referencias del material jurisprudencial y bibliográfico mencionado por los autores y otro que, a nuestro entender, resulta de relevancia para el estudio de la problemática –que puede ser consultado en el sitio de Internet habilitado por esta Secretaría para ello, en el que se encuentran los fallos con texto completo-. Asimismo, adjuntamos los ensayos efectuados con posterioridad a la jornada por los Dres. Julio Maier (Una tarde con la víctima) y José Ignacio Cafferata Nores (Dúplica de Troya).

Esperamos que el esfuerzo del personal de esta Secretaría para entregarle a nuestros usuarios productos de utilidad, se vea reflejado en el interés que les genere el material que les enviamos, y como siempre, en los comentarios y sugerencias que puedan hacernos a nuestras direcciones de correo electrónico o en forma personal.

**Sabrina E. Namer**  
**Secretaria de Jurisprudencia CNCC**



## **II.-Ponencia del Dr. Julio B. Maier\***

Voy a tratar de hacer una síntesis muy breve, en lo posible, sobre el papel de la víctima en el sistema penal, históricamente, para después expresar mi opinión acerca de hechos actuales o decisiones actuales de los tribunales, no solo nuestros sino también extranjeros, que parecen modificar, a mi juicio, inconvenientemente, este panorama. La primera aparición es del Código de Procedimientos Criminales para la Justicia Federal y los tribunales de la Capital de la República de 1882, donde se admite la participación, como ustedes saben, del querellante -como le denominan, del particularmente ofendido-. La regulación tiene enorme cantidad de lagunas, no se sabe muy bien con qué límites admite esa participación, o si no los tiene, como se opina ahora... si no tiene absolutamente ningún límite esa participación, y la interpretación por los tribunales penales de la Capital de la República de esos artículos, muy pocos artículos del código de procedimientos criminal de aquella época, que rigió hasta 1993 y, todavía hoy, para causas que todavía seguramente quedan de aquella época. La interpretación fue errática al principio, por último, fundada solamente en un artículo de la ley que, parcialmente, se avocaba a la solución de un problema, el problema del pedido de sobreseimiento al finalizar la instrucción preparatoria. El código decía que si se solicitaba el sobreseimiento, el Ministerio Público, o la fiscalía y el querellante particular, entonces el juez tenía que realizar cierto procedimiento, trasladar al final, si él no estaba de acuerdo, al fiscal superior, y por acuerdo de fiscales, la decisión era obligatoria para el juez, y sino el fiscal superior reemplazaba al fiscal inferior. Por esta razón, desde ahí que se sostenía como ... inclusiva de ambos extremos... la fiscalía y la víctima o la querella, se llegó, sólo por interpretación legal, a la convicción de que el Ministerio Público podía actuar por sí sólo, porque en otros casos no estaba regulado por la ley, es decir, podía acusar y el procedimiento debía seguir en el plenario hasta la sentencia, y que el Ministerio Público asistía -asistía es mucho decir, porque el procedimiento era escrito-, quedaba en el procedimiento como espectador prácticamente, pero dentro del procedimiento. Esta era la idea que desarrollaron los tribunales, del Código de 1882. No fue nunca mi idea, porque yo era juez de sentencia en esa época, y a mi juicio no se podían transformar los delitos de acción pública en delitos de acción privada como parece que la solución determina. Luego vino el Código de Córdoba y, tras de él, todos los llamados códigos modernos, inclusive, hasta los últimos códigos modernos surgidos precisamente de esa corriente, que tomaron una solución radical con esto, permitieron la interposición de la acción civil dentro del procedimiento penal, y excluyeron al ofendido de la cuestión penal en sí misma. Estos códigos fundaban precisamente esa exclusión, en el hecho de que, interpretado rigurosamente el sistema penal nuestro, la acción pertenecía sólo al Estado, la promoción de la acción y la persecución penal correspondía solo al Estado, y no era posible conceder a la víctima o a cualquier otra persona la potestad de perseguir, porque el sistema penal precisamente procuraba lo contrario, el no ejercicio de la venganza privada, no permitía

---

\* Juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

ejercer la venganza privada. Contenía al transmitir la persecución penal al Estado, una especie de mediatización de la reacción penal, de manera tal de que no se enfrentaran víctima y victimario.

Comienza a regresar la víctima a un primer plano, con el proyecto de 1886, que no tuvo, como ustedes saben, sanción legislativa, que volvió a admitir, volvió a admitir -el proyecto federal-, al querellante, a la víctima, con una definición de víctima algo extendida sobre la cual no voy a entrar actualmente, pero siempre como acusador adhesivo, es decir, a la manera, o en la manera en que comprende esta institución el derecho procesal civil cuando se refiere a la intervención de terceros y a la intervención de un tercero adherente. Suprimido el actor principal, el tercero adherente no tiene por qué seguir en el procedimiento. Esto era claro, con una regulación bastante rigurosa en el proyecto del año '86, de tal manera que los límites de actuación de la víctima en el sistema penal, estaban dados por los límites del persecutor penal oficial, que era el actor principal, no solo en el sentido de que intentaba la persecución penal, por ejemplo acusaba, sino en el sentido de que tampoco la víctima podía escaparse del ámbito dentro del cual él intentaba la persecución penal.

Luego de esto, comenzó el interés también por la víctima desde el punto de vista académico, y yo recuerdo, existen otros escritos sobre el particular, pero yo recuerdo haberme ocupado de esto en un libro que publicó “Ad-Hoc”, “De los delitos y las víctimas”<sup>2</sup>, en donde traje opiniones, inclusive traducidas por mí, del ámbito extranjero, no sólo del que más conocido era para mí, del ámbito alemán -yo traduje a Roxin-, sino también de otros ámbitos europeos, e incluso, americano. Este libro produjo, a mi juicio una ..., reeditó el estudio del papel que podía cumplir o que tenía que cumplir la víctima en el procedimiento penal, y esto influyó sobre el Código de Procedimientos de la Nación hoy vigente, porque el proyecto inicial, a la manera de los códigos modernos, no toleraba la participación de la víctima en la cuestión penal, sino que permitía que ella ejerciera la acción civil dentro del procedimiento penal, y la Cámara de Diputados, ya no recuerdo bien el íter legislativo, pero lo cierto es que el Congreso de la Nación introdujo modificaciones, tomándolas del anterior Código Procesal Penal de la Nación, y el actual Código Procesal de la Nación, permite y este es el problema de hoy creo, dentro de qué límites, no está del todo dicho en la regulación, permite la actuación de la víctima en el procedimiento penal.

A manera de reseñar también el problema actual, me iré primero al desarrollo de una tendencia, a mi juicio, totalmente irracional, no sólo en materia procesal penal, quizás sean los más racionales los procesalistas penales, sino sobre todo en materia penal, que es lo que se ha dado en llamar internacionalmente como panpunitivismo o neopunitivismo, que se representa por varios costados del sistema penal, pero sobre todo por el derecho penal sustantivo, por la parte especial del derecho penal material. Pero también en materia procesal penal, yo he tomado como ejemplo para ello, siguiendo a un discípulo mío, Daniel Pastor, dos fallos de la Corte Interamericana, que ha tomado partido en esto, el que se conoce con el nombre de “Barrios Altos”<sup>3</sup>, Perú, y “Bulacio”<sup>4</sup>, que es un caso nuestro. En el primero de estos casos, la Corte, a mi juicio *obiter dictum*, pero, de todas maneras, se



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

explaya acerca de los derechos que tienen las personas de perseguir a quienes los ofenden en un derecho humano sea en cualquier delito, esta es la pura y santa verdad, porque los delitos están puestos en razón de bienes jurídicos que también tienen las personas y son bienes jurídicos básicos para la Constitución, de manera tal que en el caso se llega por esta vía, con esta argumentación, a derogar una ley de auto-amnistía que se había dado el gobierno de Perú para evitar la persecución penal por una masacre. Hubiera sido muy superior el fallo si con esta sola construcción de la masacre, que fue esto una violación a los derechos humanos extendida y sistemática por parte de autoridades oficiales del gobierno de Perú, bastaba esto para no aplicar la ley de auto-amnistía que en sí contenía un reproche ético muy grande, porque se la habían dado los mismos gobernantes que habían producido la masacre. Con esto hubiera estado suficientemente fundado, pero la Corte Interamericana no quiso fundarlo en esto, sino que se explayó acerca del derecho de las personas a la pena, a la punición directamente, y entonces, aunque habían pasado muchos más años dejó sin efecto una amnistía sobre estos hechos y ordenó la persecución penal. Quizás el hecho de que yo no comparta los fundamentos del fallo que me parece que fueron irracionales y excesivos, pues bastaba decir, como les digo, que se trataba de una violación extendida y sistemática por parte de un gobierno de los derechos humanos, es decir, un delito de lesa humanidad, grave, gravísimo, no dejó de influir en un fallo posterior, que es el fallo de nuestro país, “Bulacio”<sup>4</sup>. La diferencia enorme es que en “Bulacio”<sup>4</sup> el delito ni siquiera es un delito doloso, es un delito culposo. Este delito culposo -no hay discusión sobre esto porque la víctima misma, los parientes de la víctima habían aceptado que se trataba de un delito culposo-, y se dejó sin efecto la institución de la prescripción y de la razonable duración del procedimiento penal, sobre la base de este derecho de seguir persiguiendo hasta lograr el castigo. El caso es sintomático, porque se emplea exactamente la misma argumentación para un caso muy distinto, que primero es individual, una sola persona, es decir, no representa una violación sistemática y extendida de derechos humanos de un grupo o algo por el estilo, sino que se trata de un problema individual directamente, y se dejó sin efecto instituciones que son caras a nuestro derecho penal, como la prescripción, trece años habían pasado y la... no estoy defendiendo a nadie con esto, sino solamente dando la idea de la importancia institucional que esto tiene si ello es así, porque entonces no existe más la prescripción. Si para un delito culposo hay que dejar por fuera el derecho del imputado a un juicio rápido y el derecho a que de alguna manera se logre la condena en un tiempo definido como es la prescripción, lo cierto es que estos derechos no existen para el imputado.

A raíz de estas afirmaciones de, como les digo, que han sido llamadas pan o neopunitivismo, que a mi juicio son expresión de un fundamentalismo penal creyendo que la pena es la curación de todos los males, proviene una afirmación a mi juicio más grave todavía que valida de las convenciones de derechos humanos, el artículo 25 de la regional que rige para nosotros –ya no recuerdo bien en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, me parece que es el artículo 2, inciso tercero, número tres, pero no lo recuerdo bien-, que proveen a toda persona a quien se le lesiona un bien jurídico fundamental, un recurso rápido para que un tribunal los coloque de nuevo en el uso y goce de ese derecho, es decir,



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

determinan que debe haber un procedimiento rápido como el *hábeas corpus* y el amparo para estos casos, se dice que esos artículos se ponen en correlación con los artículos que defienden la posición del imputado dentro del procedimiento penal, y se trasladan o se afirma que son trasladables todos los derechos del imputado a los derechos de la víctima y a eso se le llama bilateralidad. Yo esto no lo puedo comprender. No lo puedo comprender porque no entiendo como va a regir para la víctima el principio de inocencia como derecho fundamental, o el *in dubio pro reo* cuando ella no está imputada de nada directamente, cómo va a regir el *nemo tenetur*, cómo... bueno, una serie de instituciones que sí protegen al imputado, el recurso en contra de la condena, todavía más claro, este es un paso más que se va a dar. Y, a mi juicio, ya dentro del país, el problema que han generado todas estas expresiones de fundamentalismo penal, es un tratamiento... ¿como podría llamar?, ligero, de la llamada inconstitucionalidad –me escribía hace poco una amiga que está viviendo en el extranjero, diciéndome, dice, Julio, en Buenos Aires, me decía, si mal no recuerdo, se trata la inconstitucionalidad como una afirmación ligera, todo puede ser inconstitucional en la medida que a mí no me guste como está resuelto políticamente, es decir, sin ninguna prudencia para la declaración de inconstitucionalidad, prudencia que es absolutamente necesaria por aquello que las leyes se presumen constitucionales si no es absolutamente claro que están en contra de algún precepto constitucional. Ni siquiera se nombran preceptos constitucionales, o se los nombran por el número, pero no se relaciona su texto. Esta arma, parece ser utilizada por los tribunales, me refiero a todos los tribunales, no solo la Cámara Criminal o los tribunales de primera instancia, o la misma Cámara de Casación, sino por la propia Corte Suprema de Justicia, cuando es una verdadera arma para decidir conforme a la conveniencia ideológica de quien decide directamente. La declaración de inconstitucionalidad es una superación de obstáculos. Yo recuerdo todavía en mis tiempos de estudiante, en Córdoba, me solía contar Ricardo Núñez que Roberto Goldschmidt le decía a él que él no conocía lo que era la inconstitucionalidad antes. Y es cierto, no existía antes de la guerra en el continente europeo –los Goldschmidt tuvieron que refugiarse por el régimen nazi- y le explicaba, lo mismo que creo que dijo en alguna oportunidad el papá de Conrado Finzi, ya no me acuerdo como se llamaba –tampoco te acordás vos... bueno [refiriéndose al Doctor Cafferata Nores, quien aclaró que se llamaba Marcelo]. Nosotros muy livianamente decimos que las leyes son inconstitucionales. Y recuerdo también cuando le dieron el título Doctor *Honoris Causae* a Ferrajolli acá, que él relataba al agradecer el título, en la conferencia que dio, aquello de que después de la Segunda Guerra Mundial, allí el derecho constitucional se positivizó, y esto, al ser una ley de superior categoría... es decir, explicaba lo que acá hacíamos proveniente del liberalismo americano, lo que aquí hacíamos cien años antes directamente, con la diferencia que Ferrajolli ni Goldschmidt se imaginaban que acá todo se podía declarar inconstitucional. Goldschmidt me acuerdo que decía, Núñez me contó que decía, que un juez alemán no declararían nunca inconstitucional una ley. Y tenía razón, solo tribunales superiores; hoy en día el Tribunal Constitucional, más o menos, tiene esta posibilidad de declarar inconstitucional una ley cuando hay una querrela de constitucionalidad. A mi juicio, el *íter* de lo irracional en el momento actual, parte ya de que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 348 por



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

el fallo “Quiroga”<sup>5</sup>. El artículo de la ley lo único que regula es un procedimiento burocrático cuando hay que decidir por blanco o negro, y guste o no guste este procedimiento, a mi personalmente no me gusta, yo preferiría el acuerdo de fiscales como era antes. Pero guste o no guste, lo cierto es que yo no veo que la Constitución hable de cómo se debe resolver este enigma, y se creó, igual que en muchos países del mundo, un tribunal que resuelva esta situación; es decir, que diga cuando el... acá solo concebimos el cierre del proceso penal por sobreseimiento dictado por órganos judiciales. El hecho de que concibamos esto así, provoca esta situación extrema, límite, de que cuando el fiscal pide el sobreseimiento tenga que existir algún juez que avale esa situación, esa proposición del fiscal, y qué pasa cuando el juez tiene la opinión contraria directamente. Porque yo prefiero el acuerdo de fiscales como existía en el anterior código, pero lo cierto es que, a la manera por ejemplo de la Ordenanza Procesal Alemana, el artículo no eligió un fiscal sino que eligió un tribunal específico, para que decida si el procedimiento debía continuar o no debía continuar. Acá se ha tomado esto como un agravio a la fiscalía, a pesar de que el artículo que se invoca, el artículo 120, si bien le da autonomía al Ministerio Público, opina que siempre en correlación con las funciones, con las competencias que tienen las demás autoridades de la Nación o de la República, y esas competencias están reguladas por la ley. A partir de esto que terminó siendo un escándalo, vienen los fallos “Storchi”<sup>6</sup>, “Mena”<sup>7</sup>, debe haber muchos otros, yo solo me concentré en estos fallos, que ya desarrollan una forma de participación de la víctima, que hasta excluye al Ministerio Público. Una forma de participación de la víctima que primero transforma, o permite la transformación de los delitos de acción pública en delitos de acción privada. Y luego de ello, hasta excluye la intervención del Ministerio Público aunque sea como mero espectador. Hay que decir verdad, de esto también es responsable la Corte Suprema de Justicia con el fallo “Santillán”<sup>1</sup>, dado que... otro error del sistema, dado que había ya dicho que cuando luego del debate, al final del debate, el fiscal concluía pidiendo la absolución por cualquier razón, sin embargo hizo una excepción de esto cuando el querellante, al contrario del fiscal, solicitaba la condena. A mi juicio, también esto fue un error, y un error en el sentido de que nuestro sistema no es gris, nuestro sistema parte del artículo 71 del Código Penal; este artículo 71 expresa claramente que las acciones se iniciarán de oficio, y yo puedo, como lo hace el Código Civil, legitimar a alguien más para que actúe coadyuvantemente con quienes actúan en el procedimiento penal, pero lo que no puedo es darle autonomía completa para que haga lo que quiera. Y más todavía, me parece también que quienes han avalado con una enorme cantidad ... cometen varios errores. Estos errores, primero tienen que ver con una interpretación extendida de la palabra “inconstitucional”; es decir, nosotros no conocemos en el ámbito federal, sentencias de la Corte que tengan validez erga omnes, razón por la cual, no hay por qué ser fiel a esas decisiones. Y sin embargo los fallos parten, por ejemplo de “Quiroga”<sup>5</sup> y explican como, con la misma fuerza de ley directamente, aquello que la Corte ha dicho. Más todavía, dicen cuál es la parte que la Corte no anuló... ya lo dan por anulado al artículo, seguro que lo han tachado en el Código particular que tienen en su despacho. A mi juicio, para terminar, para no excederme y permitir que mis colegas también hablen, lo que resta si todos ellos son consecuentes con



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘*Santillán a Storchi TOC1*’”

---

esta fundamentación que han dado, no solo interna sino también externa, es decir, derivada de las Convenciones de Derechos Humanos, va a ser solamente sostener que la acción en materia penal es popular, cualquier persona... Primero porque la definición de víctima está abierta, cualquiera puede definir víctima como desee, y segundo ... es decir, los parientes que por alguien que ha fallecido pueden ingresar en la definición de víctima están abiertos para la ley, y si no fuera esto, si fuera la definición de víctima como ofendido particular de un delito, también, no tenemos por qué definir víctima como el portador del bien jurídico básico de la figura. Y en segundo lugar, porque el artículo 25 tan remanido de la Convención Americana, o el otro que no recuerdo el número de la Convención que regula el *Hábeas Corpus* y el amparo como procedimientos rápidos y expeditos para conseguir... no hablan de la víctima, hablan de toda persona. De tal manera que si son consecuentes, quienes han dictado estos fallos van a tener que llegar a la acción popular tarde o temprano, es decir, que cualquiera de nosotros puede provocar y perseguir penalmente, según su deseo, hasta el final. Y más todavía, y esto es lo que creo ya peligroso; hay como un tufo, el mismo tufo que corre por el Derecho Penal Internacional, que no conoce la absolucón, no hay absolucón en el Derecho Penal Internacional, parece mentira, si no lean la fórmula del *ne bis in idem*, hay como un tufo de que tampoco el tribunal al final... Porque si no puede al principio archivar el procedimiento porque no constituye delito porque hay un particular querellante que quiere seguir adelante; si tampoco puede cuando hay una acusación del querellante dictar el sobreseimiento pues tampoco va a poder absolver una vez que el individuo se dio por ..., por qué razón se puede pensar que los otros tribunales, cuya función es precisamente archivar denuncias o querellas que no constituyen delitos, sobreseer caso que por alguna razón no deben llegar al debate o al juicio: ¿por qué vamos a tener que pensar, si eso es cierto, que alguien va a tener que absolver al final cuando el querellante acuse, es decir, cuando el querellante siga hasta el final buscando el castigo?. Esto es todo lo que tenía para decirles, esto se puede ampliar muchísimo, yo no quiero tomar tiempo de mis colegas, quizás en las preguntas podamos ampliar algo el panorama muy sucinto que yo acabo de dar.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

**III.- Ponencia del Dr. Javier Augusto De Luca\*.-** Artículo escrito por el autor para ser leído en la Jornada \*\*.

La víctima en el proceso penal, modelo 2007.

1. Alienación.

Está bastante difundido el método de aseguir una supuesta voluntad propia de la ley, en la que se habría plasmado una determinada política criminal y que todo operará verdaderamente sobre un mundo real<sup>8</sup>.

Se trata de discursos por los cuales el método jurídico, en vez de servir a la previsibilidad de las decisiones judiciales, genera un caudal de desconcertantes posibilidades y permite la racionalización de cualquier decisión, lo cual abre el camino a todo tipo de arbitrariedades.

Se cae en simplismos y con ello, en el ridículo, porque así resulta sencilla la tarea de desacreditación del saber jurídico a partir de discursos populistas y clientelistas. Para decirlo en breves palabras, mientras nos dedicamos a discutir si el querellante es “adhesivo”, la gente que no se dedica a esto y a la que el sistema debe servir, está harta de todos nosotros.

Existe una desconexión con la realidad que impide ver que el Poder Judicial es parte del gobierno. La jurisprudencia aparece como impermeable a los discursos jurídicos novedosos. En ella sobreviven los anteriores, ya superados, sustentados por un sinfín de prejuicios.

Entrando en este tema, basta con leer unos pocos artículos y fallos, para percatarse de que muchas posiciones se basan en principios que no están escritos en ninguna norma con fuerza legal, no tienen en consideración nuevos cuerpos normativos incorporados al ordenamiento jurídico argentino y, lo que es peor, implican el desconocimiento de otras que la tienen con anterioridad al propio Código Penal, como ser las de los arts. 842, 1096 y 1097 del Código Civil, texto original, y art. 3982 bis CC incluido en 1968 por la reforma de la 17.711<sup>9</sup>.

Por ejemplo, se sostiene que acción penal pública significa que el ministerio público fiscal tiene el monopolio en el ejercicio del poder punitivo en su aspecto requirente. Pero si esto fuera un monopolio, no podría existir la figura del querellante en ningún caso. Este sujeto sería un mero dato, un testigo o una figura procesal decorativa, porque “monopolio” significa la exclusividad en el ejercicio de una actividad. La confusión proviene de que uno es el monopolio en el ejercicio del poder punitivo y otro el que pudiera darse en la función requirente.

Se dice, con razón, que el derecho procesal penal es una rama del derecho público. Pero existe un salto lógico al sostenerse que por esa razón la persecución penal siempre es

---

\* Fiscal General ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal.

\*\* Las notas del presente artículo fueron integradas y adaptadas para la presente publicación. Para acceder al formato original del documento, descargar el archivo de la página de internet de la Secretaría.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

pública. Si esto fuera así, no podría haber delitos de acción privada ni querellantes metiendo la cola en procedimientos públicos.

El autor del proyecto del código vigente ha dicho que es “inadmisible que el Estado se ponga al servicio del interés pecuniario o de la venganza personal, que son casi siempre los móviles que llevan al damnificado a ejercer la acción pública, los cuales se manifiestan si nos fijamos el gran número de querellantes que desisten de su acción, dando pretextos fútiles, una vez que han percibido la suma en la que se consideran perjudicados...”. Este tipo de expresiones, lanzadas a boca de jarro, no tienen en cuenta que la propia ley nacional, mandatoria para el legislador procesal que es de inferior jerarquía (art. 31 CN), dispone en el art. 1097 del Código Civil que el querellante debe desistir de la acción criminal cuando llega a un acuerdo económico reparatorio de los daños ocasionados por el delito ¿Qué pretende o se espera que haga el querellante?

Se habla mucho de la venganza, sin tener en cuenta que ella puede ejercerse con o sin el instituto del querellante, autónomo o adhesivo y que, desde un punto de vista teórico -único desde donde se puede hablar de un asunto tan personal-, es preferible darle gran autonomía a la víctima para que canalice -o “sublime”- sus deseos vindicativos a través de un proceso regular controlado por los fiscales y jueces donde, en definitiva, los que resolverán serán estos últimos. Con el monopolio estatal del ejercicio del poder punitivo se declara ilegal la justicia privada, sea la del damnificado o de terceros.

También se habla de la influencia o presión de las víctimas sobre los agentes judiciales. Pues bien, esto es inevitable en los tiempos que corren y no guarda relación directa con la consagración del querellante, sino que se produce a través de los *lobbies* en los despachos judiciales y a través de los medios de comunicación. En cualquier caso, los fiscales somos tan influenciables como los jueces.

Se lee que la incorporación del querellante tiene su razón de ser en principios superiores que inspiran una acertada organización del juicio criminal, donde todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal de los arts. 18 CN y 8.1 CADH, con cita de Fallos de la Corte. Si se predica esto, ya no podrá decirse que el querellante es adhesivo o que depende de la posición del fiscal en la causa. En efecto, ¿cómo es que se admite la presentación del requerimiento de elevación a juicio de la querrela antes del dictamen fiscal (art. 346 CPPN), el cual, si es de sobreseimiento, debería conducir a la imposibilidad de remitir la causa a juicio? Es decir, ¿para qué le permiten acusar, si después nadie le llevará el apunte? Esto no es precisamente la realización de un “principio superior”.

Se predicen procedimientos que no terminarán nunca y mediante soluciones que tampoco están en la ley. Se sostiene que si por apelación de la querrela o pretensa querrela el tribunal de alzada revoca la desestimación de la denuncia, el archivo de las actuaciones o el sobreseimiento dispuesto por el juez de grado, la solución será adjudicar a otro fiscal la prosecución de la investigación o la formulación del requerimiento. Tengamos en cuenta que se trata de una apelación, es decir, de la excitación de la actividad jurisdiccional de los jueces de cámara y no del mecanismo de consulta del ya invalidado por la Corte art. 348 CPPN (in re, “Quiroga”<sup>5</sup>). Supongamos que el querellante formula requerimiento de



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

elevación; el fiscal pide el sobreseimiento. Pregunto, ¿qué hace el juez si está de acuerdo con la querella? ¿cuál es la decisión que el querellante habrá de apelar? No existe. Supongamos que el juez sobresee de acuerdo con el fiscal. El querellante apela. La cámara revoca ¿Cómo sigue el asunto? Los tribunales del poder judicial tiene facultades legales para apartar al fiscal en este caso.

Se hacen interpretaciones de los fallos de la Corte que los sacan de contexto. Por ejemplo, se dice que “Santillán”<sup>1</sup> se refiere sólo a la etapa de juicio, lo que puede estar bien. Pero se agrega que ello es así porque la Corte implícitamente está considerando que se puede condenar con el requerimiento fiscal de elevación a juicio, de modo que en la etapa de juicio, aunque este magistrado no produzca un alegato acusatorio, alcanzará con el de la querella. Esto es un contrasentido, porque “Santillán”<sup>1</sup> se dicta estando vigente la doctrina “Tarifeño”<sup>10</sup> que predica que el requerimiento de elevación a juicio no es una acusación completa, sino que ésta debe integrarse con el alegato acusatorio. Esta doctrina cambia por un tiempo cuatro años después, en agosto de 2002 con “Marcilese” (Fallos: 325:2005)<sup>11</sup> sencillamente porque el juez Fayt cambió de opinión y, con ello, cambiaron las mayorías y minorías. Desde “Mostaccio”<sup>12</sup>, se volvió a “Tarifeño”<sup>10</sup>. “Marcilese”<sup>11</sup> no va más. Pero además, si se viene diciendo que el querellante es adhesivo, ¿cómo podría haber dicho la Corte que el Tribunal podía condenar con solo su alegato?

Se entremezclan niveles argumentales que por un momento refieren a la acción como derecho a peticionar algo y por otros alude al contenido de lo que se peticiona, lo cual merecería algunas distinciones porque una cosa es tener derecho a peticionar a las autoridades (art. 14 CN) y otra es hacerlo porque tengo un derecho subjetivo al castigo de quien me hizo un daño, derecho que, sin embargo, no podré satisfacer, ejecutar o hacer ejecutar por mí mismo, ya que el Estado se ha apropiado del poder de imponer penas.

Con la expresión “monopolio” se dicen muchas cosas y no se dice nada. Ya decía Carrara que “El principio de que la acción penal es siempre pública es de creación moderna, es una consecuencia del monopolio que ha querido dársele al Ministerio Público; este monopolio creó esa regla, y hoy quiere defenderse con ella dicho monopolio...”, lo cual calificaba de círculo vicioso<sup>13</sup>.

## 2. Poder Punitivo.

Para encarar este tema con mayor profundidad y como somos tributarios de la legislación infraconstitucional continental europea, debe recordarse que para poder expandirse y conquistar otras latitudes, Europa debió retomar el ejercicio de un poder que estaba desconcentrado desde la caída de Roma: el poder punitivo. Primer dato a tener en cuenta: ésto no siempre fue así en todo tiempo y lugar. Su característica esencial es la confiscación del conflicto a la víctima, la sustitución del puesto que en un conflicto tiene el damnificado por parte del poder público<sup>14</sup>. La víctima o persona lesionada pasa ser considerada como un dato para facilitar o habilitar la criminalización. A partir de la desvinculación de la lesión a un bien de la víctima con quien debería ser su titular, el poder público adquirió una enorme capacidad de decisión pero también de arbitrariedad: porque



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

es libre para elegir las personas y los casos en que ejercerá el poder y la medida en que lo hará. Se creó así un formidable y verticalizado instrumento de control necesario para vigilar, disciplinar y neutralizar a toda manifestación disfuncional al poder<sup>15</sup>.

Segundo dato a tener en cuenta, derivado del primero: la confiscación del conflicto a la víctima, poco tiene que ver con la intención de evitar la venganza privada ya que esto se puede lograr mediante el monopolio del ejercicio del poder punitivo, con o sin víctima incluída.

El poder punitivo renace en Europa en los siglos XII y XIII. Hasta entonces, los conflictos se resolvían mediante distintas clases de duelos, en donde el juez era un simple árbitro que controlaba el respeto de las reglas (evitar la trampa) permitiendo así la expresión clara de la voluntad divina en el vencedor que, a partir de ese momento, era el portador de la verdad. Su condición era prueba de su razón<sup>16</sup>. En otras latitudes el esquema era similar, a lo que debía sumarse gran cantidad de acuerdos a través de los jefes de los clanes, sacerdotes, consejos de mayores, etc., como forma de resolución pacífica de los conflictos.

Pero en Europa, con el surgimiento del poder punitivo, se abandonó la lucha, se secuestró a Dios y la verdad comenzó a establecerse por interrogatorio o *inquisitio*. El sujeto de conocimiento, inquisidor, interrogador o investigador, pregunta en nombre de Dios al objeto de conocimiento y de este modo obtiene la verdad. El inquisidor deja de ser un árbitro, la virtud está de su lado, y Dios ya no decide entre dos iguales como partes (víctima y agresor), porque la víctima había sido secuestrada por el dominus o señor inquisidor. De la *disputatio*, se pasó a la *inquisitio*. Como el inquisidor obraba en nombre de Dios y en búsqueda de la verdad, nada podía oponérsele.

### 3. Teorías políticas, de la pena y bien jurídico.

Para confirmar lo expuesto, basta con sintetizar el desarrollo de la doctrina del bien jurídico. Si éste se identifica con un titular (individual o colectivo) que posee un derecho subjetivo al bien, se limita el poder de criminalización de conductas, tanto teórico como aplicado. En cambio, al “objetivizarse” el interés legítimo de la víctima, se la desliga de la persona titular y del real daño causado a ella, y se habilita la persecución penal pública a sectores y situaciones desconectadas de lesiones concretas. Se busca una verdad ajena a lo subjetivo de la víctima<sup>17</sup>. Y este modelo vale también para dejar de perseguir verdaderas lesiones a bienes jurídicos, porque no se le pregunta a la víctima y el que decide es el soberano *inaudita parte*. Es el modelo inquisitorial, de derecho penal autoritario.

Así, ¿por qué la víctima de injurias o calumnias puede ejercer la acción penal por querrela y no podría hacerlo la víctima de una estafa cuando el fiscal no está muy convencido de la prueba? Ambos son hechos que el legislador ha decidido considerarlos delitos y, además, el segundo es considerado más grave para los derechos de la víctima. La diferente posición del querellante no tendría explicación.

Es que el estado de policía paternalista no necesita defensa del procesado, porque el Estado se erige en víctima, acusador, defensor y juez<sup>18</sup>.

En fin, teorías sobre el fundamento y fin del castigo hay muchas y todas han sido



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

criticadas con éxito. Sostener que el Estado tiene un derecho a castigar, *ius puniendi*, ya sea originario, sea porque lo ha adquirido o porque se lo haya apropiado, ya implica tomar posición al respecto. Aquí prefiero eludir cuestión tan complicada y manejarla con el concepto de *potestas puniendi*, que podría ser entendido como el monopolio del ejercicio del poder punitivo que, según entiendo, se deriva de la Constitución Nacional (arts. 75, inc. 12°).

#### 4. El rol de la Corte Suprema.

El título convocante de estas jornadas se refiere a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; en consecuencia, debería recordarse que el alto tribunal, cuando no actúa en jurisdicción originaria sino apelada y especialmente en la extraordinaria, no es juez de las causas sino de las cuestiones federales que en ellas se ventilan y se someten a su conocimiento mediante un recurso que fija su competencia (arts. 31, 116 y 117 CN; art. 14 ley 48). Por esa razón, la Corte trata de decir lo menos posible sobre derecho penal o procesal penal, porque su punto de vista es el derecho federal y constitucional. A la Corte le importa bastante poco cómo se las arreglarán después con sus doctrinas los jueces inferiores, los legisladores, los autores, es decir, todos nosotros.

Además, como la Corte falla en un caso concreto, debe leerse muy bien el caso y cómo llega al Tribunal, porque de otro modo nuestra impresión puede resultar totalmente errónea.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que lo hace observando el funcionamiento del sistema desde arriba. Dentro de este contexto, las decisiones con incidencia en el proceso penal, no pueden ser contradictorias con otras, basadas, por ejemplo, en el Derecho Internacional y sus fuentes sobre el que ha declarado, integra el derecho argentino.

Bien, ¿cómo se desarrolló el asunto de la víctima en el proceso penal?

#### 5. Etapas en la jurisprudencia.

5.1) Primera etapa. En ella la Corte no dio mucha cabida al querellante, salvo que estuviese involucrado un interés institucional. Son característicos de esta época: Fallos: 252:195; 253:31; 254:353; 259:388; 260:114, 262:144, sólo por mencionar los últimos. Los Procuradores Generales Ramón Lascano y Marquardt insistían en el cambio, para que se legitimara a los particulares a interponer recurso extraordinario con miras a obtener una condena penal.

En Fallos: 262:144 “Cincotta”<sup>19</sup>, citado, se discutía una absolución reputada arbitraria. El PGN Ramón Lascano pide a la Corte que cambie su doctrina. Recuerda que la Corte venía sosteniendo que el querellante, en principio, no podía apelar una absolución para lograr una condena criminal. El PGN plantea que “existe un interés legítimo del ofendido por un delito en la sanción penal del ofensor, único medio a través del cual se obtiene un verdadero restablecimiento del equilibrio roto por la lesión de los bienes tutelados por el derecho criminal. Debe mirarse la persecución penal como un modo necesario de restauración del derecho desconocido por el delito, de manera que negar al damnificado la posibilidad de actuar como querellante, era privarlo llanamente de la



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

defensa en juicio de aquel derecho en lo que él poseía de más esencial”. Es Carrara puro<sup>20</sup>.

Interpreta las doctrinas de la Corte y distingue:

a) Casos en que el legislador no autorizó la existencia de un querellante, el cual constituye un asunto de derecho en abstracto y que no se puede dejar de lado por los jueces, en el que no hay relación directa con la defensa en juicio (art. 18 CN), de

b) casos en los que el legislador sí lo hizo: en ellos el asunto del interés legítimo ya fue resuelto por el legislador. Los jueces no pueden privarlo de su intervención en el proceso. Si lo hacen se genera una cuestión constitucional. Aquí es un tema en concreto y si se lo priva de derechos es como declarar tácitamente la inconstitucionalidad del querellante como institución. De ahí que los derechos del querellante gozan de protección constitucional. Uno de ellos, a tener un procedimiento y sentencia regulares. De ahí que se lo protege cuando no se le da el rol y cuando ya dado, le violan los derechos que tiene durante el proceso.

La Corte en este caso, reiteró sus precedentes en cuanto a que el recurso extraordinario no era procedente para el querellante, excepto cuando la causa afectase intereses de orden institucional que excediesen los individuales. Sin embargo, por razones un tanto confusas declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia.

### 5.2) Segunda etapa

Comienza en 1967 con el caso “Otto Wald” (Fallos 268:266)<sup>21</sup> donde finalmente se hacen lugar a los argumentos del PGN y, sintéticamente, se afirma que si la ley otorga a un sujeto personería para estar en juicio, estará amparado por el debido proceso, garantía de la que se deriva el derecho a obtener una sentencia fundada.

Hay casos interesantes. En Fallos: 297:491 “Soc. Civil Club Dep. Morón vs. Cigarroa s/ usura” (1977)<sup>22</sup>, un caso de la provincia de Buenos Aires y de su art. 80 del viejo CPP. La Corte dice que debe admitirse el recurso del particular damnificado contra el auto que había sobreseído una denuncia. El argumento que se había empleado era grave, de hecho es parecido al que motiva un sinnúmero de discusiones actuales<sup>23</sup>. Se le había dicho que al no haber delito (por el sobreseimiento o desestimación de la denuncia decretados), no podía tenerse como parte querellante. El Procurador señala con lógica razón que, llevado al extremo ese argumento, sólo podría legitimarse al particular damnificado cuando hubiera condena firme. La Corte revoca. Se cita “Otto Wald”<sup>21</sup>.

En Fallos: 303:1349 “Pancioli” (1981)<sup>24</sup>, se emplean los mismos conceptos para conceder recurso local al particular damnificado contra una sentencia absolutoria de la Cámara Penal de Dolores, provincia de Buenos Aires.

En Fallos: 312:483 “Oroz y Baretta”<sup>25</sup>, se trataba la situación del particular damnificado en el proceso penal de la provincia de Buenos Aires, art. 87, a quien no le estaba permitido interponer recurso extraordinario local ante la Suprema Corte de la provincia, aunque hubiera una cuestión federal. La Corte sostiene que el sistema procesal local viola los arts. 5 y 31 de la CN (interpretados en “Di Mascio”<sup>26</sup>), de modo que si el particular damnificado plantea una cuestión federal, deben concederle su recurso.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

A todo esto, deben sumarse “Tarifeño”<sup>10</sup>, “García” y otros de esa primera época (que han vuelto a regir por “Mostaccio”<sup>12</sup>) donde la Corte no dice solamente que sin acusación no puede haber condena sino, además, que sin alegato acusatorio no hay acusación.

Reitero el concepto: los fallos de la Corte deben ser leídos en función del caso que se resuelve. En éstos, se trata de que para la Corte, ya desde esa época, el requerimiento de elevación al juicio no era sinónimo de acusación completa. Por eso el juez Fayt debe hacer un esfuerzo enorme en “Marcilese”<sup>11</sup> para cambiar de opinión.

Luego, ¿qué se esperaba que dijera la Corte en un caso como “Santillán” (Fallos: 321:2021)<sup>1</sup> donde pese a la existencia de un querellante que había formulado un alegato acusatorio, el Tribunal Oral dictó sentencia absolutoria con el solo argumento de que el fiscal se había expedido en sentido liberatorio y la situación era equiparable a los casos de “condena sin acusación”?

Si el querellante es parte, la sentencia debe oírlo, lo que significa hacerse cargo de sus argumentos, no como se oye a un testigo. Si no lo hace, viola su debido proceso ¿Cómo debe procederse o desarrollarse esta doctrina en los casos que puedan presentarse en el futuro? Es un problema de la jurisprudencia y la doctrina. Lo único que interesa a la Constitución, según la versión de la Corte, es que si se conceden derechos a una persona, después no puede ignorarsela olímpicamente.

Una pequeña digresión o reiteración de un concepto que debería estar siempre presente a esta altura. Los derechos procesales de que se está hablando son los de pedir, reclamar, exhortar, exigir, impetrar, solicitar, sugerir, excitar la jurisdicción, para la concreción de una pretensión de fondo. Pero de ello no se deriva que los demás sujetos procesales y, especialmente, los jueces, se encuentren obligados a cumplimentar tales pedidos o seguir sus argumentos. Una acusación de la parte querellante, no impide las sentencias absolutorias, como tampoco sus requerimientos en la etapa de instrucción obstan a los sobreseimientos, siempre y cuando, estas decisiones judiciales sean fundadas y refuten los argumentos acusatorios.

Así, en “Santillán”<sup>1</sup>, se toma en cuenta que la decisión del Tribunal Oral significó denegarle al querellante su capacidad de parte procesal al sostenerse que no era autónomo del fiscal. El Tribunal Oral no se expidió sobre el fondo de los argumentos de su alegato. La Corte anuda esta decisión a “Tarifeño”<sup>10</sup> y su progenie al sostener que aquí, a diferencia de aquél, una parte legitimada había acusado y que con ello se respetaba la bilateralidad (siguiendo otra vieja doctrina de Fallos: 234:270 “Gomez, Mario Sixto”<sup>27</sup>), de modo que no importaba si la acusación, acto necesario para condenar, era pública o privada. Ese asunto era discrecional del legislador pero, una vez transformada en parte y conferidos sus derechos, regía para ella el debido proceso (con cita de “Otto Wald”<sup>21</sup>). Es bueno recordar aquí que el art. 393 CPPN prescribe que el querellante alega sobre la prueba del debate antes que el fiscal.

En “Santillán”<sup>1</sup> además, se citan dos fallos que hablan del derecho a la jurisdicción: 199:617 y 305:2150, del que también se ocupan los instrumentos internacionales de los



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

DDHH con jerarquía constitucional: art. 8.1 CADH y art. 14.1 PIDCP. Recuérdate que estamos en tiempos de “Giroldi”<sup>28</sup>. Con expresa referencia al código procesal advierte que se lo priva del derecho a la jurisdicción pese a la norma del art. 393 CPPN, de modo que el legislador, al no poder ser incoherente, no podría haberle conferido el derecho a acusar para después no llevarle el apunte.

Incluyo en la misma etapa a “Quiroga”<sup>5</sup>, (Fallos: 327:5863) y a “Mattio”<sup>29</sup>, sentencia del 23 de diciembre de 2004.

La Corte declaró la inconstitucionalidad del procedimiento de consulta del art. 348 CPPN -de parte de él, la que se refiere al fiscal-, con lo cual ahora, los jueces de instrucción deberían<sup>30</sup> analizar la fundamentación del dictamen y anularlo en caso de que ésta no existiese o, dictar el sobreseimiento pedido -dejando a salvo su opinión personal- o, seguir la creación del PGN y elevar en consulta el asunto al Fiscal General ante la Cámara de Apelaciones (Instrucción General, Resolución 13/05 del 1º de marzo de 2005), al modo del viejo art. 460 CPMP<sup>31</sup>.

Lo que me parece importante de esta sentencia para el tema que nos ocupa es:

1) el principio de legalidad u oficialidad de la acción penal pública, debe ceder ante la violación de los derechos de la defensa, que son de jerarquía constitucional, como la imparcialidad y el debido proceso. Además, ese principio, no obliga al fiscal a ser un acusador ciego, a hacerlo en todos los casos.

2) En jurisdicción apelada, los jueces resuelven por excitación de parte, pero en el 348 CPPN es de oficio, contra la voluntad de las partes. La consecuencia de esto será que si un fiscal pide el sobreseimiento y el juez no le hace lugar fundadamente, el MPF debería apelar o seguir adelante con la acción penal pública porque, como parte, perdió una pretensión.

3) Se reitera “Tarifeño”<sup>10</sup>. El requerimiento de elevación es necesario para ingresar a la etapa de juicio, pero no alcanza para condenar<sup>32</sup>.

4) Si existe querellante, no se afecta imparcialidad porque éste discrepe con el fiscal, ni se afectan potestades del MPF. Lo único que debe asegurarse es que el querellante vaya a juicio y sea oído (“Santillán”<sup>1</sup>).

La consecuencia de lo expuesto es que podría haber un proceso por un delito de acción pública con querellante y sin fiscal en su función requirente o acusadora, sino sólo en su rol de contralor de la legalidad. Como fiscal<sup>33</sup>.

Esto ya había sido previsto por Cafferata Nores en 1983<sup>34</sup>, y ha sido avalada por la CNCP<sup>35</sup>.

También debe tenerse en cuenta la sentencia de la Corte en el caso “Del’Olio”<sup>36</sup>, el 11 de junio de 2006. La querrela no había realizado requerimiento de elevación a juicio en su momento y se le había dado por decaído el derecho. Después había ejercido algunos derechos durante el debate y alegado en sentido acusatorio. El fiscal había pedido la absolución. El Tribunal Oral condenó.

La Corte hizo aplicación de sus precedentes y desarrolló la línea argumental que vengo exponiendo: El requerimiento de elevación a juicio es la acusación para entrar a la



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

etapa del juicio, pero no alcanza para condenar, porque debe ser completado con un alegato de sentido acusatorio sobre la prueba rendida oralmente (art. 393 CPPN), es decir, el alegato íntegra el reproche. Pero si no existió por parte del acusador particular la primera parte de la acusación -el requerimiento de elevación a juicio-, no hay nada que integrar con la segunda, el alegato. La acusación es la suma de las dos cosas.

Bien, lo que se viene en la tercera etapa es la respuesta a la pregunta: ¿puede el legislador eliminar la figura del querellante o de la víctima cualquiera sea el nombre que confiera?

Hasta ese momento el debido proceso, el derecho a obtener una sentencia fundada o no arbitraria, surge porque el legislador lo incluyó como parte procesal.

### 5.3) Tercera etapa.

De “Santillán”<sup>1</sup>, se podría desarrollar una puerta a un proceso donde la víctima no pudiera ser excluida por el legislador del proceso penal. La cuestión no es si el querellante tiene autonomía respecto del fiscal, para resolver el entuerto producido por la salida del proceso de este último en su función requirente. La cuestión es si las leyes procesales pueden omitir la figura del querellante.

Esto no lo ha dicho la Corte de ese modo, así que por ahora es un presagio. La pregunta ya tuvo su tratamiento por Cafferata Nores en el citado artículo de 1983<sup>37</sup>.

Debe recordarse que desde 1988 se conoce lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velásquez Rodríguez”<sup>38</sup>. Desde ahí hasta el presente se viene diciendo que las violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana deben ser reparadas y que entre las formas de reparación está la investigación, persecución y sanción de los responsables. En palabras textuales: “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”.

La cuestión no es nueva para nada, aunque no sabría decirles si la palabra “justicia” se refiere a la administración de justicia (proceso penal) o al fundamento del derecho a castigar que también tendrían las víctimas. Esto conduce al problema del erróneamente llamado “punitivismo” de los derechos humanos, ajeno a estas jornadas<sup>39</sup>.

En “Urteaga” Fallos: 321:2767 (1988)<sup>40</sup>, la Corte trató un hábeas data por un caso de desaparición forzada y desarrolló el asunto del derecho a la verdad, aun en un procedimiento no seguido contra alguna persona determinada. Varios votos concurrentes hacen referencia al derecho a esclarecer las circunstancias en que se produjo la muerte del hermano del accionante, el cual surge del derecho de familia, como atributo de la personalidad, tutelado en el art. 33 CN, así como también, el derecho a conocer el destino del cadáver (Belluscio). O también el derecho a la identidad y a conocer su propia historia como derivación del concepto de dignidad humana (Petracchi). O del derecho a conocer si el hermano murió y sus circunstancias, el duelo, el derecho a que se entreguen los cuerpos de los muertos (Bossert).

En “Aguiar de Lapacó”<sup>41</sup> el Estado debió llegar a una solución amistosa con la Comisión Interamericana, en febrero de 1999. Se termina así la doctrina de la Corte en la



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

causa “Suárez Mason”<sup>42</sup>, de agosto de 1988, que había cercenado esa posibilidad porque el proceso solo podía encaminarse al esclarecimiento del reproche a un imputado (ver Informe de la Comisión Interamericana N° 21/00, del 29/2/00, donde se habla del derecho a la verdad y esclarecimiento sobre desaparecidos).

Más cercanos en el tiempo, aparecen precedentes de la Corte Suprema que siguen la misma línea. En “Valentini” (27/12/05)<sup>43</sup> se trataba una absolución en una causa por calumnias e injurias (acción privada, querellante exclusivo). La querrela intenta casación pero le declaran mal concedido el recurso. Interpuesto el recurso extraordinario federal, la Corte señala que cuando existen agravios federales, debe pasarse previamente por Casación. Es un “Strada y Di Mascio”<sup>44</sup> para el querellante, un problema de superior tribunal de la causa, mezclado con casación amplia y derechos de la parte al debido proceso.

En “Juri” (27/12/06)<sup>45</sup> la Corte cuestionó los límites de los arts. 458 y 460 para el recurso de casación del querellante, lo cual hace surgir de los derechos de las víctimas de los arts. 8.1 y 25 CADH. No lo hace por lo dicho en la causa “Arce”, Fallos: 320:2145<sup>46</sup>, en el que se había declarado que el recurso contra la condena era sólo para el imputado (art. 8.2.h. CADH). Aquí se sostiene que cuando la víctima recurre, debe concederse en forma amplia, máxime si se trata de agravios federales.

Se puede apreciar aquí como entra a jugar el otro valor en juego, el de la fundamentación de las sentencias, exigencia originada en el principio republicano de gobierno y por el cual, como todo acto de gobierno, las sentencias deben ser racionales, así se trate de las absolutorias.

Aparece el caso “Bulacio vs. Argentina”<sup>4</sup> de la Corte Interamericana. Es de 18/9/03. Señalo algunos párrafos:

*Párrafo 105.* Formas de reparación. Investigación y sanción de los responsables, que reivindiquen la memoria de la víctima, den consuelo a sus deudos y signifiquen reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos acaecidas y entrañen compromiso que hechos como esos no vuelvan a ocurrir.

*Párrafo 114.* Sobre las dilaciones de la defensa frente a los derechos de la víctima, a quien también amparan los derechos de que el juicio se lleve a cabo en un plazo razonable, se descubra la verdad y se sancione a responsables.

*Párrafo 115.* Tutela judicial efectiva exige que los jueces eviten dilaciones indebidas que produzcan impunidad, frustrando la debida protección de los DDHH.

*Párrafo 116.* Encasilla el caso en “violación de DDHH” y dice que no prescriben.

Por los arts. 1.1 y 2 los Estados deben adoptar providencias para que nadie sea sustraído a la protección judicial.

*Párrafo 117.* Ratifica que se trata de hechos que son violaciones a los DDHH y que deben castigarse porque esa es la forma de protección efectiva.

*Párrafo 121.* Las víctimas deben tener acceso a todas las etapas del proceso.

Con Luis Márquez<sup>47</sup>, debemos recordar la cita de informes de la Comisión Interamericana: por ejemplo, el N° 28/92 del 2/10/92 donde se reconoce la tradición del querellante en América Latina, y que la víctima en el procedimiento penal se ha



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

transformado en un derecho fundamental del ciudadano.

Esto es importante, porque si debe aplicarse el principio de progresividad de los DDHH, estaremos en un punto de no retorno. El legislador procesal no podrá sacar al querellante - víctima de escena<sup>48</sup>.

Ahí aparecen las opiniones de Bidart Campos<sup>49</sup> a quien sigue Cafferata Nores<sup>50</sup>, sobre la amplia intervención de la víctima en el proceso penal. En materia de DDHH se trata del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva art. 25.1 CADH<sup>51</sup>. Ese derecho comprende el de identificar y sancionar a los autores intelectuales de violaciones a los DDHH<sup>52</sup>; derecho este que no puede tener excepciones<sup>53</sup>.

También el de crear disposiciones de derecho interno para cumplir esas obligaciones<sup>54</sup>.

Y el derecho a la verdad comprende el esclarecimiento de hechos en perjuicio de las víctimas<sup>55</sup>. Se recuerda “Barrios Altos”<sup>3</sup>, sentencia del 14-3-01, por la cual no es posible amnistiar, indultar, ni prescribir las “graves” violaciones a los derechos humanos.

También pueden citarse, en esta línea, dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU y del Comité contra la Tortura.

Todo esto genera una serie de asuntos: La Corte Suprema en “Simón”<sup>56</sup>, el 14/6/05, anula las leyes de obediencia debida y punto final, entre otros argumentos, porque ellas niegan a las víctimas un recurso efectivo.

La incorporación o el reconocimiento de su incorporación del *ius cogens* (art. 118 CN) en “Priebke”<sup>57</sup>, “Arancibia Clavel”<sup>58</sup>, “Simón”<sup>56</sup> citado, etc. obliga a compatibilizar las garantías tradicionales del derecho penal y del procesal penal con sus principios.

#### 6. Una clasificación no siempre atendida.

Para la guía para futuras reflexiones debería tenerse en cuenta:

Los delitos previstos en nuestro Código Penal y leyes especiales pueden encuadrar en diversas categorías o clasificaciones que, por dicha razón, generarán consecuencias no siempre iguales. Ejs. amnistía, indultos, prescripción de la acción penal, cosa juzgada.

Esas categorías tienen fuentes distintas y estamos insertos en un problema: la tarea de compatibilizarlas, para que todas queden con valor y efecto, porque gozan de igual jerarquía. Así,

1) Delitos que encuadran en la categoría de Lesa Humanidad, Crímenes de Gerra, Genocidio, Desaparición Forzada, etc.

2) Delitos que encajan en la clasificación de tradicionales o comunes y que hemos aprendido y enseñamos en la materia “Derecho Penal” en las Facultades de Derecho de todo el país.

3) Una tercera categoría, no siempre advertida, es la de delitos que constituyen violaciones a los derechos humanos, la cual puede o no coincidir con la primera. Se trata de delitos cometidos “desde el Estado”, como queda clarísimo de la lectura del caso “Bulacio”<sup>4</sup>.

Se destaca que a esta categoría, la Comisión y la Corte Interamericanas le están aplicando algunos de los principios de la primer categoría. Se dice expresamente en el



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

párrafo 116 de la sentencia en “Bulacio”<sup>4</sup>: “En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno (supra 106.a y 107.a), este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos<sup>59</sup>. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial<sup>60</sup>, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana”.

Y además, no deben confundirse dos clases de violaciones.

En primer lugar, corresponde recordar que existen otras violaciones a los DDHH que no son delitos, ejemplo, no conceder al imputado un recurso amplio contra una sentencia condenatoria (art. 8.2.h. CADH).

Pero cuando se trata de delitos, cabe distinguir:

- a) Una primera violación, constituida por el delito cometido “desde el Estado” (art. 1.1. CADH),
- b) una segunda violación, consistente en la omisión del Estado de investigar, descubrir y sancionar a los autores de aquélla (art. 2 CADH).

La Corte Argentina, en “Bulacio”<sup>4</sup>, aceptó dar cumplimiento a lo dispuesto por la CIDH de acuerdo con lo estipulado por el art. 68.1 de la CADH. Sin embargo, en su relato del caso, no aclara aquella distinción de categorías de delitos y ello se presta a confusión, especialmente en el voto del juez Fayt, donde se incurre en un salto lógico al no separar la violación del Estado (los intervinientes -serían agentes estatales- en los hechos que damnificaron a Walter Bulacio), con la sanción impuesta al Estado consistente en aplicar una pena a los autores físicos de esos hechos. El juez Fayt se queda en la responsabilidad internacional del Estado, y de ahí extrae el argumento de que un tribunal internacional de DDHH carece de potestades para obligar a un Estado parte a aplicar sanciones a los individuos, lo cual es equivocado porque, precisamente, una de las “penas” impuestas a la Argentina por ese Tribunal Internacional en el caso contencioso consiste en la de llevar adelante un proceso regular que culmine con la aplicación de sanciones a quienes resulten los autores de los hechos que damnificaron a Walter Bulacio.

La mayoría, en cambio, en una primera parte realiza la descripción de las violaciones a los derechos humanos de que fue víctima Walter Bulacio (considerando 7) y se señala que si prescribieran los delitos que las configuraron, se produciría otra violación. Este es argumento por el cual se declaran inaplicables en el caso las reglas comunes de prescripción.

En el voto del juez Boggiano, además, se señalan una serie de conceptos que refutan los del juez Fayt. Aquél dice que la obligación de reparar del Estado no se agota en el pago de una indemnización del daño, sino que deben investigarse y sancionarse (con cita de lo dicho por la misma Corte en “Hagelin”, Fallos: 326:3268<sup>61</sup>), lo cual surge del art. 63.1, de la CADH.

Quiero detenerme en este punto. El recurso a la hipótesis de la “responsabilidad



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

objetiva del Estado” conduce a que nadie se haga cargo de las violaciones a los DDHH. Antiguamente ocurría lo mismo con los delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, etc., donde todos los habitantes de un Estado terminaban pagando indemnizaciones por años o se obligaban a otro tipo de quitas, respecto de aquello que habían hecho unos pocos. Este modelo fue considerado insuficiente a los fines disuasorios. Por eso se abrió paso la responsabilidad internacional individual de los autores de delitos consistentes en violaciones a los derechos humanos. Esa responsabilidad, incluye la punitiva<sup>62</sup>.

Si esto es correcto o no, o si proporciona resultados o no, son otros asuntos. No se trata de otra idea que la de la teoría de la pena de la coacción psicológica o prevención general negativa, que considera que las leyes penales y su aplicación “protegen bienes jurídicos”.

Es el sustento de varios precedentes que cita el mismo Boggiano: “Castillo Páez”, “Garrido y Baigorria”, “Cesti Hurtado”, etc.

Y el mismo juez agrega algo que ya sabemos: Un tratado rige como lo hace en el Derecho Internacional, no porque se haya incorporado al derecho interno. Al incorporarse ya fue armonizado con la Constitución Nacional por el Constituyente. Un tratado hace una referencia al derecho internacional en las condiciones de su vigencia, de ahí que la jurisprudencia internacional debe ser aplicada aquí.

#### 7. Un proceso sin fiscal acusador.

Esta situación se presentó y fundamentó en la decisión tomada por la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional en la causa “Storchi”<sup>6</sup>.

Se puede sostener que del diseño trazado por el legislador penal y por el procesal la intervención de un representante del Ministerio Público Fiscal en los delitos de acción pública es esencial y que no hay norma alguna que imponga su apartamiento (más allá de las personas que lo representamos que podemos ser recusados o suplantados y de lo dispuesto en el art. 348, segundo párrafo, declarado inconstitucional por la Corte en ese aspecto). Todas las normas que prevén el ejercicio de las acciones penales y las que mencionan las potestades y rol de los fiscales coadyuvan a dicha inteligencia.

Desde la óptica opuesta, corresponde relevar el hecho de que un procedimiento criminal por delito de acción pública se lleve a cabo o desarrolle con la actividad exclusiva de la querrela no sólo no viola ningún derecho sino que ocurre a diario. Si el juez de instrucción dicta un sobreseimiento y sólo apela la parte querellante, la cámara de apelaciones tiene competencia para revocarlo y disponer que la acción penal siga ejercitándose. La misma situación puede ocurrir en cualquier etapa del proceso, por ejemplo, si en la etapa de alegatos (art. 393 CPPN) el fiscal no acusa pero sí lo hace la querrela, el tribunal oral tiene jurisdicción para condenar, como corolario de que no se presenta el asunto de una condena sin acusación. Lo mismo puede ocurrir después de una sentencia absolutoria consentida por el fiscal y que sea revocada por el recurso de casación de la querrela.

Mas el problema es que cuando se produce una situación como la del art. 348 segundo párrafo, donde solo ha formulado requerimiento de elevación a juicio la querrela y



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

el fiscal ha pedido el sobreseimiento, al no existir jurisdicción apelada de la cámara de apelaciones y haber sido declarado inconstitucional el procedimiento de consulta, para encontrar una solución deberán hacerse jugar normas de superior jerarquía que las de derecho común y procesal. El punto es que, si la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal en un caso determinado puede lesionar derechos constitucionales del imputado, no hay ley que pueda justificarla y esa intervención debe ceder. La intervención lesiva sería la del rol acusador, porque éste habría sido ordenado por una cámara de apelaciones de oficio, en violación a las potestades del MPF y al principio de imparcialidad de los jueces, todo ello, lesivo del debido proceso del imputado. La única actividad del fiscal no lesiva, no contaminada por aquella injerencia del Poder Judicial, sería la remanente de contralor de la legalidad del proceso, indeclinable en los delitos de acción pública por lo dispuesto en el art. 120 CN y la ley 24.946 (ley del Ministerio Público)<sup>63</sup>.

Aunque resulte extraña, tal solución es la única que se ajusta armónica o sistemáticamente al ordenamiento jurídico en conjunto y la que mejor satisface el deber de los fiscales de emplear criterios que conduzcan al mantenimiento de la acción penal y no a su extinción<sup>64</sup>. En efecto, si una eventual sentencia condenatoria fuese generada por la actividad acusadora del fiscal en tales casos, los tribunales superiores -la Casación y/o la Corte- la revisarán y anularán mediante el empleo de los mismos argumentos de “Quiroga”<sup>5</sup>.

Esto no es un presagio basado en la intuición en una determinada forma personal de ver el proceso penal, sino que ya ha ocurrido: la Corte Suprema, en Fallos: 328:242 “Munson, Gregory”<sup>65</sup>, el 3 de marzo de 2005, declaró procedente el recurso extraordinario y anuló la sentencia condenatoria dictada en violación a las pautas dadas en “Quiroga”<sup>5</sup>.

## 8. Conclusiones e ideas

Si el querellante debe seguir solo, el caso no diferiría de cómo se está regulando el principio de oportunidad en diversos ordenamientos: el fiscal lo ejerce y la víctima sigue adelante con la acción penal como si esta fuese privada. Ej. Anteproyecto de Código Penal 2006 (art. 49); Código Procesal Penal de la provincia del Chubut, vigente desde 2006.

No deben desentenderse de las argumentaciones sobre estos asuntos los problemas de implementación que trae una concepción de democracia deliberativa, participativa, inspirada en el republicanismo. La participación de la víctima, de uno de los actores en el conflicto, debería ser lo natural, aunque también debería quedar claro que participación no significa tener siempre la razón. Es a ella, que potencialmente somos todos nosotros, a quien deben darse respuestas en primer lugar, porque esa es la única razón de ser del Estado.

De las decisiones de la Corte Suprema consistentes en la remoción de la aplicación de una ley o un acto procesal por reputarlo inconstitucional en un caso concreto, no deben esperarse las soluciones de detalle para todos los demás actos en los que el mismo principio tendría incidencia. Esa es competencia del legislador. Mientras estas no lleguen, los tribunales de justicia -y los fiscales- tienen la obligación de remover los actos



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

inconstitucionales y hacer operativos los principios de superior jerarquía, y si de ello se derivan modificaciones para el curso del proceso -por ejemplo, que el fiscal no pueda proseguir en su rol acusatorio o titular de la acción penal-, deberán hacer un esfuerzo interpretativo de las disposiciones legales que se mantienen incólumes por respetar la Constitución, para que los procesos puedan seguir adelante<sup>66</sup>.  
Buenos Aires, julio de 2007.

Javier Augusto De Luca

Bibliografía y jurisprudencia generales.

Por razones de tiempo fue imposible citar en cada lugar varios artículos de doctrina y jurisprudencia que resultaron esclarecedores sobre los asuntos que integraron esta charla. Pido disculpas por ello, y pretendo mitigar en parte dicha omisión con la enunciación de varios de los que he leído o re-leído para esta ocasión particular y que no fueran citados en las notas al pie.

*Solimine, Marcelo.* “La consulta al fiscal general como debido control del dictamen fiscal desestimatorio”, La Ley del 18 de diciembre de 2001.

*Almeyra, Miguel A.* “De Nuevo sobre el Querellante Particular”. La Ley, 2006-C-p. 121

*Almeyra, Miguel A.* “Una vez más sobre el Querellante Particular ¿Deuteragonista o actor principal?”. La ley, 2006-D, p. 119.

*Di Corleto, Julieta.* “El Derecho de las Víctimas al Castigo a los Responsables de Violaciones Graves a los Derechos Humanos”. La Ley, 2004-A, pág. 702.

*Pirán, José María.* “El rol de la víctima en el Derecho Penal”. El Derecho, T.199, 2002, pág. 518.

*Castex, Francisco.* “El Derecho a la Venganza (legal) y sus Límites”. La Ley, 2006-F, pág. 644.

*Murillas, Rodolfo J.* “Derecho de la Víctima”. Anales de Legislación Argentina, Boletín Informativo, Año 2006, N° 24, T° LXVI-E, La Ley.

*Pizzolo, Calogero.* “La Ampliación de la Noción de Víctima en el caso ‘Yofre de Vaca Narvaja’”. La Ley, 2005-A, pág. 62.



#### **IV.- Ponencia del Dr. Julián Langevin\***

Buenas tardes, bueno, mis agradecimientos iniciales a las autoridades de la Cámara en lo Criminal y Correccional que tuvieron la deferencia de invitarme, lo que agradezco a título personal, pero también por el hecho de que de esta manera también se le dio intervención a un integrante del Ministerio Público de la Defensa, que tiene interés en opinar sobre estas cosas. Bueno, yendo al fondo del asunto, voy a concretar con la ley vigente y analizar lo que a mi juicio son dos problemas. El primer problema que yo encuentro es qué es lo que entendemos por querellante. Según todos los fallos que pude ver, y que me fueron alcanzados, todos se tratan de derivaciones de un *obiter dictum* de “Quiroga”<sup>5</sup>, de lo cual parecería surgir una especie de derecho constitucional, un derecho humano a querellar, casi de carácter absoluto, con base en las Convenciones de Derechos Humanos. Entonces, ante esto, la primer pregunta que yo me hago es ¿qué querellante es el que tiene este derecho constitucional, o derecho humano, casi absoluto? Y aquí me surgen tres respuestas: tenemos los individuos personalmente afectados por esto; personas jurídicas particulares, como puede ser un consorcio, una S.A., S.R.L.; O.N.G., agrupaciones varias, clubes, iglesias; o los entes estatales, no es desconocida la presencia muy numerosa de entidades estatales como querellante, y tenemos al Defensor del Pueblo, a la A.F.I.P., a la Auditoría General de la Nación, a algunas comisiones legislativas, a la Aduana, a la Comisión Nacional de Valores, a la Aduana, a la Oficina Anticorrupción. Es decir, casi todos los organismos públicos hoy parecen sentirse y están autorizados para querellar. Me parece que esta distinción tiene importancia, si se está hablando de un derecho humano a querellar porque en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos solo las víctimas individuales, solo los particularmente afectados son considerados víctima. El rol, el estatus de víctima es algo muy trabajado, muy desarrollado y está precisamente reglado en el Estatuto de Roma, que de paso, señalo, nos obliga por tres leyes, es decir, no solo se lo ratificó, sino que se lo implementó, de manera que forma parte de nuestro derecho nacional. Entonces, me parece a mí, que si estamos hablando de un derecho a querellar, tendríamos que limitarnos al individuo y excluir a las personas jurídicas particulares y a los entes estatales, si estamos hablando del punto de vista de los derechos humanos, tal como son entendidos en el contexto internacional. La segunda pregunta que tengo, y son dudas, es decir, vine a esta conferencia con la idea de aportar algo, pero me parece que lo único que puedo aportar son dudas y problemas, que voy a plantear desde la perspectiva de la defensa. Vimos qué querellante. La segunda pregunta es respecto de qué hechos delictivos, y algo adelantó el Dr. De Luca. Yo imagino, o se me ocurren, dos hipótesis: una de delitos comunes y otras de violaciones graves a los derechos humanos. Y dentro de los delitos comunes, tenemos los cometidos por particulares y los cometidos por agentes estatales. Vamos a hablar de los particulares, por ejemplo a una persona le rompen el farolito, tiene un derecho humano a querellar, a ir a juicio oral, y a castigar al que le rompió el farolito, está protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos.

---

\* Defensor Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

¿Es esto así?. Si el estado quiere suspender el proceso a prueba, o decide firmar un juicio abreviado: ¿puede el querellante oponerse y decir no, yo tengo un derecho humano a ir a juicio y un derecho al castigo de este individuo? Esto me parece dudoso. Siguiendo con delitos comunes, tenemos los delitos comunes cometidos por agentes estatales. Y aquí hay otra distinción que proviene del campo de los derechos humanos. Es decir, el núcleo de la violación de un derecho humano hace a la intervención del Estado, obviamente ...pero no todas las intervenciones del Estado constituyen violaciones de derechos humanos, y mucho menos, delitos de lesa humanidad. En el contexto de derechos humanos se habla del *chapeau*, es decir, del contexto internacional. No basta con cualquier delito o hecho por grave que pueda ser para que ello sea considerado un delito de lesa humanidad. Me remito a las prescripciones del Estatuto de Roma. En segundo lugar, sí tendríamos, que posicionarnos y discutir mejor el tema del querellante en las violaciones graves de derechos humanos. Aquí hay un problema, cuando observé como funciona el Tribunal Penal Internacional que está para juzgar los delitos más graves, de lesa humanidad, genocidio, el crimen de agresión, no encontré en ningún lado la figura del querellante; todas pueden opinar las víctimas, se les da una amplia intervención, pero no hay querellante. Esto me pareció cuanto menos curioso en relación a quienes opinan que, en el caso de una violación grave a los derechos humanos, el hecho, la existencia del querellante es inescindible. Una cosa es la intervención de las víctimas, y otra cosa, es hablar de la intervención de un querellante que sustituya a un órgano estatal. Lo que estoy diciendo, no lo digo por mi sola interpretación del Estatuto, sino que ya lo dijo el Tribunal Penal Internacional el 17 de enero de 2006 en la situación de la República Democrática del Congo en el caso de Lubanga Dyilo<sup>67</sup>, creo que está en trámite, y aquí el fiscal, cuando le plantearon si la víctima debía intervenir en la investigación, le dijo que no. Para el fiscal, que de paso es argentino, ustedes lo conocen, el Dr. Moreno Ocampo, dijo que afectaba el principio de integridad y objetividad que debía tener una investigación. Es decir que, no se está oponiendo una persona que no luchó nunca por los derechos humanos, que es un dictador, es alguien que ocupa un rango de relevancia en este punto. La Cámara le dijo que sí puede intervenir, les estoy hablando de la sala preliminar, o lo que sería el juzgado de instrucción, le dice a la víctima que sí puede intervenir, puede intervenir para presentarnos sus preocupaciones a la encuesta, pero lo que no puede hacer es tener acceso al expediente, al *dossier de la enquest*. Esto me parece como comparación una curiosidad destacable en un tribunal que está constituido para juzgar los delitos más graves y en el cual se pusieron de acuerdo la mayoría de las naciones del globo. Es decir, no es un estatuto hecho así porque sí ni los jueces que lo integran no son precisamente individuos que estén en contra de los derechos humanos. Me parece que como comparación es válida para ubicarnos y no extremar ciertas situaciones. Por otra parte, debo señalar que en ninguno de los fallos que tuve a la vista y que proceden tanto de la Cámara del Crimen como de la Cámara Federal advertí... ningún caso de violación grave de derechos humanos, son casos pedestres, de estafas, delitos patrimoniales, con los cuales no advierto ningún tipo de conexión, pero ni por asomo, con la violación de ningún derecho humano. Entonces, me parece que esto se tiene que tener en cuenta. Dos palabras más sobre este



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

tema del querellante. En primer lugar el tema de la igualdad. La otra vez estaba con un representante de la A.F.I.P., y me decía “bueno, no mire, yo como querellante tengo los mismos derechos que usted y que el acusado”. Y yo le digo no, usted está equivocado, esta pretendida igualdad no es tal. Entonces me parece que esto requiere cierta aclaración. Son desiguales, el concepto que prima es el de desigualdad, este es el concepto de la Constitución Nacional, entre acusador y acusado. No hay un principio de igualdad, hay un principio de desigualdad. Y esto es así porque históricamente, por razones que no vienen al caso y que todos conocen, el perseguido penalmente está en una situación de mayor vulnerabilidad, está en inferioridad de condiciones en este combate judicial. Entonces, las constituciones modernas instrumentaron unos mecanismos para tratar de equiparar, nunca se va a poder hacer. Entonces, qué hicieron, pusieron la presunción de inocencia. Esta presunción no existe en el proceso civil, donde sistemáticamente hay que estar a favor del acusado. No hay igualdad. *In dubio pro reo*. Esto no existe en el proceso civil. El derecho a negarse a declarar. Es decir, esto está mostrando a las claras que los padres fundadores de la Constitución estimaron que no hay igualdad entre el acusador y el acusado. La víctima tiene un derecho a intervenir, lo que estamos discutiendo cuál es el alcance de esa intervención. Y me parece que cuando desbalancean la intervención que se le concede, esa paridad... o esa... necesidad de balance entre el acusador y acusado, y termina restringiendo la defensa en juicio, perjudicando los derechos del imputado... me parece que estamos yendo demasiado lejos. En la página oficial del Tribunal Penal Internacional ustedes verán, que la intervención de la víctima es permitida en tanto no perjudique la situación del inculcado... esto es muy importante. Un punto más, un punto de vista histórico o filosófico. Yo tuve la oportunidad de consultarlo a Ferrajoli sobre este tema... y él tiene todo el derecho a negarlo porque fue en una conversación absolutamente espontánea. A él le llamaba la atención esto... estas ideas. Porque él decía que después de siglos, de que la venganza privada pasó a un nivel estatal, dando lugar a la aparición del fiscal, porque sino no tendría sentido que el fiscal exista, parece un contrasentido retroceder tantos siglos y volver a la venganza privada excluyendo al fiscal. Es decir, lo que estamos discutiendo es la base del sistema penal, no es un tema baladí. Y me parece que estas reflexiones deben tenerse en cuenta, como perspectiva filosófica para resolver la cuestión.

Ahora voy a ver ciertas cosas que me llamaron la atención de las ideas que surgen de los fallos. De más está decir que los fallos me parecieron sumamente interesantes, sumamente originales, y por una postura o por otra me parecieron muy fundamentados. Se agradece porque nos hacen pensar otra concepción de lo que puede ser el proceso. Yo me voy a limitar desde la perspectiva de la defensa a ciertos problemas que se me plantean como defensor. El primer problema que ví que ustedes tienen en la instrucción se da cuando el fiscal pide el sobreseimiento, el juez sobreee, el pretense querellante apela – aquí no discutimos si puede o no- y la Cámara decide seguir. Aquí el primer problema tengo, yo y ustedes también, es si la querrela sigue en solitario o si sigue con el fiscal. Esto crea dos líneas que voy a tratar individualmente para no confundirlos. Supongamos que adoptamos la posición que la querrela sigue en solitario, y va para adelante. Y aquí se



plantea un problema que lo planteó con sagacidad Almeyra, siguiendo un artículo de Pedro Böhmer, es ¿qué pasa si el querellante renuncia? ¿qué hace el juez ahí? Porque se quedó sin nadie, está solo con la causa, no está el fiscal, y el querellante se fue. Y esta situación paradójica, esta aporía, por lo menos me permite ver tres cosas que quiero marcar. En primer lugar, desde el punto de vista del juez, yo me sentiría usado, es decir, me usaron, por ejemplo, para un arreglo económico. Es sabido, desde Jiménez de Asúa y pasando por Francisco D’Albora, que las querellas se mueven por intereses económicos, o por venganza. Los que vi, los problemas que le dieron en los fallos que ví, eran intereses económicos, delitos patrimoniales. Entonces aquí el juez se siente usado, la justicia penal es más barata, es gratis, vaya uno a hacer un juicio civil y discutir con todos los requisitos que manda el proceso civil. En segundo lugar, que el fiscal no tiene ninguna importancia. Es decir, lo que era tan importante, incluso está en la Constitución Nacional, artículo 120, aquí no tiene ningún rol, no sirve de nada. Y en tercer lugar, y esto me parece sumamente relevante, lo remarco, es que se le dio tal potestad, si se sigue esta línea, a la querella, que tiene más facultades que el fiscal, no las mismas, más. Y por qué, porque sin explicar por qué renunció a la querella, no lo motivo, ni digo nada, provoqué que una causa por un delito de acción pública se cierre, sin decir ningún motivo. Fíjese, entonces, como a la querella se le están dando más facultades que al fiscal. Esto me parece complicado. Lo apunto. Pero sigamos adelante. Supongamos que el querellante sigue. Y que en la instrucción, solo, el imputado preso pide la excarcelación: ¿Quién dictamina sobre la excarcelación si no está el fiscal? ¿la querella?. La querella no opina en un incidente de excarcelación. Este es un problema. Supongamos que pasamos al plenario, vamos al plenario, abrimos el plenario y yo, defensor, quiero pedir la suspensión del juicio a prueba, porque es un derecho que me concede la ley. ¿Quién me la aprueba? ¿De quién es la opinión vinculante si el fiscal no está? Quiero firmar un juicio abreviado con la fiscalía y así poner límite a la pena, como autoriza la ley y es mi derecho. ¿Con quién lo firmo si no está el fiscal? ¿Quién recurre a favor del imputado si no está el fiscal? ¿Quién dictamina sobre la competencia? ¿Quién opina sobre las nulidades que es una cuestión de orden público? Todo esto está afectando lo que a mi juicio es un derecho de la defensa a que el fiscal esté activamente, y que se ve vulnerado con estos ejemplos concretos. Pero, sigamos adelante, supongamos que estos escollos ya no están presentes, estamos en el debate y la querella se va a tomar un café... ¿qué hace el juez? ¿seguimos? ¿nos quedamos? La presencia de la querella no es obligatoria, solo para formular conclusiones dice el Código. Segundo supuesto. La querella no acusa. Le agarra una bronca bárbara, a este juez le tengo una bronca bárbara, y me voy, porque imagino que lo va a absolver: ¿Qué hace el juez? No tiene acusación pero tiene un defensor. Según la doctrina de la Corte, la acusación es requerimiento más el alegato de acusación pero no hay quien lo formule. Tercer supuesto: la querella acusa mal. Hace un alegato horrible, y el juez dice no, es nulo. Y no hay posibilidad de dar marcha atrás en virtud del principio de preclusión de los actos procesales. ¿Qué hacemos? Estamos en un plenario, con un debate, sin acusación. Son problemas. Me parece que cuando abrimos una puerta, tenemos que llegar hasta el final, a ver cuáles son las consecuencias, y trazar las líneas de rectitud a ver si estamos tramitando un proceso en legal forma, si tiene un



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘*Santillán a Storchi TOC1*’”

---

mínimo de racionalidad. Bueno. Vamos a volver al otro supuesto, es decir, supongamos que el querellante no está solo, como opinan algunas salas de la Cámara y algunas de Casación. La Cámara dice que hay que seguir adelante con un fiscal. Se bifurcan los problemas: ¿qué fiscal y qué funciones? Pueden pasar dos cosas. Primero que siga el mismo fiscal, o que designen a un segundo fiscal. Pueden tener funciones amplias, o puede limitarse al control de la legalidad, según la posición de la jurisprudencia, el fiscal tomador de café, como dice mi amigo Javier, o el convidado de piedra. Supongamos que es otro fiscal, con renovadas energías este segundo, y con amplias facultades que cuando llega la oportunidad del 348 pide el sobreseimiento nuevamente. Es decir este otro fiscal, y la querella requiere, el juez de instrucción eleva en consulta nuevamente, porque dice que “Quiroga”<sup>5</sup> no se expidió sobre este punto, y la Cámara, otra sala, o la misma, le ordena seguir. Entonces, la querella sigue, con el fiscal, de vuelta nos preguntamos: ¿qué fiscal? ¿el mismo u otro? ¿y con qué funciones? Porque es otra sala la que interviene. Supongamos que nombran a otro fiscal, estamos en el tercer fiscal, y supongamos con funciones amplias. Bueno, llega la causa al tribunal oral, el fiscal oral dice no, esto es una barbaridad, pido el sobreseimiento. El tribunal oral sobresee. La Cámara de Casación, a la que se llegó por recurso de la querella casa y ordena seguir. De vuelta el mismo problema. ¿Qué fiscal, qué funciones? Nombramos otro fiscal, cuarto fiscal, ¿qué funciones?. Amplias. Muy bien. Vamos a juicio. En el cuarto fiscal, que la querella fue cambiando, los otros no le servían, fue buscando uno que le sirviera para sus fines. Y aquí hay dos o tres opciones que puede hacer el fiscal. El fiscal pide absolución o acusa, en contradicción con lo que dijeron tres fiscales anteriores, que decían que no hay que elevar esta causa a juicio. Yo digo, si el Ministerio Público es una unidad: ¿Cómo va a explicar todo esto?. O puede pasar algo peor todavía, que haya dos fiscales. Supongamos que dejen seguir al fiscal que pidió el sobreseimiento y que la Procuración le asigne otro fiscal para controlarlo, y haya dos fiscales, entonces, cuando llega el alegato, el fiscal que estimaba que había que sobreseer pide la absolución, y el nuevo fiscal acusa. ¿Qué hacemos con esto? El Ministerio Público está re loco, uno acusa y el otro pide la absolución. Me parece... me parece, que todas estas ideas están produciendo una suma de irracionalidades que deben ser contenidas en sus justos límites. Mi conclusión es esta: no estamos en contra de la intervención de la querella con amplios poderes en el proceso, pero sustituir al fiscal, en la labor estatal de controlar con objetividad la legalidad de los actos, significaría un retroceso de siglos que desde el punto de vista del avance de la humanidad no puede admitirse. Es todo. Muchas gracias.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

**V.-Ponencia del Dr. Juan E. Cicciaro\* \*\***

... Como soy miembro de la Cámara del Crimen, de alguna manera voy a exponer mi posición que adelanto es favorable a la querrela autónoma y finalmente algunas impresiones también personales y emergentes de lo que se está viendo, a partir de los criterios que más o menos se han ido desarrollando hasta ahora, a partir justamente de “Santillán”<sup>1</sup> y de algunos pronunciamientos de nuestra Cámara y de la Casación. Liminarmente creo que esta cuestión y lo vinculado a la libertad del proceso, me parece inclusive como operador del sistema, son dos de los temas más preocupantes que tenemos hoy en día los jueces penales por la cantidad de cuestiones que se suscitan en la actualidad. Es un hecho por todos conocido este resurgimiento, ya entrando en el tema, de la víctima en el proceso penal y su participación en la resolución del conflicto. Así como Silva Sánchez nos trae la idea de la expansión legislativa, como decía De Luca, del derecho penal, hemos verificado en los últimos quince años un recorrido en cuyo transcurso se pasó de una expresa exclusión del querellante en el proyecto Levene; luego su tardía incorporación por el reclamo de la doctrina, especialmente acá Bidart Campos y el Dr. Cafferata, y también del foro, recuerden que en el mismo mensaje del Ministro de Justicia Arslanian, a los fines de la incorporación de la figura, se aludió a cierta presión del foro para la incorporación de la figura ya en los primeros años de los ‘90, para finalmente, como estamos viendo ahora, acrecentar su protagonismo, a partir de fallos como “Santillán”<sup>1</sup> y “Del’Ollio”<sup>36</sup>, y algunos pronunciamientos de la Casación Penal. Se daba inclusive la paradoja de que el querellante, como institución de corte liberal, se instauraba en el procedimiento inquisitivo con facultades autónomas, como en el código Obarrio, mientras que el codificador Levene lo dejaba de lado en un procedimiento con características mixtas, esto me parece digno de tener en cuenta. Singularmente, además, la exposición de motivos de la actual legislación, la ley 23.984, de suyo crítica de la figura del querellante, le atribuía la dilación del procedimiento y sostenía que el Estado no se podía poner al servicio del interés pecuniario, porque muchos desistían de la querrela, como decía por acá Julián Langevin, y de la venganza personal, es decir, al servicio de la venganza personal. Creo que ya recogiendo alguna inquietud que planteaba Langevin, y de algún modo insinuada por De Luca, recuerden que el 1097 prevé la posibilidad, de suyo del querellante, en el sentido que cualquier convenio con el dañado lo excluye de la intervención penal, pero de suyo supone que ya lo tenemos, es figura concebida. Por eso la importancia que después destaca D’Albora de algunas disposiciones del Código Civil como piso de regulación de la figura del querellante. Pese a lo expuesto, en el derrotero de la aplicación de la actual ley procesal a nivel nacional, la sola configuración del querellante no parece ser una respuesta suficiente en determinadas circunstancias; al propio tiempo, el mayor protagonismo del querellante ha ido de la mano de ciertos criterios que tienden hoy

---

\* Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (Sala VI).

\*\* En la página de internet de la Secretaría se encuentra publicado el artículo que el Dr. Cicciaro leyó en la jornada.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

a una mayor amplitud en su legitimación activa; e inclusive al reconocimiento del ofendido en institutos tales como la *probation* o el avenimiento en los delitos sexuales. En este contexto se inscribe también el plenario 11 de la Cámara Nacional de Casación Penal, que se llama Zichy Thyssen<sup>68</sup>, del año pasado, según el cual el pretense querellante se encuentra legitimado para interponer los recursos de esa Cámara. Este panorama no trasunta sino una constelación de datos de la realidad que resulta imposible de soslayar en el marco de la discusión del carácter simplemente adhesivo o en verdad autónomo del particular ofendido en el procedimiento nacional. En este contexto cabe decir también que los pronunciamientos dictados por la Corte en “Santillán”<sup>1</sup>, “Quiroga”<sup>5</sup>, “Mattio”<sup>29</sup> y “Del’Ollio”<sup>36</sup>, han conducido a que el esquema del código, si se está a su sola revisión literal, se haya visto hartamente revolucionado. También me parece pertinente decir que cualquier solución a la que se arribe va a aparecer discutible y en verdad provisional; de lo que se trata es de intentar soluciones aquí y ahora, ponderando armónicamente el texto legal que tenemos, con el cual contamos actualmente, con la Constitución Nacional, los criterios de la Corte Suprema y los instrumentos y pronunciamientos de los organismos de derechos humanos. Lo que entiendo ya no puede haber dudas, inclusive en orden a la proyectada legislación procesal a nivel nacional, es en torno a la recepción misma de la figura del querellante, más allá de la discusión vinculada a su regulación particular. En ese sentido, D’Albora decía que sería obligatoria la figura, por resultar materia que emerge del Código Civil, artículos 842, 1096, 1097 y especialmente el 3982 bis, incorporado por la reforma de la ley 17.711. Otros autores entienden que se trata de una potestad exclusiva del legislador provincial, que participa el Dr. Cafferata, en tanto la Corte desde antaño tiene dicho que el querellante conjunto o acusador particular es una mera concesión legal susceptible de suprimirse en todo tiempo -Fallos: 143:5<sup>69</sup>- aunque luego lo dicho en “Santillán”<sup>1</sup> realmente alcanza gravitación en eso mismo que decía la Corte en aquellos tiempos. Finalmente, otros han entendido que el derecho a la jurisdicción que emerge de los pactos ya ha zanjado la cuestión favorablemente a la debida inclusión del querellante, reforzado esto por los propios pronunciamientos de los órganos supranacionales, en la medida en que ha llegado a ser definido como un derecho fundamental del ciudadano, esto está en los Informes 28 y 29-92, 2892 y 2992, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En definitiva, y en torno a los alcances de la asumida figura del querellante, lo que nos queda hoy es suministrar respuestas de transición, evidentemente lo que está pasando en la actualidad, puesto que las definitivas habrán de quedar deferidas al legislador. Por ello resulta sugerente, y ya ingreso con algunos criterios de nuestra Cámara, aquello dicho por la Sala V de la Cámara del Crimen en el caso “De Santis”<sup>70</sup>, que es un caso del año pasado, que... en ese sentido de que la discusión en torno a la condición que reviste el querellante en el actual procedimiento recién comienza. Además, cabe adelantar que aun cuando algunas soluciones puedan inscribirse en el marco de lo pretoriano, esta fórmula siembre anda boyando en este tema, ello no responde sino a la necesidad de brindar soluciones altamente reclamadas por quienes suscitan la intervención de los tribunales para que se establezca la existencia de sus derechos. Ello superado, un primer análisis del tema lleva a considerar que la actuación autónoma de la querrela se inscribe en



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

la existencia de dictámenes desinriminatorios formulados por el Ministerio Público Fiscal en los delitos de acción pública; me parece que es algo de lo cual, un extremo del cual tenemos que partir para analizar todo lo que sigue. Esto a su vez supone, como bien decía en su momento Marcelo Solimine, compartir aquella conclusión según la cual, cito textualmente, “dejar en manos de un solo funcionario, la decisión de si corresponde o no incoar una investigación penal, en el marco de actuaciones escritas y secretas para la comunidad, resulta además de irrazonable, altamente peligroso y contrario a la forma republicana de gobierno”. Inclusive, el reporte del propio caso “Storchi”<sup>6</sup>, revela que en el voto del juez Elbert se ha llegado a alertar en torno a las posibilidades mismas de corrupción, por caso, en aquellos supuestos donde un fiscal no apela, o no requiere la instrucción o prosecución de las actuaciones, en el entendimiento de que el carácter eminentemente público de las acciones pueda resultar, como dice el citado juez, un arma de doble filo. En lo personal, sinceramente el hecho de que un solo funcionario decida la suerte de un proceso se me revela como una demasía en un régimen republicano, máxime cuando el mismo programa constitucional estatuye que el Ministerio Público Fiscal actúa en coordinación con las demás autoridades de la república. Y si bien esta cuestión fue tratada en “Quiroga”<sup>5</sup>, como podrá verse, en verdad, como dicen ahora, sigue tallando en la discusión. A cualquier evento, el argumento de que es atribución de los jueces el control de motivación de los requerimientos fiscales, ello es, el denominado control externo de sus dictámenes, si bien se encuentra regulado en la ley procesal, por caso la necesidad de los fiscales que tienen de motivar sus dictámenes en el artículo 69 y en la propia ley de Ministerio Público, y se invoca en esta problemática, en la praxis sólo puede conjurar desatinos de cierta entidad que en verdad conducen a su anulación, puesto que la generalidad de los casos responde en verdad a criterios jurídicos asumidos por los fiscales, casos de atipicidad, o en etapas ulteriores a la discusión sobre la prueba rendida. Más allá de eso, como dato de la realidad, la ahora vedada consulta, analógica o no, si al principio o en la etapa intermedia del art. 348, primera alternativa, revelaba que en la gran mayoría de los casos, antes de “Quiroga”<sup>5</sup>, los pedidos de desestimación o archivo formulados por los fiscales de grado eran desatendidos por la Cámara, para el inicio o prosecución del sumario; mi experiencia, por lo menos, como juez de instrucción, que justamente es compatible la vida de “Quiroga”<sup>5</sup>, es decir, con la vida del 348 hasta “Quiroga”<sup>5</sup>, no quiero arriesgar estadísticas porque no las tengo, pero creo que el 80 % de los dictámenes desinriminatorios no eran atendidos por la Cámara, y la instrucción o se iniciaba o proseguía. Paradojalmente también, y aún pese a la corta experiencia que se va teniendo a partir de criterios formulados en casos donde se controlan los criterios desinriminatorios de los fiscales, donde no hay querella, es un supuesto que nosotros tenemos como Sala VII en el caso “Cucho Muñoz”<sup>71</sup>, es decir, en los casos donde los fiscales piden desestimación, no hay querella y se hace una consulta al Fiscal General, o más precisamente intervenciones de la Cámara cuando sólo la querella requiere la remisión a juicio, que es el supuesto de hecho que voy a reportar luego en el caso “Masola”<sup>72</sup>, paradojalmente también, decía, son netamente predominantes hoy, las soluciones en las que los fiscales generales hacen uso de la prerrogativa de promover u ordenar la prosecución de las



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘*Santillán a Storchi TOC1*’”

---

actuaciones, situaciones éstas cuyo análisis, desde la esfera de la política criminal, cabría en verdad remitir al ámbito propio del Ministerio Público, pero que al menos sugieren la pertinencia de preguntarse qué es lo que pensaría la víctima constituida en querellante cuando su caso sufrió tales avatares. Lo expuesto y el actual protagonismo del querellante, no han hecho sino poner en duda en verdad el monopolio mismo del Ministerio Público Fiscal en el ejercicio de la acción penal, como creo decía con argumentos bastante sólidos el Dr. De Luca. Como también podría resultar una paradoja el hecho de que pese a la proclamada sentencia hacia un sistema acusatorio, la Cámara deba resolver actualmente numerosos planteos que se vinculan a discusiones provocadas porque los fiscales rechazan la posibilidad de investigar, casos de delegación del 196 o instrucciones sumarias, cuya investigación lo es por imperativo de la ley, o que los propios querellantes, y esto me ha pasado, formulen pedidos ante los jueces, escritos o no, en el sentido de que reasuman la dirección de la investigación. Dejo planteadas todas esas inquietudes, porque creo que tienen alguna relevancia en la discusión. Ello superado, dable es acordar que el querellante, en la economía de la ley 23.984, es, por lo menos en el sentido literal de las normas, adhesivo. El Ministro Arslanian fue claro en su hora, al decir que solamente le retaceamos una facultad, decía, la de poder ejercer autónomamente la pretensión penal en el proceso. Así, su incorporación se condicionó a que el fiscal promoviese la acción penal, que es lo que surge de los artículos, claramente, 5 y 65 del Código, y luego avalado, años después, por las mismas disposiciones de la ley del Ministerio Público. En ese marco, cierto también es que no se exige la lectura de su requerimiento en el debate, ni puede ampliar el requerimiento, según el artículo 381, pero en realidad, si bien esto es así, el artículo 180, norma que no se modificó ni sufrió los embates de “Quiroga”<sup>5</sup>, ya dejaba latente un problema si es que el fiscal pedía la desestimación y la querrela apelaba; en rigor de verdad, no se podía plantear, y de hecho no se planteó sino hasta no hace mucho, una inconsecuencia o falta de previsión tan patente del legislador; porque tal apelación bien podía tener éxito para la querrela por intermedio de la respuesta de la Cámara, sin importar si el fiscal requirió la instrucción, de modo que la actividad investigativa debía iniciarse. Es decir, más allá de “Quiroga”<sup>5</sup>, el 180 lo tenemos desde el Código y sigue vigente. Por eso tanto esta norma del artículo 180 como su análoga del artículo 195 son cruciales en estas respuestas de transición que nos convocan, y en tal sentido el mensaje de “Santillán”<sup>1</sup> me parece claro sobre el modo en que deben interpretarse las normas: armonización de las reglas del Código Procesal Penal con los principios de la Constitución Nacional, de lo que surge que no se puede privar al querellante de obtener un pronunciamiento útil, en conjunción con el derecho a la jurisdicción que surge de los instrumentos de derechos humanos 8.1 de la Convención y 14.1 del Pacto. Ello es, interpretar de tal modo que la querrela pueda obtener una sentencia que dé alguna respuesta a su pretensión, es decir, en términos de la Corte, un pronunciamiento útil relativo a sus derechos. Y un primer eslabón para definir la cuestión emerge del fallo “Santillán”<sup>1</sup>, cuando al citar ese lejano pronunciamiento, ya invocado acá, “Otto Wald”<sup>21</sup>, dejó en claro que no cabía distinguir el carecer público o privado de la acusación. Si tuviera que defender, de alguna manera, la posibilidad del querellante de actuar autónomamente o en solitario, no me cabe sino



remitir, para ser más ilustrativo, al propio criterio que tenemos en la Sala VII sobre el punto. Este pronunciamiento de la Sala que integro, resume de algún modo las cuestiones que aquí se ventilan, como respuesta a la problemática planteada. Sin embargo, el margen de actuación autónoma de la querrela predicado en “Storchi”<sup>6</sup> de la Sala I, fue realmente, en mi opinión, fundacional, particularmente en el voto del Dr. Bruzzone. Si creo que estamos convocados acá, me parece que fue mucho por “Storchi”<sup>6</sup>. El mérito de “Storchi”<sup>6</sup>, además, radica en que tuvo que superar lo que con posterioridad quedó consolidado en los fallos “Quiroga”<sup>5</sup>, “Mattio”<sup>29</sup> y “Del’Ollio”<sup>36</sup>. Recordemos que “Storchi”<sup>6</sup> es anterior, si bien posterior a “Santillán”<sup>1</sup>, es anterior a esta saga última de la Corte. De ahí que me parezca realmente fundacional en esta problemática el pronunciamiento dictado por la Sala I en “Storchi”<sup>6</sup> que, como ustedes saben, avala la posibilidad de la querrela de actuar autónomamente. Por lo demás, el propio caso “Storchi”<sup>6</sup> derivó en una condena dictada recientemente por el Tribunal Oral 1, quien entendió en un incidente de nulidad sustanciado en ese mismo caso, y esto cito textualmente: “que el acusador privado tiene la legitimación suficiente para impulsar el juicio hasta el dictado de la sentencia que lo habilita para requerir la elevación de la causa a juicio, por sí solo, aun cuando el Ministerio Público Fiscal no solicite la elevación”. Es decir, en la praxis, ya tenemos una condena a mérito de estos criterios. En “Masola”<sup>72</sup> se dijo, en verdad, que la cuestión no era novedosa, siempre que Obarrio, si bien dejó de lado acción popular y sus antecedentes en el derecho español, admitió empero, el querellante autónomo, de modo que el plenario quedaba abierto con la sola acusación de la querrela, mientras que el ministro Arslanian se opuso a un querellante autónomo para respetar la oralidad y evitar la diatriba, en el marco justo de un juicio oral. En “Masola”<sup>72</sup> se plantearon las diferencias con la situación ventilada en el caso “Cucho Muñoz”<sup>71</sup>, es decir, aquel donde no se constituyó un querellante, y además se trajeron criterios propios de la Sala en una intervención anterior, el caso “Bayo Hanza”<sup>73</sup>, donde se autorizaba en ese recurso que tiene la querrela al final del 180, a apelar la desestimación del juez, luego del dictamen desestimatorio del fiscal. Repito, esa norma del 180 sigue vigente, y la Sala avala la posibilidad de que la Cámara se pronuncie sobre el fondo del asunto, luego de la desestimación del juez. Este es un criterio que viene a cuenta de otro disímil por la Cámara Federal, en el caso “Barán”<sup>74</sup> de la Sala I, según el cual, justamente para evitar el ejercicio autónomo de la querrela, se impide la posibilidad de que la Cámara resuelva ese recurso y se lo declara mal concedido. De modo que se arribó a la primera conclusión de importancia: la ratificación del actual andamio de los recursos autorizados por los arts. 180 y 195, que posibilitaban el inicio de una actividad investigativa más allá de la postura desincriminante de la fiscalía. Esta misma conclusión se formuló en “Masola”<sup>72</sup> en lo que concierne a la etapa intermedia, porque “Quiroga”<sup>5</sup> sólo invalidó, y esto voy a recalcar, la primera alternativa del art. 348, de modo que es posible el control por la Cámara, como después lo vamos a ver más detenidamente en función de la segunda alternativa que ha quedado vivita y coleando del 348. Esto es importante y sobre el particular cabe detenerse. Si se lee bien el art. 348, y reitero, en pos de dar soluciones aquí y ahora, a ustedes que son operadores del sistema, la intervención, entre (comillas), de la Cámara tiene dos supuestos



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

bien separados por la conjunción disyuntiva “o”: el primero ha sido declarado inconstitucional por “Quiroga”<sup>5</sup>, que es el caso donde el juez está en desacuerdo con el fiscal, desacuerdo que queda patente en el expediente porque de lo contrario el juez instructor no podía elevar la causa en consulta a la Cámara; pero en la segunda alternativa, véase que la Corte también expresa la locución “alternativa” en “Quiroga”<sup>5</sup>, es un dato no menor este, ¿no es cierto?, esta segunda alternativa es irrelevante el desacuerdo del juez, si el juez nada opina, porque tiene que elevar sin decir nada a la Cámara si sólo el querellante requirió, para que la Cámara establezca si ese requerimiento de la querrela es ajustado o no a derecho, de modo de avalar o no la remisión de la causa a juicio. Esto se planteó también en nuestra Sala, en el caso “Taha”<sup>75</sup>, donde se entendió armónicamente que la conjunción, esta conjunción “o”, separaba los dos supuestos claramente, y que del mismo fallo “Quiroga”<sup>5</sup> de la Corte surge, cuando deja a salvo los derechos del querellante, para algo lo hace “Quiroga”<sup>5</sup>, la locución “intervención” en los votos de los jueces Petracchi y Highton en el considerando 37 y Zaffaroni en el considerando 24, “intervención” que, se dice en tal pronunciamiento, tiene por objeto, (comillas) “asegurar al querellante el ejercicio del derecho a ser oído en juicio oral y público”. Por otro lado, es claro que en “Masola”<sup>72</sup> el Tribunal debió remitirse a la doctrina de “Santillán”<sup>1</sup>, particularmente con la siguiente argumentación: que la exigencia de acusación, como forma sustancial del proceso, salvaguarda la defensa en juicio, sin distinguir el carácter público o privado de quien la formula, aspecto éste destacado por Cafferata Nores al comentar “Santillán”<sup>1</sup>, en su momento, y que no remite sino al viejo precedente “Otto Wald”<sup>21</sup> del máximo tribunal. Además, con remisión a “Santillán”<sup>1</sup>, se ponderó 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 del artículo 18 de la Constitución, de lo que surge el derecho a obtener una sentencia fundada. Que la invocación del derecho a la jurisdicción importa el aseguramiento de ocurrir a un órgano para obtener una sentencia útil relativa a sus derechos, como decía lo que surge de los artículos 8.1 de la Convención y 14.1 del Pacto. Y finalmente, de “Santillán”<sup>1</sup> se extrae aquello de que frente a distintas interpretaciones, debe optarse por aquella que no prive a la querrela de un pronunciamiento que establezca la existencia o no de su derecho. Esto me parece muy importante en el tema que nos convoca y a la hora de decir qué hacemos con este problema. La Corte dice en “Santillán”<sup>1</sup> que si tenemos que interpretar todo esto que puede parecer oscuro, lo debemos hacer en función de respetar la posibilidad de que el querellante pueda obtener un pronunciamiento útil donde se diga si tiene o no asidero su imputación. Además, “Masola”<sup>72</sup> destaca lo que gráficamente el juez Bruzzone en “Storchi”<sup>6</sup> destacó que es la capacidad de rendimiento de “Santillán”<sup>1</sup>, de modo de ser aplicado los criterios de “Santillán”<sup>1</sup> en todas las etapas del proceso. Lo expuesto no implicaba sino atender algunas reflexiones anteriores de Cafferata, aquello de que debía reformularse el monopolio del Ministerio Público Fiscal en el ejercicio de la acción penal, en orden al desarrollo autónomo de la querrela, y la necesidad de redefinir su actuación en la iniciación, desarrollo y culminación de la persecución penal, pues de lo contrario no se asegura el acceso a la jurisdicción. De igual modo, en “Masola”<sup>72</sup> se recurrió a la doctrina sentada sobre el particular en “Quiroga”<sup>5</sup>,



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

“Masola”<sup>72</sup> es posterior a “Quiroga”<sup>5</sup>, en cuanto a lo siguiente: liminarmente debe concluirse que, al menos por exclusión, la segunda alternativa del art. 348 superó el *test* de constitucionalidad; que particularmente cabe atender a los votos de los jueces Petracchi y Highton, cuando la sola querrela requiere, en el sentido de que no se aplica, (comillas) “tal inconstitucionalidad”, dicen, “porque no hay afectación genérica de la imparcialidad del tribunal ni de la independencia del Ministerio Público, en la medida en que la intervención de la Cámara sea asegurar que el querellante pueda ejercer el derecho que la ley le concede de ser oído en juicio oral y público”, esto, al menos para mí, es un claro mensaje de autonomía, pues de lo contrario en “Quiroga”<sup>5</sup> la Corte nada hubiera dicho. También en “Quiroga”<sup>5</sup> el juez Maqueda, en el considerando 23, dijo que todo cambió en “Santillán”<sup>1</sup>, con invocación del derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva, entendiendo a la persecución penal como un corolario necesario del derecho de todo individuo, todo individuo, a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en el que establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y se les impongan las sanciones pertinentes, esto con cita de “Bulacio”<sup>4</sup>. El juez Maqueda aludió concretamente a que no hay violación de la imparcialidad en el hecho de que el querellante reclame su derecho de elevar la causa a juicio, aspecto este último al que adhirió Zaffaroni. Interesante es el recurso en “Quiroga”<sup>5</sup>, otra vez, a la vieja doctrina de “Otto Wald”<sup>21</sup>, de modo que si bien el juez o la Cámara no pueden suplantar la ausencia de excitación de la acción pública asumiendo funciones requirentes, sí lo puede la querrela. En “Masola”<sup>72</sup>, además de rescatar las normas que han quedado validadas por la Corte en “Quiroga”<sup>5</sup> y “Santillán”<sup>1</sup>, obviamente se recurrió a los instrumentos y pronunciamientos de derechos humanos, que acorde a “Ekmekdjian”<sup>76</sup>, “Giroldi”<sup>77</sup> y “Bramajo”<sup>78</sup>, son pautas de interpretación de los pactos. Decía que los Informes 28/92 y 29/92 de la Comisión Interamericana sostienen que en buena parte de los sistemas de América Latina existe el derecho de la víctima o su representante a querrelar en el juicio penal. En consecuencia, dice la Comisión, el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autorizan, deviene un, dice la Comisión, un derecho fundamental del ciudadano. Que la facultad de querrelar en orden al derecho a la jurisdicción es por ello un mejor estándar de garantía que no puede ser revocado, como se aludía acá, son estándares alcanzados que no pueden retroceder, son pisos alcanzados; y que el proceso penal será la manera concreta de instrumentar el derecho a la jurisdicción, que surge de la Convención y del Pacto, sin perjuicio de lo llamado el derecho a la tutela judicial efectiva que también surge de estos instrumentos de derechos humanos. Que de ello emerge que hay un derecho a obtener una respuesta de los órganos judiciales, de suerte tal que no cabe aceptar que, cuando se ha legitimado a un querellante, tal respuesta quede en exclusividad en el Ministerio Público Fiscal, aquello de un solo funcionario. Por ello la Sala VII declara, como emergente de esta doctrina, y a partir de esta problemática que se ha planteado, porque empiezan a llegar casos a la Cámara, decía que ha declarado la nulidad de aquellos pronunciamientos que formulan meras remisiones de los jueces a los dictámenes desincriminatorios o pedidos de sobreseimiento de los fiscales, porque en verdad nada le están diciendo el órgano judicial a



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

la víctima, es decir, nada le dicen a la querrela que tiene el derecho de que alguien le diga si su derecho debe ser ejercitado o no en el caso concreto. En “Masola”<sup>72</sup> se invocó además, me parece una norma importante, el artículo 2 de la Convención Americana, en el sentido de que si el ejercicio de los derechos no está garantizado, los Estados se comprometen a adoptar las medidas legislativas o, dice este artículo, de otro carácter para hacerlos efectivos. En tal sentido, la Corte Interamericana, no ya la Comisión, sino la Corte en el caso “Cantoral Benavides” del 2001, aludió al deber de los estados de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio de un derecho a un recurso sencillo y eficaz en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. A su vez, la Corte Suprema, ya de nuestro país, en “Ekmekdjian”<sup>76</sup> trajo a la colación la Opinión Consultiva 7/86 de Corte Interamericana, donde se concluyó que entre esas medidas a las que alude el artículo 2 de la Convención, para asegurar derechos, se encuentran justamente las sentencias de los órganos jurisdiccionales. Por ello se compartió en “Masola”<sup>72</sup> aquello que decía Bidart Campos, y cito también textualmente porque me parece bastante gráfico, hace algunos años: “tardíamente hemos comprendido con profunda convicción que ninguna ley ni en el Código Penal ni en los Códigos Procesales, puede constitucionalmente privar la legitimación procesal a la víctima de un delito en el proceso penal, por más que ese delito sea de acción pública y que ésta corresponda al ministerio fiscal”, para luego rematar: “la legislación del querellante en los delitos de acción pública, razonablemente regulada por las leyes procesales, conduce a sostener que, con o sin acusación del Ministerio Público, el proceso penal debe ser impulsado, tramitado y concluido, pues de lo contrario, se afectaría el derecho de defensa en juicio y la víctima quedaría indefensa cuando faltare la acusación fiscal”. Por otro lado, y en plena ebullición de los emergentes de “Santillán”<sup>1</sup>, en “Masola”<sup>72</sup> se remitió, y creo que el valor que tiene esto es, para que ustedes lo sepan, en algunos pronunciamientos de la Cámara Nacional de Casación Penal, que es nuestro máximo tribunal penal del país a nivel nacional y federal. Si bien tuvo la Casación un primer pronunciamiento en el caso “Sotomayor”<sup>79</sup> de la Sala II, donde se negó la posibilidad del impulso o la continuación en solitario del querellante, este criterio fue dejado de lado inclusive por esa misma Sala II en el caso “Lih Yuh Lin”<sup>80</sup>, con voto de los jueces Mitchell, Fégoli y David, que con cita de “Santillán”<sup>1</sup>, se dijo que el querellante podía impulsar desde el comienzo o en la etapa de juicio sin acompañamiento fiscal, particularmente el juez Mitchell sostuvo en tal ocasión que para poder llevar ese momento, el del 393, los efectos de “Santillán”<sup>1</sup> debían retroceder al período de elevación a juicio. En el caso “Corti”<sup>81</sup>, ya otra Sala, esto es otro pronunciamiento del año 2005, la Sala III, si bien anuló el procedimiento de consulta cuando sólo el querellante había requerido la remisión a debate, entendió que debía devolver las actuaciones al juzgado de instrucción, a fin de que previo cumplimiento de la notificación prevista en el artículo 349, se eleve, si corresponde, la causa a juicio, lo que sugiere necesariamente la posibilidad de que se produzca el debate sin requerimiento formulado por el agente fiscal. En el citado caso “Corti”<sup>81</sup>, particularmente la juez Ledesma interpretó “Quiroga”<sup>5</sup>, particularmente los considerandos 37 de los jueces Petracchi y Highton, en armonía con “Santillán”<sup>1</sup>, en cuanto a que en el momento del 347



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

debía autorizarse a la querella para que continúe durante el debate sosteniéndola sin la presencia del fiscal, aunque para evitar la afectación del principio de contradicción, había que dar cumplimiento a la notificación prevista del 349, a fin de brindar la posibilidad de resistir esa acusación. Por otro lado, la Sala I de la Casación en el caso “Linares”<sup>82</sup>, ponderó la facultad recursiva que ofrecen los arts. 180 y 195 y que como el Código Procesal Penal reconoce personería para actuar en juicio al ofendido, su derecho a la jurisdicción debe ser examinado, en acatamiento de la garantía del debido proceso, de la forma indicada por la Corte en “Otto Wald”<sup>21</sup>. Entonces, quien pretende querellar, tiene derecho a obtener una decisión fundada. En este caso, se admitió el avance a la etapa del juicio con el solo requerimiento de la querella. La misma Sala I de la Casación profundizó esto en el caso “López González”<sup>83</sup>, ya del año 2006, allí la Sala misma planteó la cuestión que estriba en saber si resultaba vinculante para el juez de instrucción el dictamen desincriminatorio del fiscal, no obstante que la querella mantiene la convicción incriminante, porque si la querella, dice la Sala I, queda habilitada a ir sola a juicio, “con mayor razón resulta viable pues los intereses de los imputados que podrían afectarse son, sin duda, de menor entidad, llevarse a cabo la instrucción sin anuencia del Fiscal”. De lo contrario no tendría sentido la apelación del 180 con el objeto de que se ordene la realización de la instrucción y además, dice la Sala I, es el modo en que la ley ha preservado la vigencia del principio según el cual le está vedado al juez proceder de oficio, desde que procederá por la instancia del particular ofendido, ¿no?, hay un problema de acción. Para la Sala I de Casación, la excitación en este caso de la acción, está provocada por el mero impulso de la querella. Si bien esto es así, y respondiendo de alguna manera a algunos problemas que se han planteado acá, particularmente de Julián Langevin, me parece, y acá hay algunas diferencias con otros pronunciamientos de la Cámara, que es dable controlar si esto que la querella quiere hacer es pertinente o no, decíamos en “Masola”<sup>72</sup>. Claro que para evitar lo que anunciaba Arslanian, aquello de que, en el marco de la oralidad, la querella autónoma no sirva para la diatriba, o para otros intereses. No cualquier imputación puede dar inicio a un proceso y menos a la apertura del debate. Aquí me voy a diferenciar, y simplemente lo adelanto, con algún criterio de la Cámara Penal Económico que seguramente el Dr. Hendler va a exponer, en un caso reciente, y en “Masola”<sup>72</sup> dijimos que, aún en el marco de la posibilidad de que la querella se desarrolle autónomamente, deben superarse algunos controles que justamente marca la ley, esto no es para nada pretoriano. En primer lugar, el juez debe realizar un liminar examen de tipicidad, que surge directamente de los artículos 180 y 195, y tal examen en todo caso es revisado por la Cámara; si la Cámara entiende que no hay delito, que hay atipicidad objetiva, no vamos a tener querella autónoma, el caso no puede proceder. El segundo momento, en realidad, esto es claro, se ubica en el mismo control que efectúa la Cámara del auto de procesamiento, supongamos un caso de querella autónoma, que bien puede derivar en un sobreseimiento, claro también que en el marco de la iniciación de actuaciones autónomas por la querella, es decir, un proceso iniciado sin fiscal que deriva en un auto de procesamiento es controlado por la Cámara, el caso no pasa más de ahí. Y finalmente, en la etapa intermedia, es decir, la etapa crítica de la instrucción, el control lo es de modo que la



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

Cámara se pronuncie conforme la alternativa no declarada inconstitucional por “Quiroga”<sup>5</sup> y entienda que el caso no amerita ser debatido en la etapa siguiente. Esa consulta que queda validada en “Quiroga”<sup>5</sup> es tomada por la Cámara, se pronuncia sobre el fondo y entiende que este requerimiento de la querrela para ir a juicio es infundado, o se está en presencia de un hecho atípico, o lo que fuere. Defendía antes la consulta, esta consulta o intervención, según la literalidad del 348, y esto no lo digo yo, lo dijo la Corte en el caso “Mattio”<sup>29</sup>, que da la casualidad, o no, que fue pronunciado el mismo día que la Corte falló en “Quiroga”<sup>5</sup>. En “Mattio”<sup>29</sup>, el voto de Zaffaroni dice exactamente esto: habiendo querellante, la discrepancia se plantea entre la pretensión de éste de elevar la causa a juicio y el pedido de sobreseimiento fiscal y en tal caso 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, y que, cito... “aún cuando la elevación en consulta a la Cámara de Apelaciones resulta viable en este supuesto, ello no habilita al órgano judicial el apartamiento del fiscal actuante, facultad de la que carece por tratarse del representante de un organismo distinto y autónomo”. El voto del juez Zaffaroni alude a la locución “intervención” e inclusive a la consulta. Nos parece que así se interpreta el ordenamiento vigente del modo armónico como se señala en “Santillán”<sup>1</sup> y no se conculcan los derechos de la querrela. Otra de las cuestiones que suscitó esta problemática, y que se trató en “Storchi”<sup>6</sup> fue: qué hacemos con el fiscal. A contrario de “Storchi”<sup>6</sup>, según el cual el fiscal debía ser apartado, y con arreglo al voto del Dr. Zaffaroni en el caso “Mattio”<sup>29</sup>, nuestra Sala en el caso “Masola”<sup>72</sup> entiende que ese apartamiento no es pertinente, y que la intervención del fiscal sigue resultando indispensable en el marco del control de legalidad al que alude el artículo 120 de la Constitución y la Ley del Ministerio Público. Esto me parece que da algunas respuestas a las cuestiones que planteaba Julián Langevin en torno a qué hacían los fiscales. Me parece que aun en el caso de un querellante autónomo el fiscal debería pronunciarse sobre cuestiones de orden público, tales como la competencia o la prescripción en un caso como este. ¿Qué diferencias hemos tenido, más bien menores, en los casos “Storchi”<sup>6</sup> y “Masola”<sup>72</sup>? “Storchi”<sup>6</sup> se separa de “Masola”<sup>72</sup> en cuanto en “Storchi”<sup>6</sup> se dice que es inconstitucional el 348, porque veda a la querrela a ir a juicio, mientras que en “Masola”<sup>72</sup> se sostiene que la segunda alternativa, como decía antes, no fue tocada por “Quiroga”<sup>5</sup>. Quería aclarar que la Sala I, por lo menos tengo entendido, que este tema del apartamiento de los fiscales fue dejado de lado a partir de algunas de la Casación, me parece que ya está consolidado esto de que es pertinente proseguir autónomamente por la querrela aunque con un fiscal todavía en el proceso. “Storchi”<sup>6</sup>, por otro lado, alude al control interno de los fiscales cuando requiere la querrela la elevación de la causa a juicio, y “Masola”<sup>72</sup> no. En todo caso, el control según “Masola”<sup>72</sup>, es posterior. Acá lo que, por lo menos como Sala, hacemos es evacuar esa consulta cuando solamente la querrela quiere ir a juicio y, en todo caso, notificamos al Fiscal General para que ejercite, en todo caso, la intervención que le pudiere caber en términos de la Ley del Ministerio Público. Y vuelvo sobre algún planteo que hacía Langevin, porque me parece que, además del principio de unidad de actuación, el mismo artículo uno de la Ley del Ministerio Público prevé el principio de jerarquía, con lo cual un



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

Fiscal General o de Cámara bien podría indicar un criterio contrario al fiscal de grado. Esto es básicamente “Masola”<sup>72</sup>, el problema es qué emergentes han sucedido a partir de este pronunciamiento, y creo que es de mucha utilidad práctica por las situaciones que hemos tenido que resolver. En el caso “Neumann”<sup>84</sup> se entendió que, si luego de la delegación a la fiscalía, la fiscalía instruyó el sumario, caso que había querrela, y luego el fiscal pidió el sobreseimiento, al juez le quedaba la posibilidad de reasumir el curso de la investigación, justamente porque hay querrela y para dotar de operatividad a los criterios que hemos enunciado. Una de las circunstancias en que se basan los planteos defensistas es que es el mismo juez instructor quien activa los controles para una revisión de lo dictaminado por el fiscal. Pero esta problemática sólo puede ubicarse en aquellos casos sin querrela, que son remisiones a fiscal general para que controle a su inferior jerárquico, como podría surgir en “Quiroga”<sup>5</sup> de considerando 31 de los votos Petracchi y Highton, porque donde hay querrela ya el propio 180 es quien prevé un recurso y el 348 en la parte no invalidada por “Quiroga”<sup>5</sup> una intervención de la Cámara, en ambos casos en orden a establecer la viabilidad de su reclamo. En ninguno de los dos supuestos, fíjense, el juez está obligando al fiscal. En los casos “Giúdice”<sup>85</sup> y “Dragamar”<sup>86</sup>, también de nuestra Sala, se declaró la nulidad del auto que desestimaba las actuaciones con el solo argumento de que el juez carecía de facultades legales para actuar oficiosamente ante la inexistencia de impulso del titular de la acción. Allí se hizo remisión a la doctrina de “Santillán”<sup>1</sup>, en cuanto a la querrela procura un pronunciamiento útil, como antes decía. De todo lo que estamos hablando también se infiere algo que me parece relevante, que es la importancia del cumplimiento de las formalidades, por parte de la querrela, de su requisitoria de elevación a juicio. Es que no solamente el 347 prevé la sanción de nulidad para el caso de insatisfacción de alguno de los extremos allí previstos, sino que debe tenerse en cuenta fundamentalmente que el debate se abre con la lectura, en estos casos, del requerimiento de la querrela, y que el imputado habrá de responder justamente a esa acusación. De modo que el silencio, el silencio, y la anulación de los requerimientos de la querrela tendrán en este sentido los mismos efectos. De ahí que se inscriba en este contexto la doctrina que ha sentado la Corte en el caso “Del’Ollio”<sup>36</sup>, que es el último de los casos, me parece, relevantes en esta problemática, donde al tiempo de los alegatos el fiscal había solicitado la absolución del imputado y la querrela había impetrado la condena, dictada finalmente por el tribunal oral. La Corte dijo que como el juez de instrucción había dado por decaído el derecho que tenía la querrela de requerir la elevación a juicio en la etapa intermedia, ello había aparejado la pérdida de los derechos que se vinculan al acto precluído, de modo que no podía integrar legítimamente una incriminación que no se había formulado previamente, y así descalificó este fallo condenatorio. De “Del’Ollio”<sup>36</sup> se extrae, en sintonía, en mi opinión, con “Santillán”<sup>1</sup>, que el pedido del fiscal al finalizar el debate no es dirimente, al señalar que el requisito de acusación se cumple sin distingos. La acusación del fiscal o de la querrela. Pero que la doctrina de “Santillán”<sup>1</sup> se aplica en la medida en que el querellante hubiese instado en su momento la remisión a juicio con una requisitoria tempestiva y válida. Esto no es sino ratificar “Santillán”<sup>1</sup> con la nueva composición de la Corte, confirmando poderes autónomos a la querrela. Como emergente también de



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

“Del’Ollio”<sup>36</sup>, se ha planteado en la etapa intermedia una excepción de falta de acción para separar al querellante que no había contestado la vista del 346. En el caso “Najblat”<sup>87</sup>, que es de este año, ahí integrábamos la Sala también con el Dr. Pociello Argerich, se dijo que tal circunstancia, si bien traduce un mero desinterés que ulteriormente habrá de limitar su actuación en el devenir del proceso, no implicaba desistimiento del rol, que debía ser expreso este desistimiento, y en esa etapa no era aplicable en purismo la situación planteada de “Del’Ollio”<sup>36</sup> para una etapa ulterior, sin perjuicio de que realmente al final del debate, el fiscal... si el fiscal general no acusaba, la querella no podía obtener una condena. Entonces, más allá de “Del’Ollio”<sup>36</sup>, no sería pertinente el apartamiento del rol del querellante cuando no requirió la elevación de la causa a juicio. Para que tengan un panorama también de otras salas de la Cámara, en el caso “De Santis”<sup>70</sup> que antes mencionaba, la Sala V, en realidad adscribe al caso “Barán”<sup>74</sup> de la Cámara Federal, en el sentido de que, por la vigencia del artículo 5, no es posible impulsar desde el inicio un proceso sin querella, sino que tiene que haber algún acto del fiscal de impulso que así aparezca en el procedimiento, de modo que la apelación que autorizaría el artículo 180 no sería viable en estos casos, y el recurso debería ser mal concedido. De este criterio participa Almeyra, con invocación del principio de oficialidad del artículo 71. También la Sala B de la Cámara Penal Económico, la disidencia de Hornos. Por caso también la Sala I, en el caso “Mena”<sup>7</sup>, se dijo que frente a un requerimiento solo de la querella, uno de los jueces estimó que la querella puede ir sola a juicio, por lo que es innecesaria la consulta; los jueces Bruzzone y Rimondi dicen que el juez debe promover el control del Fiscal General, por la segunda alternativa del 348, elevando la causa sin otro comentario, esta es la fórmula que se usa, para evitar que se produzcan situaciones como las de “Del’Ollio”<sup>36</sup> señaladas para la querella y que el fiscal de juicio quede atado al criterio del fiscal de instrucción. También es relevante de la Sala I el caso “Meta”<sup>88</sup>, donde se hizo lugar a recusación del juez, porque luego de que la querella no contestara la vista del 346, el juez, en expreso desacuerdo con fiscal de primera instancia, le remitió actuaciones para su control al Fiscal General, es decir, en ese caso el juez formuló un desacuerdo expreso. Es interesante el caso, más allá de tratarse de un tema de imparcialidad, porque se dijo que ahí había temor de parcialidad y se apartó al juez del caso, justamente por haberse pronunciado expresamente como en desacuerdo. Por su parte la Sala IV en el caso “Tosco”<sup>89</sup>, se dijo que para dotar de operatividad a “Santillán”<sup>1</sup>, hay que retrotraer sus efectos al período de elevación a juicio, y además rescata la porción no declarada inconstitucional del 348 en “Quiroga”<sup>5</sup>, cuando la querella va sola a debate, de modo que es procedente el procedimiento de intervención de la Cámara a modo de consulta. Finalmente, en esta semblanza, la Sala VI, en el caso “Comisaría 49a”<sup>90</sup>, sostuvo que en la situación del 348 con querella que requiere la elevación a juicio, debía evacuarse la consulta por el fiscal general. Concluyendo, frente a la situación en la que la Corte Suprema ha colocado a la figura del querellante en el ámbito del procedimiento nacional, aquí y ahora, como respuesta de transición y más allá de la literalidad de algunas de las disposiciones sustantivas y aquellas que reglamentan el proceso penal, no queda más alternativa, en mi opinión, que conferirle poderes autónomos, sin perjuicio de las soluciones que deban



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
*“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”*

---

encontrarse, sean a título de control jerárquico interno del Ministerio Público, o por la propia víctima, como en el caso de la Provincia de Buenos Aires e inclusive del Proyecto de reforma penal del año pasado, o la alternativa judicial que ha sido salvada por “Quiroga”<sup>5</sup> en el 348, o también mediante el expediente de la conversión de la acción pública a privada que también trae ese proyecto del año pasado, fórmulas todas estas que en realidad quedan deferidas al legislador. Lo que nosotros podemos hacer es formular contribuciones y acrecentar la discusión.



## **VI.- Ponencia del Dr. Edmundo Hendler\*.**

Yo quisiera brindar un modestísimo aporte de algunos datos, algunas referencias, invocando una perspectiva, por un lado histórica comparativa, y por otro lado, también, desde luego, de exégesis concreta del tema que nos interesa; desde luego es un tema opinable, lo mío será un aporte de algún dato, de alguna referencia, que está muy lejos de pretender dar la conclusión definitiva y la solución de un tema que no hace falta que les cuente que es sumamente polémico. Yo me traje acá un borrador de un artículo que tenía hace ya rato en preparación, concerniente al tema del ejercicio de la acción pública; en realidad fue algo que expuse en un seminario de Ministerio Público en Brasil hace un tiempo, y todavía no estoy decidido a publicarlo, pero déjenme que les lea como para contarles cuál es mi postura o cuáles son los ejes que yo encuentro a esta cuestión, cómo yo introduciría por ahora este proyecto de referencia. El surgimiento del derecho penal como disciplina autónoma está estrechamente emparentado con el reconocimiento de la categoría de los delitos públicos, y consecuentemente con el ejercicio de la acción penal pública; se trata del fenómeno histórico iniciado a partir del Siglo XIII cuando las acusaciones privadas fueron asumidas por el poder público, y se tradujo con el correr de los siglos en una sistematización de aquellas infracciones que escapaban al interés individual puesto que comprometían las instituciones de la comunidad toda. Con una visión crítica, un autor, un sociólogo contemporáneo designó esa transformación como la expropiación del conflicto. En la actualidad, por contraste, la preocupación más extendida en distintas partes del mundo concierne a la tendencia a implantar mecanismos sustitutivos de la acción pública por medio de acuerdos u otros arreglos de tipo consensual o transaccional inspirados en su mayoría en los reconocimientos de culpabilidad negociados, típicos del sistema penal norteamericano, lo que se conoce como “*plea bargaining*”. Algún autor llamó a esa tendencia, la marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo, deplorándola, por considerarla una renuncia a las conquistas fundamentales del estado de derecho.

Otro autor, en cambio, luego de una exhaustiva investigación, abarcativa de sistemas culturales diversos, concluyó que los mecanismos consensuales desenvueltos a partir de la década de 1970 constituyen un impulso de humanismo que puede transformar la fisonomía tradicional del procedimiento penal.

No les voy a leer todo lo que tengo escrito porque los aburriría más de lo que igualmente los voy a aburrir tal vez.

Yendo más en concreto a lo que está en discusión, recién el Dr. Cicciaro mencionaba una postura de la Cámara que yo integro, en realidad deberíamos aclarar, que en ese caso que él refiere, mi posición en realidad es un poco una disidencia, yo estoy habituado a eso, tengo una larga tradición de disidencias, no debieran sorprenderse de esto, pero en este caso yo expuse mi punto de vista que no fue precisamente el adoptado por la mayoría del tribunal. Yo quisiera explicar un poco cuál es esa postura que yo propuse en

---

\* Juez de la Sala A de la Cámara Nacional en lo Penal Económico.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

ese voto del caso “Grosskotf”<sup>91</sup>, resuelto hace no mucho tiempo. En realidad, también me gustaría aclarar que no es mi estilo, por lo menos en mis votos como magistrado, hacer votos extensos, o hacer gala de erudición, o abundar en citas. Yo creo que los tribunales de última instancia sí tienen muchas veces que asumir la función de establecer doctrina, y entonces se justifica que hagan pronunciamientos extensos, ilustrados... pero no a los tribunales de apelación.

En otras partes del mundo, y nuestro sistema procesal penal en particular, está afiliado al sistema que podríamos llamar mixto de procedimiento o, para algunos, quizás con más propiedad, un sistema inquisitivo reformado, sistema éste que tiene origen en el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808. Por eso es que yo tomé casi con prioridad inspiración en verificar cómo se había trabajado, cómo se había dado solución a esta cuestión en el sistema procesal penal francés. Y ahora sí, les pido que me permitan leer, no lo que tengo escrito en el artículo, pero sí el apunte que yo me venía haciendo, con la traducción de lo que dice el comentarista que me parece más autorizado de lo que fue el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, repito el paradigma o el iniciador de lo que es el sistema de procedimiento penal mixto, me refiero a Faustin Élie, autor de derecho penal y de derecho procesal penal, en ésta materia es un clásico, su tratado de la instrucción criminal de 8 volúmenes, de Élie, permítanme que les lea algunos breves párrafos que para mí contribuyen a ubicar un poco los perfiles de esta cuestión.

Dice Élie que a medida que las leyes penales se perfeccionaron, tendieron a disminuir las atribuciones de las partes perjudicadas cuya acción fue subordinándose a la acción de los magistrados. Examinando concretamente el Código de 1808, advierte este autor, inicialmente, que en materia de contravenciones y delitos se encuentra fuera de discusión que la citación directa del damnificado establece la jurisdicción del tribunal, no sólo sobre la acción civil, sino también sobre la acción pública. En cuanto a la instrucción previa, advierte desde un comienzo que la discrecionalidad reconocida al Ministerio Público no se aplica en los casos en que el denunciante o querellante, no se si acá se puede traducir libremente la expresión en francés que utiliza Élie es “*plaignant*”, yo la traduje como “querellante”, se constituya como parte civil, puesto que, sostiene Élie, la acción pertenece a la sociedad, el fiscal sólo la ejerce en su nombre. Aclara que, aunque sólo él la ejerce, la acción puede ser puesta en movimiento sin su concurso. Se hace cargo Élie del artículo primero del Código de Instrucción Criminal de 1808, que establece que el ejercicio de la acción pública está reservado exclusivamente al Ministerio Público, pero insiste en que hay que distinguir entre el ejercicio y la iniciación de la acción. El derecho de los ciudadanos dice este autor, si bien es un vestigio de antiguas prácticas vigentes hasta el siglo XVII, tiene siempre el sentido de una libertad de resistencia a la opresión, una garantía de que los débiles pueden acudir al auxilio de la justicia. Refiriéndose a la iniciación de la acción por citación directa, que el artículo 182 del Código de 1808 permitía tanto al Ministerio Público como a la parte civil, Élie explica que esa atribución en el primer caso, es decir cuando la ejerce el fiscal, es un medio de abreviar los trámites, pero que en el otro caso, cuando la ejerce el damnificado, es una consecuencia del derecho de querellarse. Añade que se trata de una regla de vigencia histórica permanente, tanto en épocas remotas, antes



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

del siglo XIII, como en tiempos del Sistema Inquisitivo, y también en las primeras leyes posteriores a la Revolución Francesa. En el Derecho Procesal Penal Francés, hay un fallo señero, hay un fallo histórico, que data de 1906, el caso “Plaçais”, también se lo conoce por el nombre del magistrado relator de este caso, que era Logan Atalin, que es lo que decidió la casación francesa en el año 1906 en un fallo que hasta el día de hoy sigue siendo la doctrina jurisprudencial vigente. Dice la casación en este fallo, la querella, en realidad acá utiliza la expresión “*plaint*”, inicia la querella inicial, acompañada de la constitución como parte civil presentada al juez de instrucción, obliga a éste a instruir y pone en movimiento la acción pública, salvo que la imputación resultara radicalmente imposible. La Corte, en este caso, entendió que el artículo 63 del código, al conferir el derecho de constituirse como parte civil al damnificado, implicaba que con eso se ponía en movimiento el ejercicio de la acción pública. Esta postura se mantiene en la actualidad, Pradail, un autor contemporáneo, un procesalista francés que publica mucho, explica que el damnificado, dice Pradail, tiene dos alternativas, la citación directa, obviamente ante el Tribunal de juicio correccional y la querella o *plaint*, constituyéndose como parte civil presentada al juez de instrucción. Señala el paralelismo con las alternativas que tiene el Ministerio Público, que puede optar entre la citación directa y la requisitoria introductiva ante el juez de instrucción. Añade que en ambos casos debe consignar en depósito una suma para responder a las costas, suma ésta cuyo importe debe ser fijado por el juez de instrucción o por el tribunal de juzgamiento según el caso. Aclara que las alternativas caben únicamente en casos de delitos pero no en el caso de crímenes en cuya situación es obligatoria la querella como parte civil ante el Juez de Instrucción. También explica, Élie, que jamás se discutió que la citación directa pone en movimiento a la acción pública, pero que durante mucho tiempo los tribunales se rehusaron a reconocer ese efecto a la querella, constituyéndose como parte civil, criterio éste que habría cambiado, lo reconoce Pradail, a partir de 1906 cuando se resolvió el caso “Plaçais y Elyon” que recién les mencionaba.

Y ahora quisiera explicarles cual es la postura que yo sostuve, en el caso este que mencionaba el Dr. Cicciaro y que es la que más me convence frente a esta situación. En realidad, mi voto en el caso “Grosskotl”<sup>91</sup>, y lo que está planteado como cuestión, tiene dos matices, hay dos cuestiones aquí que hay que distinguir: por un lado, está el reconocimiento del derecho del damnificado de impulsar la acción penal, de obtener, como dice la Corte en uno de estos fallos que muy bien citaba el Dr. Cicciaro, un pronunciamiento útil respecto de sus pretensiones, los fallos de la Corte en el caso “Santillán”<sup>1</sup> y en el caso “Quiroga”<sup>5</sup> creo que también, me parece que son muy claros en aludir al derecho a ser escuchado el particular damnificado por el tribunal de enjuiciamiento, es decir, está claro que ese derecho, que según nuestra Corte, y aclaro que yo en esto comparto el punto de vista según nuestra Corte, ese derecho que está arraigado en las declaraciones contenidas en los pactos hoy incorporados a la Constitución Nacional, exige que el querellante o el particular pueda tener la posibilidad autónoma de hacer valer su pretensión ante un Tribunal que lo escuche, esta es una de las dos cuestiones que están en juego, y quizás es la más sustantiva, porque es la que se refiere a si existe o no existe este derecho autónomo de impulsar la acción penal por parte de los particulares. Yo aquí



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

comparto lo que entiendo que ha dicho la Corte Suprema en interpretación constitucional hasta ahora para mí no discutida. Pero luego se suscita una segunda cuestión, cuestión ésta que ahora hace falta poner en contexto lo que dijo la casación francesa en aquella interpretación del año 1906. El fallo que yo les comentaba hace un momento dice que la querrela del damnificado constituyéndose como parte civil y aportando la garantía o el depósito de garantía de las costas que pudiera ocasionar, obliga al Juez de Instrucción a instruir, puesto que pone en movimiento la acción pública; yo, en realidad no comparto este criterio fijado por la casación francesa, pese a que lo estoy invocando en respaldo de mi postura. Entonces ahora quiero aclarar, este fallo, hay que entenderlo en el contexto en el que fue dictado, la cuestión que esta resolviendo la casación francesa en 1906, no es si el querellante tiene o no, si el particular, no hablemos de querellante, si el particular damnificado tiene o no derecho a impulsar el ejercicio de la acción penal, eso no se discute, eso esta reconocido y está absolutamente admitido sin discusión en una de las dos alternativas que el código de instrucción criminal francés reconoce y que menciona Élie, en la alternativa de la citación directa, es decir demandando directamente ante el Tribunal de enjuiciamiento. Lo que esta en discusión y llega a conocimiento de la Casación en 1906, y se resuelve en este caso “Plaçais”, es sí además el particular tiene derecho a obligar a un juez a informar, como dicen los franceses, nosotros diríamos a instruir, en otras palabras, se trata de saber si ese derecho, que no está en discusión, del particular de impulsar la acción penal, conduce a que también deba instruirse previamente al juicio, y aquí es donde yo no comparto el criterio con que resolvió esta cuestión la Casación, pero sí rescato lo que esta implícito en ese fallo, el derecho del querellante, el derecho del particular a hacerse oír ante el Tribunal de enjuiciamiento es indiscutible, lo que sí se puede cuestionar es si ese derecho alcanza también para obligar a un juez de instrucción, que no es el que va a juzgar desde luego, a hacer lo que en el idioma francés se llama informar, hacer la información, o si solamente se limita a la posibilidad, que también tiene en casos de delitos -no en casos de crímenes, claro está-, el fiscal, de acudir al tribunal de enjuiciamiento por vía de lo que se conoce como la citación directa. Este es un poco el criterio que yo entiendo más aplicable, es el que quise exponer en mi voto en ese caso. Si yo tuviera que sintetizar qué es lo más significativo de mi postura, diría que lo sustantivo es el reconocimiento del derecho del particular de impulsar el ejercicio de la acción penal... es, volviendo un poco a aquella introducción que yo hice al comienzo, se trata de ese derecho que fue objeto de una expropiación, al decir de un autor contemporáneo que es Nils Christie, y es un poco la postura que yo diría sostiene, no sé si con estas mismas palabras Zaffaroni, que en esto para mí sigue en muchos aspectos a Nils Christie, pero quizá, para expresar mejor cuál es el autor cuya autoridad me convence más, en lugar de mencionar a los modernos y contemporáneos, me gustaría contarles lo que sobre este tema dice el que yo pienso que es el autor clásico por antonomasia en el Derecho Penal, Francesco Carrara, a quien siempre recomiendo volver. De Carrara, yo tengo mi apunte resumiendo su posición sobre este tema en estos términos. Carrara distinguía las tres modalidades tradicionales de iniciación de la acción, como natural, la acción privada, liberal, la acción popular, y restrictiva, la acción pública; y consideraba claro, claro indicio de libertad civil, la mayor facultad



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
*“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”*

---

acordada a los particulares para ejercer la acción penal. Claramente propiciaba el derecho de querrela particular, no solo frente a la inacción de la autoridad, sino también ante la negativa de la autoridad. Concluía finalmente que la acción pública es tradición de despotismo y que el sistema preferible es el que más se acerca al de acción privada o natural. No quiero tomarles más tiempo y sí por supuesto estoy a disposición sí luego hay oportunidad de algún diálogo, de algún debate. Muchas gracias.



### **VII.- Ponencia del Dr. José Ignacio Cafferata Nores\*.**

Después de todo lo que hemos escuchado me parece que hay poco para decir, pero siempre alguna cosa quizás se puede aportar. Porque a pesar que hemos sido todos muy elegantes, en el fondo estamos ante un choque de opiniones.

Para circunscribirlo a sus términos exactos empiezo con una anécdota.. Me tocó ser ministro de gobierno de la provincia de Córdoba. Fui a un barrio, y vi que hacía falta policía, entonces dije: “¡Hagan un destacamento policial!”, y se hizo. Luego con el tiempo, me tocó ser legislador. Fui a otro barrio en el que faltaba presencia policial y cuando pensé en decir “¡hagan otro destacamento!”, me di cuenta de que no podía. ¿Qué tuve que hacer? Tuve que hacer como legislador un “proyecto de declaración” diciendo que “vería con agrado” que en el barrio tal se instalara un destacamento policial. Un viejo político amigo mío, cuando le cuento este cuento me explicó: “Esa es la diferencia entre mandar y pedir”.

Bueno, esta diferencia es esencial cuando hablamos del tema de las atribuciones del querellante. El querellante, siempre pide, nunca manda. Y con esto estoy respondiendo a algunas sugerencias u opiniones de las que pareciera que, cuando hay querellante en el proceso penal, el querellante hace lo que se le antoja y los jueces tienen que hacer lo que se le antoja al querellante, y no es eso lo que estamos sugiriendo, proponiendo o haciendo reflexionar en este aspecto.

Simplemente, lo que estamos tratando de plantear es que el querellante pueda pedir. ¿Si?. No pensamos que el querellante pueda mandar. Entonces, esta primera gran aclaración, este primer gran corte diría yo, un poco me deja tranquilo conmigo mismo. Entonces, yo digo que el querellante solo tiene derecho a pedir a los jueces.

Si ustedes me permiten, y para tratar de hacer esto un poco más movido, me voy a ir al pizarrón. Vamos a hacer, como para terminar un poco más entretenidos, un dibujo.

Esto que dibujo acá, es el “caballo de la persecución penal”. Simboliza el caballo de la persecución penal. Se dispone que el “jinete” de la persecución penal, que es el que va a impulsar el caballo hacia el logro de una sentencia justa, quizás condenatoria, sea el Ministerio Público Fiscal. Y esta es la imagen tradicional que teníamos. El caballo de la persecución penal, conducido por el Ministerio Público Fiscal. Ocurre que ahora, tenemos por aquí a la víctima del delito, al que el CPP lo dejamos subir al caballo de la persecución penal. Se lo enanca en el caballo de la persecución penal. Y este es el fenómeno del que estamos discutiendo. Una persecución penal con dos jinetes. Un jinete natural o principal, que es el fiscal, y un segundo jinete que va enancado.

La primera pregunta que hay que contestarse es: ¿por qué el CPP autoriza que este señor que se enanca? ¿Cuál es la razón por la que se admite que, quien resulta víctima del delito, el afectado por el delito, tiene derecho a subir al caballo de la persecución penal junto con el fiscal?.. ¿Por qué? ¿Por qué este señor y no a otro señor lo dejamos subir ahí?.

---

\* Profesor de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

Suponemos que el CPP lo deja subir ahí porque cree que algún interés legítimo tiene en estar allí montado. Y esto significa, primera conclusión, que le estamos reconociendo al ofendido por el delito, un interés legítimo en participar en la persecución penal, interés legítimo que le reconocemos, dejándolo montarse.

Entonces, la discusión, una vez que nos hemos dado esta respuesta, radica en lo posterior. Radica en los alcances que tiene esta montada. Pero no nadie he oído que discuta el derecho de este señor a montarse, derivado de que tiene un interés en que esta persecución penal llegue a su fin, y un tribunal se expida sobre si existe un delito, del que este señor ha sido víctima, y si corresponde una sanción.

Esto lo repito porque pareciera que ahí podemos encontrar la respuesta a la gran pregunta: ¿Tiene, este señor, ofendido por el delito, derecho a que la persecución penal se desenvuelva y culmine con una sentencia?. ¿Tiene, este señor, que dice ser víctima de un delito, derecho a que un juez en algún momento diga: “sí señor, tiene razón, usted ha sido víctima de un delito, y esto merece una pena, y el autor tiene tal sanción”?. ¿Tiene un derecho o no tiene un derecho?.

Esta es la discusión. Y mi pregunta es: ¿si este derecho no existiera, a santo de qué lo dejamos subir al caballo?. Si este señor no tiene derecho a que un juez resuelva sobre el merito de la persecución penal: ¿Cuál es el motivo porque lo dejamos subir al caballo?. No hablemos de la jurisprudencia de la Corte, ni de la Corte Interamericana, ni de Girolodi, ni de Bramajo, hablemos de esto nomás, de esta figurita.

Entonces, mi conclusión, equivocada quizás, modesta y dicha con toda humildad, es que, si vamos a discutir, tenemos que animarnos a decir: señor, usted no se puede subir ahí. Usted no tiene nada que hacer. Usted no tiene ningún interés en estar subido en este caballo. Este no es su problema. Este problema es solo, exclusiva y monopólicamente asumido por el Estado, que es el único que puede montar este caballo.

Si no se produce esa discusión, volvemos al ejemplo del pizarrón. Y allí el problema, no se nos plantea mientras el hombre va en ancas. Porque el fiscal va paso a paso, empiezo el proceso... ofrezco la prueba... acuso... vamos a juicio... pido condena, con el tipo en ancas, y no hay problemas.

El problema que nos ocupa se da cuando este fiscal se nos baja del caballo. Y dice: “no persigo más, no corresponde, yo me bajo”.

En tal situación: ¿Qué es lo que puede hacer el querellante enancado? ¿Se tiene también que bajar? ¿O puede correrse hacia delante, subirse a la montura, y decir: yo sigo cabalgando la persecución penal?.

Esta es la verdadera discusión que en este momento nos convoca, y a la que aportamos algunas sintéticas argumentaciones.

Dejemos entonces claro que estamos discutiendo si cuando el Ministerio Público no inicia la persecución porque no se sube al caballo, o, si se sube al caballo, se baja luego de él, porque pide la desestimación o el archivo o el sobreseimiento, o consiente alguna de estas resoluciones, o pide la absolución, puede sustituirlo en su actividad el querellante.

La primera reflexión que se me ocurre es que si creemos que el querellante tiene derecho a que un tribunal, previo los pasos procesales, resuelva sobre si el hecho que él



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

sostiene ha sido víctima, es un delito y el autor merece una sanción, no lo podemos dejar sentado en las ancas y hacerlo bajar. Y ese derecho supongo que lo tiene, porque por algo el CPP lo dejó subir, porque si no lo tuviera no lo habrían dejado subir.

Y miren lo que resuelve el CPP Nacional. Fíjense ustedes que hay algo sobre lo que tendríamos que haber empezado, que es lo siguiente: tenemos un proceso con fiscal y querellante, llegamos a la etapa de juicio, el fiscal dice este señor es culpable; el querellante dice este señor es culpable, pido 5 años, es un defraudador, y el tribunal dice: absuelvo. Absuelvo porque el hecho es atípico. El hecho que es motivo de la acusación de la querrela y del Ministerio Público no encuadra en una figura penal. Es un simple incumplimiento contractual. Es un tema de derecho civil.

¿Se acabó la historia ahí? No. El Código, no yo, el Código, lo autoriza al querellante a interponer de motu propio y con prescindencia de que recurra o no el fiscal, un recurso de casación contra la absolución. Y bien puede el tribunal de casación decir: tiene razón el querellante, este es un hecho típico. Por lo tanto corresponde condenar, como es una casación sustancial, condeno. Discutiremos entre nosotros si le puede poner directamente la pena, o si reenvía. Pero lo real, cosa que nadie ha discutido, por lo menos no he oído que se discuta acá, es que se reconoce, pacíficamente, el derecho del querellante ¡a él sólo!, no con el fiscal, ¡él sólo!, frente, nada menos que a una absolución, que es una declaración jurisdiccional de inocencia o no culpabilidad, el pretender lograr que un tribunal superior la revierta gracias a su exclusivo impulso. .

Entonces digo, porqué nos preocupamos tanto porque si puede o si no puede apelar la desestimación de denuncia o el archivo o el sobreseimiento, o si puede acusar o pedir pena, si al final nadie discute que puede lograr por si solo revertir una absolución. Este es su derecho procesalmente reconocido: cuando un sujeto lo han hecho transitar todo el calvario del proceso, y un tribunal dice que no es culpable, el querellante lo puede hacer declarar culpable mediante el recurso contra la absolución, por cierto que si al tribunal de casación le parece justo que así sea.

Es cierto que, si empezamos desde el final del proceso hacia el principio, vamos a encontrar que la cuestión es fácil de solucionar lo de los recursos, fácil de solucionar lo del requerimiento de pena cuando termine el debate, más complicado de solucionar lo de la acusación y, más complicado todavía solucionar el tema de el impulso inicial o prosecución del proceso.

Pero yo digo que todas estas cosas, las más complicadas, pueden irse pensando en función de las menos complicadas. Y las menos complicadas son las que demuestran con mayor claridad me parece a mí, este poder que se le reconoce al querellante.

Desde otro punto de vista, de nada valdría decirle al querellante: “sí, mire, usted tiene derecho a que un tribunal resuelva si lo que a usted le pasó es un delito o no es un delito y a condenarlo al autor si no le dijéramos: “oiga pero fíjese, que para que un tribunal termine reconociendo esto, debe usted sortear con éxito una carrera de obstáculos, porque se lo va a reconocer en una sentencia, sentencia que tiene como presupuesto la realización de un debate, debate que tiene como presupuesto la acusación, acusación que tiene como presupuesto que se haya iniciado y desarrollado una acción penal”.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

Entonces, decirle: “mire, le reconocemos aquél derecho, pero no le damos atribuciones para intentar sortear cualquiera de estos obstáculos ” es una, por lo menos, picardía, una forma de negarle, indirectamente, el derecho que decimos que le estamos reconociendo.

Entonces, sintetizo, no los aburro más, con esto termino.

Si este señor el CPP lo deja subir en ancas en el caballo de la persecución penal, es por algo. Supongo que será porque cre que tiene un interés legítimo en hacerlo. Porque es él. No porque es un ciudadano cualquiera que por un interés cívico va a colaborar con la persecución, que sería un caso de acción popular. No, se lo deja subir porque es él, porque él afirma ser el damnificado o penalmente ofendido por el delito.

Entonces, ¿lo dejamos y en su caso hasta donde lo dejamos avanzar con el caballo de la persecución penal, si se nos baja el fiscal?. Si es que le reconocemos derecho a una sentencia que resuelva acerca de su pretensión penal, no tenemos más remedio que dejarlo transitar sólo durante los actos que el código procesal penal establece como presupuestos necesarios para que se pueda dictar esa sentencia, procurando que los tribunales competentes la habiliten, de alguna forma, ese avance.

Estoy absolutamente de acuerdo con todos los que han hablado en que este es un tema absolutamente opinable, es un tema que está deficientemente regulado en el Código Procesal Penal, que sería mucho más simple que estuviera regulado de otra manera. Entiendo todas las observaciones que se han ido planteando en el curso de lo que ha sido esta reunión. Aportes interesantes como el del Doctor Hendler, en donde pasa estos casos a una suerte ... como de acción privada, solución que admiten hoy día pacíficamente, vamos a decirlo, todos los que aceptan criterios de oportunidad. Porque cuando, en los proyectos, hay un fiscal que adopta un criterio de oportunidad y dice cesa la persecución penal, todos esos proyectos dicen hay que avisarle a la víctima, por si la víctima quiere seguir. Si la víctima quiere seguir, seguirá por vía de la acción privada. Pero le seguimos reconociendo derecho a la víctima. Porque es una acción pública, no es una acción privada. Se transforma la pública en privada, en virtud de un criterio de oportunidad.

Quizás, el argumento más fuerte, frente o en contra de lo que estamos diciendo, es que nos digan bueno, está todo muy lindo, pero falta la ley. No inventen, falta la ley. No interpreten, falta la ley. Porque si hubiera una ley que así lo estableciera, bueno, podríamos comentar o no la ley.

La ley no está completa, por lo que nuestras reflexiones tratan de ser una interpretación derivada de un sistema constitucional que creo yo revaloriza el rol de la víctima de acción pública en lograr su persecución.

Bueno, especial agradecimiento por la invitación, por la presencia, por la paciencia, y por el respeto por las opiniones que pueden no ser coincidentes. Sí quiero decirles que siempre tengo una especial carga cuando me toca hablar delante de jueces. Porque es fácil opinar desde afuera, es difícil en cada caso concreto intentar resolver darle a cada uno lo que le corresponde, que en el fondo es la justicia. Entonces, respetando esta condición de la mayoría, o de casi todos ustedes, les vuelvo a agradecer y con toda humildad plantearles cuales son mis puntos de vista. Pido disculpas por el uso del pizarrón, muchas gracias.



### **VIII.-Debate final entre panelistas y público.**

**Público.-** Le quiero hacer una pregunta ya que tenemos la suerte de tener dos coredutores del anteproyecto del Código Penal al Dr. Hendler y al Dr. De Luca. Conecto lo último que dijo recién el Dr. Cafferata... el Dr. Langevin, en brevísima síntesis, dijo que nos podemos llegar a quedar en algún momento sin fiscal y qué hacemos con el tema excarcelación y demás, eso por un lado. Por el otro lado, el anteproyecto plantea criterios de oportunidad, en los cuales como bien planteó el Dr. Cafferata, la acción pública se transforma y queda en manos de la víctima. Me gustaría ver qué pasaría frente a los criterios de oportunidad que introduce el anteproyecto, cuándo podría darse el caso bueno, que el fiscal decida cesar en la persecución penal.

**Dr. De Luca.-** En .... creo que es el artículo 49, no porque sea un gran memorista, sino porque me fijé eso ayer- el número-, que se prevé en el anteproyecto esto, como hay algunos códigos de provincia que también están trabajando sobre esta idea y proyectos múltiples, no es ninguna creación... notable, es la recepción justamente de un principio ya asentado a nivel de *lege ferenda*, sigue la víctima como si fuera una acción privada... y en cuanto a cómo sigue el procedimiento, ese no es un asunto del Código Penal, primera cuestión. En cuanto al problema material que vos estás planteando es... que esto que estamos hablando aquí son derivaciones de análisis constitucionales que empieza a hacer la doctrina y que termina en algunos fallos de la Corte que son los que han movido todo este problema. Los fallos de la Corte como dije yo en mi breve exposición, no hacen derecho procesal, hacen derecho constitucional, y si el legislador no cambia la ley, no modifica, no llena aquel vacío que deja una declaración de inconstitucionalidad, no tiene solución el problema.

**Jueza María Laura Garrigós (público).-** Quiero aprovechar que están, fiscal, defensor de tribunales orales, y colegas de tribunales orales porque en realidad, mi inquietud tiene que ver con cómo funciona esto después, en el juicio, ¿no?. Nosotros seguimos, supongamos, así como estamos hoy, llevamos el querellante a juicio sólo, en soledad, sin fiscal. Llegamos al juicio y, por favor Langevin ayudame, la defensa pide la *probation*, que no sería nada extraño y hoy cada vez más tribunales están pidiendo la *probation*, y ahí, Dr. Cafferata, ya no tenemos a la víctima y al fiscal en el mismo caballo, porque por el 76 bis del código, el fiscal tiene una opinión vinculante, y en el 76 bis, la víctima sólo viene a la acción civil. ¿Y entonces?. ¿Qué hace el tribunal oral sin querellante, con una defensa pidiendo la *probation* y una víctima oponiéndose, se podría oponer?, ¿podría subrogarse en esta opinión vinculante del fiscal?, siendo que el 76 bis no le da este carácter. No sé, digo, ¿cómo solucionamos esto?. Claro que para la defensa no podría, pero ¿los que no son defensa?.

**Dr. De Luca.-** Yo te doy mi opinión como fiscal de juicio, creo que no habría ningún problema en que...

**Dra. Garrigós.-** Pero vos no estarías Javier

**Dr. De Luca.-** No, es que, el problema es el siguiente: el fiscal no puede no estar. El fiscal tiene que estar para controlar los actos, y si no puede llevarse a cabo un acto sin que



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

esté el fiscal ... el problema de “Quiroga”<sup>5</sup> es que al fiscal se lo obliga a opinar en un determinado sentido, no que se lo obliga a estar o no estar. Es un problema constitu(cional) de poderes que se traduce en una lesión ... juicio por imparcialidad y por violación del debido proceso, éste es el problema. Cómo nos arreglamos después, no sé. Pero bueno, entonces, si el fiscal debe estar presente en un acto, ejemplo la *probation*, debe estar presente en la audiencia y opinar en consecuencia. Lo que no puede hacer es obligarle al fiscal a opinar de una determinada manera. Así como los jueces, uno podría decir que los jueces lo están implícitamente obligando al fiscal a opinar de una determinada manera cuando le anulan un dictamen. Y es correcto que los jueces anulen dictámenes. Porque ese es el poder de decir el derecho. Los fiscales no tenemos ese poder, si no es una locura, independencia del Ministerio Público no significa eso. Entonces, el Ministerio Público tiene que estar presente allí y, bueno, y tratar de realizar “Quiroga”<sup>5</sup>, entre comillas, de alguna manera.

**Juez Mario Filozof (público).**- Completando la pregunta de Garrigós, yo entiendo que se puede estar a los efectos de controlar la legalidad de los actos, pero no puede oponerse, como dice el 76 bis actual por lo menos, a esa *probation*, según la posición que te explicó Garrigós, no puede oponerse cuando dijo que no es delito. ¿Cómo se puede oponer a la *probation*? O sea, ¿qué puede decir de la *probation* cuando dijo ayer que no era delito? o..., hasta diría que está prevaricando casi.

**Dr. Julio Maier.**- “Per jodere” es otra (risas).

**Dr. Filozof.**- Claro, yo entiendo que tenga notificación con toda la legalidad, pero no puede tener opinión, por lo menos encontrada con esa *probation*, entonces es una *probation* de oficio.

**Dr. De Luca.**- La opinión del fiscal en la *probation* ya está signada por una instrucción general de Procurador General.

**Dr. Filozof.**- Claro, pero no es ley.

**Dr. Javier De Luca.**- Los fiscales que dicen, que meten criterios personales al respecto, esencialmente para denegar *probations*, nuestros colegas, especialmente para denegar *probations*, están diciendo cosas que no dice la instrucción general del Procurador General, del anterior y del nuevo. Entonces acá ya hay un problema, el control de legalidad se circunscribiría a ver si el imputado hace el pedido y se dan las condiciones personales y objetivas del 76 bis y siguientes del Código Penal y de la instrucción general del Procurador General. Pero...él opina sobre este tema, no sobre la culpabilidad, porque en la *probation* no se discute esto. En el juicio oral no opina sobre la culpabilidad de una persona, toma café, es la doctrina que dije antes yo. Marta otro café se llama. Y bueno, si hay una cuestión de orden público, una nulidad, una incompetencia, si el querellante le pone una pistola en la cabeza al juez, bueno todo esto controla.

**Público.**- (ininteligible) (risas) (ininteligible)

**Dr. De Luca.**- Bueno, excarcelación no se como...

**Público.**- (ininteligible)

**Dr. De Luca.**- Es totalmente..., no está, no, es que es una laguna...



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

**Dr. Cafferata.-** Yo, yo voy a... a tratar de completar. Primero, no dije que no hubiera dificultades, yo creo que está lleno de dificultades. Ahora, yo digo, ¿no?. Un juez dicta sobreseimiento, el fiscal apela, la cámara dice: tiene razón el fiscal, es delito. ¿Qué hace ese juez?. ¿Qué hicieron ustedes cuando la cámara les revocó un sobreseimiento?. Siguen para adelante, ¿sí?. A pesar de que tenían una opinión expresa y fundada anterior. Entonces el argumento de que porque antes dije que no era me va a impedir en el futuro decir que sea me parece que es un argumento, discúlpenme, relativo. No me parece un argumento absoluto. Porque si así fuera, tendrían que apartarlo al juez de instrucción que dictó y que otro juez vuelva a ver si tiene razón o no. Entonces...

**Dr. Maier.-** (ininteligible)

**Dr. Cafferata.-** Bueno, bien. Yo le decía a Sabrina, soy forastero acá, soy... no conozco, me enterado de lo que pasa a través de lo que he leído. No me parece que sea para tanto, digo, a ver, yo creo que hay dificultades, muchas dificultades, entonces mi pregunta es: para evitar que tengamos dificultades de trámite procesal, ¿no le vamos a dejar al querellante el derecho a que un tribunal diga si es o no delito lo que a él le ha pasado? Esa es la pregunta. La existencia de problemas procesales como éste de la *probation*...

**Dr. Maier.-** (ininteligible) 50 personas (ininteligible) no importa quién es

**Dr. Cafferata.-** Esta bien, y...

**Dr. Maier.-** Pero por qué si se lo dice allí, y la Corte piensa que esto es inconstitucional, de dónde han sacado...

**Dr.- Cafferata.-** No, porque, porque no es...

**Dr. Maier.-** Que la Constitución establece algún sistema, **algún sistema penal**, no establece ninguno. Pudo haber sido la acción pública, pudieron haber sido todas acciones privadas, pudo haber sido una mezcla de ambas, lo que usted parece que pretende, es decir, yo lo único que pretendo es algo que vos dijiste, algo que vos dijiste, vos dijiste: en qué se diferencia que un individuo pueda querellar por calumnias e injurias y que pueda querellar por un homicidio o un delito de acción pública. Sí, se diferencia muy claramente, la diferencia en sí, en sí, quizás no exista, pero se diferencian porque la ley hace diferencia, en el homicidio o en cualquier delito de acción pública precisamente declara que hay, por alguna razón que no me toca a mí definir, ¿o eso también es inconstitucional?, porque declara que estos delitos son de acción pública, y en el otro son de acción privada. Lo que yo veo con cierta simpatía el dibujo de Pepe, es porque explica bastante bien qué es lo que pasa cuando se sube al caballo y se baja del caballo, ¿no es cierto?. Lo que pasa es que a veces se baja del caballo porque sostiene una opinión, no porque tiene ganas de bajarse del caballo porque está cansado, sino porque sostiene una opinión, sostiene que este hecho, por ejemplo, como tú dijiste, no encuadra en alguna figura de la ley penal, y entonces comparece el querellante, y dice: para mí sí encuadra en un artículo de la ley penal, y esto vale algo que vos también dijiste positivamente, acá da la impresión como cuando el querellante dice algo, nadie se le puede oponer, hay que ir para adelante, yo no veo por qué. Si la Cámara, el juez de instrucción o quien sea, quien la ley determine que tiene que hacer allí una decisión le dice al querellante: mire, tiene razón el fiscal, esto no encuadra en



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

una ley penal, tomar agua no es delito, por ejemplo, así que yo no voy a ... no vamos a perder el tiempo con esto, porque yo, que tengo competencia para esto, y es un tribunal que se lo está diciendo. De alguna manera, el sistema que existe en otros códigos extranjeros, me refiero a la ordenanza procesal penal, **de alguna manera**, los tribunales no son organizados de la misma manera, pero es idéntico. Cuando el fiscal resuelve sobreseer, que ésta es una potestad que tiene en Alemania el fiscal, el sobreseimiento es siempre formal, y la querrela se puede quejar, tiene dos motivos de queja, la primera es ante el fiscal superior, diciéndole: mire, el vago ese de su inferior no acciona públicamente y yo quiero que accione públicamente, entonces el superior puede solucionar la cuestión sin demasiada sangre, cambiando al fiscal, o diciéndole: mire, me hago cargo yo del asunto, o diciéndole: mire, usted va a cumplir con su deber, así que me hace el favor, inicie la acción penal pública, ¿no es cierto?. Ésta es una de las formas, y la otra forma, si así no obtiene, si así no obtiene satisfacción, es acudir ante un tribunal, para que ese tribunal lo obligue a ofrecer la acción penal pública. Ese tribunal no es como acá la Cámara, es un tribunal especial, pero esto es una cuestión de organización judicial, a lo mejor eso se puede solucionar. No es... y este tribunal lo único que dice es: tiene razón este... la víctima directamente es, o **no tiene razón**, y tiene razón el fiscal, esto ni por broma es un delito, constituye un delito, razón por la cual no vamos a seguir ni por broma adelante con el procedimiento, y esto es darle satisfacción a la querrela del derecho a acudir ante un tribunal pidiéndole precisamente que diga que, ¿o el querellante nos va a obligar a ir hasta el final?, esto es lo que me pregunto yo, si ...

**Dr. Cafferata.-** ¡Yo le contesto...!

**Dr. Maier.-** No no, vos me podrás contestar, pero esperá, si la víctima va a tener el derecho, entonces es lo que vos decís, la víctima, y por qué no en la sentencia, ya que puede contra el auto de desestimación, ya que puede contra la decisión que, de alguna manera, no va a haber juicio público, no abro juicio público, por qué va a poder entonces absolver, si la víctima sigue insistiendo que... es decir, si somos consecuentes, al final y al cabo pasa lo que vos sospechaste al principio, parece ser que a la víctima nadie le puede decir que no directamente. Entonces, teóricamente, en algún momento va a recibir esa satisfacción, yo no creo que sea así, yo creo que...

**Dr. Cafferata.-** ¿Puedo hablar?

**Dr. Maier.-** Yo respeto el derecho de ir ante un tribunal, pero el derecho de que la víctima respete lo que va a decir y el tribunal también.

**Dr. Cafferata.-** Mire, había un personaje que decía: “satamente todo lo contrario”. Bueno, lo que yo he dicho es exactamente lo que Maier ha dicho que yo no he dicho.

**Dr. Maier.-** No, yo no he dicho nada

**Dr. Cafferata.-** No, sí, porque me estás alzando con el dedo ...

**Dr. Maier.-** (ininteligible)

**Dr. Cafferata.-** Les aviso que es un clásico esto, que venimos, cada vez que nos juntamos, siempre tenemos la misma discusión...

**Dr. Maier.-** No no, si yo sólo quiero escucharlo de tu boca

**Dr. Cafferata.-** Quiero... yo lo que digo es esto, a ver, a ver



**Público.-** (inentendible)

**Dr. Cafferata.-** A ver, yo lo que digo es esto, yo lo que digo es esto: no puede ser que por obra exclusiva del fiscal que se baja del caballo, no haya para el querellante la oportunidad de que **algún juez** le diga que tiene o no derecho a seguir, si es durante la instrucción, a pedir el juicio, si es en la etapa intermedia, o a obtener una sentencia si es en la etapa del juicio. Algún juez, no he dicho que el querellante pueda pasarse por encima toda la etapa y plantarse en un tribunal de juicio a pedir. O sea, en definitiva, lo que digo es que un fiscal no puede ser un instrumento que impida que un órgano jurisdiccional, en el momento procesal en que se produzca la bajada del caballo, impida, con la sola bajada del caballo, que un tribunal diga: señor querellante tiene razón. O, señor querellante, **no tiene razón**. Eso es simplemente lo que yo planteo.

**Dr. Maier.-** (inentendible) esto nos lleva a los dos a opinar que realmente ese artículo 348, más allá de si nos gusta o no políticamente que sea ese el tribunal, ese artículo 348 de alguna manera ha lesionado la constitución, de tal manera que ya no existe más, porque esto es lo que parece ser con el fallo “Quiroga”<sup>5</sup>, ese artículo 348 corre porque, es decir, un juez, frente al desistimiento del fiscal ...del ministerio público, y la continua actuación del querellante en pos de la sentencia condenatoria, se va a someter esto a un tribunal que le va a decir si este señor querellante, víctima, como sea, puede seguir, o tiene derecho al juicio público o no, y esto me parece hasta políticamente correcto, y no me parece que esto, esto para terminar este problema, no me parece que sea atentar contra la independencia del Ministerio Público o cosa por el estilo, como ha dicho la Corte.

**Dr. Filozof.-** Yo tengo una pequeña duda que les pido que me esclarezcan. Supongamos que esta bajada de caballo es *in limine*, cuando todavía nada se investigó, ¿quién va a investigar, la querella?

**Dr. Maier.-** Se le ha dicho (ininteligible) tiene derecho a apelar, tiene derecho a utilizar los medios que la ley procesal le da para conseguir una resolución judicial...

**Dr. Filozof.-** Maier, perdón, la pregunta es que estamos haciendo que un juez actúe investigando siendo juez, cosa que ya todos estaríamos de acuerdo en que no podría, me seguís el razonamiento, o sea, lo que digo es, se convierte en investigador y juez. Si es al principio del proceso, cuando el juez investiga, se convierte en fiscal y juez. Es lo que estamos desde tiempo, hace poco, todos de acuerdo en que no debe ser. Entonces, el gran problema de la querella, me parece a mí, también se da en la parte “in liminar”. Podrá pedirle a alguien, no se a quién, que investigue, y si el fiscal se bajó del caballo, ¿quién lo va a investigar?. Si estamos dividiendo funciones. ¿O ahora el juez va a hacer la función investigativa y de juzgador también? Digamos, me parece que retrocedemos.

**Dr. Maier.-** Eso es un problema práctico del Código Procesal...

**Dr. Filozof.-** Me parece que es más que práctico, perdón...

**Dr. Maier.-** (No darle) al juez la posibilidad de la investigación es un problema que no se puede solucionar, o también sobre eso vamos a...

**Dr. Filozof.-** Claro, ese es el inconveniente que yo le veo a esto

**Dr. Maier.-** Vos dices si durante la investigación



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

**Dr. Filozof.-** No, *in limine*, hay una denuncia que hay que investigar, vista al fiscal y el fiscal dice: esto no es delito.

**Dr. Maier.-** Y el juez dice tiene razón (inintendible)

**Dr. Filozof.-** No importa lo que diga el juez, supongamos que el juez dice...

**Dr. Maier.-** Tenés razón, no vamos a hacer nada

**Dr. Filozof.-** Claro, pero ¿quién lo investiga?, ¿hay que apartarlo al fiscal? Ese es el tema.

**Dr. Maier.-** A veces no puede investiga nada, por qué hay que investigar algo que ... que carece de uno de los elementos del delito...

**Dr. Filozof.-** (inintendible)

**Dr. Maier.-** Eso lo puede apelar, tanto el fiscal como el querellante particular (inintendible) alguien, algún órgano judicial va a decidir quién tiene razón.

**Dr. Hendler.-** Yo solamente quiero compartir una opinión, como no es muy frecuente que mi amigo Julio Maier y yo estemos de acuerdo, esto es un acontecimiento que no puedo dejar de señalarlo.

**Público.-** (risas)

**Dr. Hendler.-** Efectivamente yo dije que compartía muchas de las cosas que había dicho la Corte Suprema en esta materia, pero sí aclaro que no veo esa declaración de inconstitucionalidad del artículo 348, siempre me pareció... superflua. Me parece que es como decía Julio Maier, se podrá estar de acuerdo con el mecanismo que estableció el código nacional o no, se podrá buscar otro mejor, pero que allí no hay en juego ninguna garantía fundamental está claro, y que si vamos a contemplar desde el punto de vista garantizador qué es más garantizador, quién tiene que revisar la decisión de llevar a juicio o no, si un tribunal colegiado imparcial, o un funcionario jerarquizado del Ministerio Público, me parece que es más garantizador que sea un tribunal. Pero de todos modos son dos mecanismos, ninguno de los cuales yo veo que tenga ningún choque con ninguna norma constitucional. Son mecanismos de filtro que todos los sistemas procesales tienen antes de llegar a juicio, que pueden estar en manos de una cámara, puede estar en manos de un tribunal distinto, de procedimiento intermedio, pero lo de que haya una sustancial inconstitucionalidad en el mecanismo de consulta del artículo 348, siempre me pareció algo sumamente superficial, nada más.

**Juez Marcelo Lucini (público).-** Una duda que tengo, un temor y una duda tal vez, fundamentalmente en la forma de bajar del caballo. El fiscal generalmente lo va a hacer postulando una desestimación, pidiendo un sobreseimiento. El fiscal generalmente lo va a hacer a través de un pedido desvinculatorio, una desestimación, un sobreseimiento. Mi temor es por la querella, que generalmente, lo que hasta un momento determinado del proceso fue algo típico y antijurídico, de pronto va a dejar de serlo, dar sus explicaciones, ya no va a ser delito, va a operar el 1097, y hasta ese momento del proceso, que no sabemos en que instancia está, hay una persona detenida. Esa forma de bajar del caballo es lo que realmente para mí es un temor y una gran duda. El fiscal va a hacer una construcción jurídica normalmente al bajar, el querellante va a dar una simple explicación, o ninguna.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

**Dr. Hendler.-** (inentendible)...no tengan a ninguna persona detenida... (risas)

**Dr. Lucini.-** Bueno, esa puede ser la ..., volvemos un poco a la diferencia entre las acciones privadas...

**Dr. Hendler.-** (inentendible) detenerlo antes de la sentencia

**Dr. Lucini.-** No siempre es fácil tampoco

**Dr. Hendler.-** No no, pero me parece que ...

**Dr. Lucini.-** Por eso cuando hablábamos de los delitos que dependían de acción privada, que generalmente pueden tener una connotación distinta a uno de acción pública como un homicidio y demás, es decir, en realidad...

**Dr. Hendler.-** En realidad, yo leyendo la Constitución encuentro que dice: nadie puede ser penado sin juicio previo, entonces yo creo que cuando alguien está preso antes de un juicio, alguien me tendrá que explicar cómo hacemos para sortear ese artículo de la Constitución.

**Dr. Lucini.-** Si doctor, y lo... eso lo explicamos...

**Dr. Hendler.-** Yo te admito que puede haber excepciones...

**Dr. Lucini.-** Eso lo explicamos a diario, pero no...

**Dr. Hendler.-** Pero me parece que el punto de partida es este, por qué tenemos que tener a alguien detenido antes de una sentencia.

**Dr. Lucini.-** Si, en eso estoy de acuerdo también, pero no respecto a lo otro...

**Dr. Hendler.-** Entonces una vez que resolvemos esto vamos a resolver la otra situación.

**Dr. Lucini.-** En eso estamos de acuerdo, el tema es

**Dr. Juan Cicciano.-** Marcelo... inclusive...

**Dr. Lucini.-** Incluso lo habíamos hablado hoy

**Dr. Cicciano.-** Lo habíamos hablado hoy, si. Más allá de la solución ya visceral que propone Hendler, digo... como hipótesis, ¿no? podría crearse la posibilidad a nivel reglamentario procesal en los supuestos de excarcelación de brindar la posibilidad mucho más flexible para el juez de liberarlo en ese caso, ¿no?. Pero de todos modos no creo que hasta ahora los supuestos de querrela autónoma no han venido por ese lado.

**Dr. Javier De Luca.-** No, pero el tema es, si un fiscal pide la absolución antes de la sentencia, ¿se concede la excarcelación o no del 317?. Bueno, si un fiscal pide sobreseimiento es lo mismo, entonces está previsto en la ley, el problema es la bajada constitucional de... o las pautas constitucionales que se van diciendo en la Corte o la doctrina más autorizada a la letra de la ley. Está previsto ese supuesto de excarcelación, y tanto es así que la parte querellante deberá actuar en este caso excitando la jurisdicción de los tribunales, o como quiera llamársele a esto, casi como un actor privado. Eso también soluciona el problema de la investigación del juez de instrucción investigador. Y en cuanto al supuesto que planteaba el Dr. Maier, no fue declarado inconstitucional por la Corte. Si el fiscal pide el sobreseimiento, el problema es...

**Dr. Maier.-** ¿Qué cosa?



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

**Dr. De Luca.-** El 348, no fue declarado inconstitucional por la Corte cuando el juez está de acuerdo con el fiscal, es decir, cuando lo único que queda es la querrela, se puede ir en consulta a la Cámara, para que la Cámara diga si la querrela puede seguir.

**Dr. Maier.-** ¿Y? qué pasa si dice: sí, puede seguir.

**Dr. De Luca.-** Va a juicio con la querrela, porque...

**Dr. Cafferata.-** Es distinto, estamos confundiendo situaciones, si me permiten. Una cosa es que el fiscal pide sobreseimiento y el querellante acuse y que frente a la acusación del querellante la Cámara diga: tiene razón el sr. querellante, pase a juicio, ¿sí? Y otra cosa distinta es que, saquémoslo al querellante, y hay un fiscal que dice: pido el sobreseimiento, el juez no está de acuerdo, va a la Cámara, y la Cámara dice: ¿saben qué? Esto tiene que ser juzgado. Esta decisión de la Cámara de decir: a pesar de que los fiscales no acusen, yo creo que tiene que ser juzgado, es un acto que tiene **olor** a acusación, olor, tiene olor a acusación. Dice: el fiscal no quiere acusar, pero yo sí. Entonces mando a otro que acuse. Yo creo que ahí es donde radica la inconstitucionalidad que el fallo este de la Corte tan mencionado se finca, ¿sí?. En ese punto, no en el otro punto. ¿Qué creo yo en el otro punto? Que está mal resuelto. Porque sí, frente a la acusación del querellante, directamente tiene que intervenir la Cámara, ¿el imputado qué?. Frente a la acusación del querellante, lo que debería hacer el juez, en lugar de elevar a la Cámara, es correrle vista a la defensa. Que la defensa se oponga si quiere, y resolver entre el pedido de acusación del querellante y el pedido de sobreseimiento de la defensa, y resolver. Si resuelve: vaya a juicio, pues irá a juicio. ¿Cuál es el argumento por el cual se dice que no hace falta esto? Porque el auto de elevación a juicio es inapelable, en el sistema nacional. Entonces para que le vamos a hacer correr vista a la defensa si el juez va a dictar un auto que no es apelable por la defensa. Bueno, es un argumento.

**Público.-** (Tiene derecho a) expresarse

**Dr. Cafferata.-** Tiene derecho a expresarse, es un argumento, pero en definitiva son dos situaciones, respecto a esta segunda situación que es la que estamos hablando ahora, la Corte en todos estos considerandos con esos votos mayoritarios y minoritarios que es imposible saber si es la opinión de la Corte, si es la opinión de un vocal, aunque todos resuelven igual, para colmo un fallo así, porque... El otro día estuve discutiendo con un amigo y me decía: no, pero eso lo decía Maqueda, no pero eso lo dijo Zaffaroni, vamos a la computadora, busquemos en la computadora, 400 páginas, buscar, buscar página 40... Fuera de eso, yo creo que son dos cuestiones distintas, entonces, el hecho de que si, saquemos al querellante, el fiscal titular de la acción pública dice: pido el sobreseimiento, el juez dice: no, esto tiene que ir a juicio, vaya a la Cámara, y la Cámara dice: sí, tiene razón el juez, esto tiene que ir a juicio, acuse señor fiscal, tiene pinta de que se mete en la acusación. No lo he estudiado a fondo, pero pinta tiene que se mete.

**Dr. Henderl.-** Hay una diferencia entre pedir y ordenar. La Cámara quiere ir a juicio, pide, no condena. Después el que juzgue decide qué va a mandar.

**Dr. Maier.-** (ininteligible) el control de la legitimidad de los actos del fiscal la realiza normalmente los tribunales, lo mismo rige para la absolución, yo creo que es un total error cuando el fiscal pide la absolución al final, yo creo que en verdad el tribunal de juicio



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

puede condenar, pero bueno, este no es el problema de hoy, la idea mía es que en este sentido resuelve un problema, que la ley pudo resolverlo de otra manera con otros fiscales, creando un tribunal especial de acusación, bueno, pudo resolverlo de cien mil maneras, armando una cámara de acusación con varios jueces directamente traídos de cualquier lado.

**Dr. Cafferata.-** Puede hacer cámara, pero no de acusación, yo no conozco en el derecho comparado, pero vos debés saber más de derecho comparado, ningún tribunal que se forme cuando el fiscal no acusa.

**Dr. Maier.-** Si, en Alemania se forma un tribunal dentro del tribunal de casación, que es el tribunal ante el cual puede ocurrir el querellante, el que usted le llama el querellante, el ofendido, puede ocurrir el querellante pidiéndole que lo obligue al fiscal a acusar. Bueno, pero yo quería contar una paradoja que yo veo en toda esta discusión. La primer paradoja, no me parece importante, pero me parece risueña, yo hasta ahora comprendía las convenciones de derechos humanos como un favor que le hacían al imputado para que tuviera una vida un poco menos sacrificada, resulta que ahora es al revés, le crearon un querellante, le crearon que tiene que llegar a esto, le dijeron que no importa que no tenga razón, que se yo, es decir, pobrecito, le están tirando abajo todas las garantías que le crearon mediante, no sólo la figura del querellante, si no también la prescripción que no rige, ¿no es cierto?...

**Juez Mariano González Palazzo (público).-** Julio, yo me acuerdo, yo trabajaba con el Dr. Levene en la época del proyecto, y se hablaba de que no era un solo caballo el que había, eran varios caballos, en realidad el querellante tiene su propio caballo, el Estado a través de la aduana tiene su propio caballo, la DGI, de repente estábamos poniendo en inferioridad de condiciones al acusado, entonces no comparten el caballo, son varios caballos.

**Dr. Maier.-** Eso existe en la realidad, bueno, yo me acuerdo una anécdota en que intervienen Alfredo Orgaz y Sebastián Soler que está contada por escrito, así que ustedes la pueden leer, se discutía en el Código Penal, en el proyecto del Código Penal del '60, el problema de la inhabilitación para aquellos condenados de más de tres años, a prisión de más de tres años, lo mismo que existe en el código actual, y la necesidad de nombrarle curador. Y Orgaz decía: toda pena de privación de la libertad efectiva debe determinar la inhabilitación como incapaz civil de quien cumple la pena, hasta tanto por lo menos salga del encierro penal. Y después de discutir dos o tres veces con cincuenta mil argumentos, Soler le dice: mirá Alfredo, yo sospecho que estos pobres tipos que están presos por más de tres años te van a decir: yo le agradezco mucho Dr. Orgaz, pero le pido por favor que no me ame tanto.

**Público.-** (risas)

**Dr. Maier.-** Esto parece con el imputado también, el imputado les va a decir: yo les agradezco mucho que trabajen con las convenciones de derechos humanos, que tratan de beneficiar... pero les pido por favor que no me amen tanto, dejen las cosas como estaban. Existe todavía otro problema dentro del mismo tema que estamos siguiendo. Yo sé, esto sí me tenés que modificar lo que yo creo porque en mí es una creencia y en vos una



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

sabiduría. Acá la figura del querellante es un querellante que siempre va al frente, que siempre el caballo salta todos los obstáculos, vos que sabés, salta todos los obstáculos directamente, ¿sí?. Este llega, y salta, salta, es un jinete bárbaro.

**Dr. Cafferata.-** Vos no lo querés.

**Público.-** (risas)

**Dr. Maier.-** Intenta, intenta, pero le va bien, por el momento le va bien. Sin embargo está la figura que alguien dijo, creo que tú por allá, por ahí este jinete tiene miedo y no salta y se quiere bajar del caballo y por razones raras, por razones raras se quiere bajar del caballo. Por ejemplo, si el fulano realmente tiene una fe grande y una moral excepcional nos va a decir por qué se baja del caballo. Yo como defensor, si escuchara al final del procedimiento una absolución pedida por el fiscal, en el acto le pediría al juez que suspenda el juicio por unos instantes directamente y entonces le pediría al abogado del querellante si no podemos hablar dos minutos, y entonces le diría...

**Público.-** (ininteligible) Carrascosa (ininteligible)

**Dr. Maier.-** Claro, a eso voy a llegar. Por supuesto intentaría convencerle: mire, yo le reparo todo el daño que usted crea que ha sufrido por el hecho mío si usted coincide con el fiscal, y no le prohíbo que vaya y diga que es por esto, porque yo le estoy pagando el daño que le he causado. Bueno, ahí nos encontramos con dos absoluciones directamente, una por motivos no penales, sino porque le han reparado el daño o le entregan cierta cantidad de dinero, lo cual sería peor directamente. Y pienso en Carrascosa. En Carrascosa, las cosas que hubieran pasado si nos hubieran escuchado a nosotros directamente, porque ahí el fiscal, era el fiscal el que tenía el caballo que iba para adelante, iba para adelante, iba para adelante. Pero supónganse que hubiéramos tenido un fiscal de esos que no les gusta mucho que el caballo vaya para adelante, acá los ofendidos, entre comillitas si es que los había, los ofendidos, acá los ofendidos estaban en contra del fiscal, lo que querían era la absolución directamente, y trataban de allegar pruebas, es decir, la formulación del querellante no era para obtener una sentencia que diga si el individuo es culpable o no, sino para obtener una absolución. Esto me parece que se olvida también, se piensa siempre que el querellante va para adelante y va para adelante y se dejan afuera los casos como vos explicaste, en donde no nos gusta mucho las razones por las cuales un querellante se baja del caballo. El fiscal, al menos para no cometer prevaricato tiene que de alguna manera explicar razonablemente y conforme a derecho. Si uno piensa en cómo funciona el sistema penal, en cómo funciona el sistema penal, lo que se dijo acá, que se trata de un derecho humano de las personas a obtener en todos los casos una decisión, me parece al menos discutible. Vamos a suponer que sea un juez el que cometió prevaricato en un juicio donde yo le reclamo, o el Dr. Cafferata me reclama a mí, para no incurrir en el reproche.

**Público.-** (ininteligible)

**Dr. Maier.-** Exactamente, me pide a mí que le devuelva los 50 pesos que me prestó en el último congreso, ¿no es cierto?, y yo no se los quiero devolver, entonces me demanda. Y va el Dr. Cafferata y le dice al juez: te doy 25 si lo condenas a Julio directamente, eso también es un derecho humano, también el prevaricato en ese caso, por sólo ser obra de un funcionario público es la violación de un derecho humano. Esto es lo



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘*Santillán a Storchi TOC1*’”

---

que yo no entiendo, yo hasta ahora entendía la intervención de tribunales, no sólo tribunales excepcionales, sino al mismo tiempo con leyes excepcionales, entendía sólo para violaciones muy extendidas y sistemáticas del Estado, pero no cuando un agente del Estado comete un delito, un chofer del Estado, el chofer que yo tuve mientras era presidente del tribunal, atropella a una persona en la calle al irme a buscar a mí. ¿Eso también es la violación de un derecho humano? Comete un delito culposo porque por ejemplo pasa el semáforo en rojo y atropella a una persona, yo creo que en todas estas cuestiones hay reales exageraciones directamente, es decir, yo entiendo que haya ciertos, como dije cuando examiné el caso de “Barrios Altos”<sup>3</sup>, yo entiendo que existan masacres que determinen inclusive éticamente la imposibilidad de aplicar ciertas instituciones y, más todavía, creo que se desprende en buena parte dogmáticamente de la propia Constitución Argentina, no sólo de la actual, sino de la anterior también, los delitos del artículo 29 por ejemplo, pero... me parece una exageración decir que todo delito que se comete es un atentado contra los derechos humanos y por eso la persona que sufre el delito tiene el derecho humano de perseguir esto hasta una decisión que le diga: si o no culpable. Yo creo que tiene la posibilidad y me convence lo que explicó Pepe para homenajearlo a él, me convence...

**Dr. Cafferata.-** ¿Dónde está el grabador?

**Público.-** (risas)

**Dr. Maier.-** Pero creo también que todo esto debe ser medido racionalmente, no puede ser exagerado como yo veo con asombro que han hecho en los casos que yo nombré, “Storchi”<sup>6</sup>... y algún otro más, “Mena”<sup>7</sup>, y algún otro más, que debe haber muchos más, pero a mí me parecen que han sido exageraciones directamente, ¿no?. Bueno, no quiero hablar más.

**Dr. Cafferata.-** Yo quiero decir una cosa, lo del caballo quedó, no se va a olvidar ninguno del caballo me parece, y además: Maier me ha dado la razón, Sr. Presidente, Sres. jueces, para mí es un momento histórico este, yo me he pasado la vida dándole la razón, siguiendo sus enseñanzas, haciendo lo que él decía, y él por primera vez me da la razón, es un momento histórico.



**IX.-Una tarde con la víctima. Apuntes.-** Artículo del Dr. Julio B. J. Maier.

1. La CCC organizó el 12 de julio de 2007 un debate sobre la posibilidad y límites de la participación de la víctima en el procedimiento penal, dadas las múltiples sentencias dictadas por ese tribunal de apelación —e incluso por otros tribunales similares también competentes funcionalmente en materia penal y de recursos procesales— que se enfrentan argumentalmente y en la solución del punto, incluso a partir de fallos de la CSJN, parciales respecto de la solución del punto en debate, pero fundados en diferentes reglas o principios básicos de nuestra CN. Estos encuentros temáticos resultan ser un excelente mecanismo para conversar sin tapujos, claramente, problemas eminentemente prácticos, de la tarea judicial cotidiana, se halle o no se halle la justa solución que se pretende. Yo no escribo más sobre materia jurídica alguna, con la sola excepción de mi libro general sobre *Derecho procesal penal*, que pretendo concluir, razón por la cual este *apunte* se debe entender como el deseo de no pasar por alto aquello sobre lo cual tomé nota en ese encuentro y en su preparación, y de publicar mi posición respecto de los puntos que se trataron, desde mi óptica particular. Se entiende también que ya no leo, prácticamente, libros y artículos de esa materia, sino en la medida de aquello que me es estrictamente necesario para ejercer la profesión que todavía practico como juez o, mínimamente, en la medida de un interés particular sobre algún autor o escrito que me interesa, ya sea por razones coyunturales o otras más duraderas. Otros menesteres, que me divierten más que el Derecho, pero que requieren tiempo disponible para abarcarlos, incluso la lectura, pero de obras literarias, y un profundo pesimismo y frustración personal provocado por el Derecho penal actual, me han alejado del mundo jurídico y no me arrepiento de ello.

Pero no puedo sustraerme a ciertos convites, sobre todo cuando parten de gente amiga y de buena voluntad y, precisamente por ello, acepté la invitación de Mario Filozof y de María Laura Garrigós de Rébora para tomar parte en este debate. Como no he perdido el hábito de escribir, sino tan sólo el de escribir con citas y en cierto idioma encriptado al que se titula de científico, al día siguiente al del debate en cuestión me “picó el bichito” y me puse a escribir estos *apuntes* que no pretenden otra cosa que resumir mis impresiones acerca de lo que allí escuché y dije, incluso acerca de aquello que aprendí durante el transcurso del debate. Por ende, nadie hallará en estas pobres líneas las citas, tan molestas de escribir, pero también de leer, ni el énfasis propio de quien asume la certeza de estar en posesión de la verdad en un saber jurídico, ni la erudición que adorna ese tipo de saber. Por lo contrario, se trata sólo de comentarios acerca de aquello que allí escuché, sin pretensión alguna y, por ello, también sin pretensión de hallar eco en otros, aunque desde ya aclaro que está destinado a ser entregado, por un lado, a las personas mencionadas de la CCC y a su secretaria de jurisprudencia, Sabrina Namer, quien no sólo me proporcionó el material para que yo pudiera entender los problemas que debatirían, sino que, además, me trató en todo momento con cariño durante el transcurso del debate, todo a pesar de que siempre he sido calificado como huraño, gruñón y antipático por quienes me conocen. Espero, por lo demás, que mis colegas —especialmente uno de ellos que manifiesta su contrariedad ya no



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

tan sólo cuando critico su opinión, sino, antes bien, cuando previa aceptación de ellas le exijo algunas aclaraciones o cierto rigor lingüístico— entiendan que, como dije, no pretendo criticarlos, ni tampoco asumir sus posiciones, sino, tan sólo, comentar los aciertos y dificultades que rodean al tema.

2. Me parece que, desde el punto de vista didáctico, el caballo de Pepe Cafferata se llevó la palma: una metáfora sin par. Ella consta de un caballo, cuyo nombre es *persecución penal*, cuyo jinete, conductor principal, se llama *fiscalía*, y cuya “china” en ancas se denomina *víctima*, u ofendido por el delito, como descripción más genérica pero no exhaustiva. En efecto, como él dijo, la persecución penal es un caballo que, entre nosotros, dirige hacia su destino un jinete *principal* en los delitos de acción pública, la fiscalía. Ello es absolutamente cierto conforme al texto del art. 71 del CP y esa es también la razón por la cual toda persecución penal importa la necesidad de organizar un departamento estatal — se lo llame como se lo llame, entre nosotros ministerio público fiscal—, oficio que, en nuestro país, sigue el ejemplo del Derecho continental europeo. Empero, además, existe otro interesado en cabalgar conjuntamente, el ofendido por el delito, al que algunos reglamentos le permiten subirse al caballo de la persecución penal para ser llevado *en ancas*, como monta la “china” de un gaucho cualquiera. El problema se manifiesta en toda su extensión cuando el jinete principal decide no cabalgar más, bajarse del caballo; y ello puede suceder en diferentes momentos del procedimiento, al comienzo, cuando no tolera la *notitia criminis*, durante la investigación preparatoria, cuando requiere del juez el sobreseimiento de la causa y del imputado, si existe, al culminar ese primer período procesal con el mismo requerimiento, porque la fiscalía entiende que no debe acusar, o incluso durante el debate cuando, al finalizar, requiere la absolución. Es claro que, cuando el jinete —la fiscalía— desciende del caballo, no le ofrece las riendas a quien lo acompaña y, por tanto, la china queda en ancas de “Persecución penal” pero el caballo carece de conducción. El problema consiste en conocer si la “china” debe bajarse del caballo, cuando su gaucho no prosigue, esto es, al descender el jinete principal, o puede montarlo y proseguir la marcha en busca de una decisión judicial que dé satisfacción a su pretensión, como, según la opinión que estimo tiene el autor de la metáfora y, casi seguro, algunos otros que sostuvieron esa posición, resultaría justo en virtud de reglas generales y básicas sobre el acceso a la justicia, contenidas incluso en las convenciones regional y universal sobre derechos humanos (CADH, 8, n° 1; PIDCyP, 14, n° 1).

Para mí, todo lo dicho revela una imaginación y una capacidad didáctica fuera de todo cálculo y un acierto básico, pero, mal que le pese al autor de la metáfora, todavía falta decidir si puede tomar las riendas la “china” inmediatamente, sin gaucho que la acompañe, para conducir a “Persecución penal” hasta su objetivo final, la sentencia penal posterior al debate, y no cualquier sentencia, sino una de condena penal. Presumo que el imaginativo autor de metáfora tan valiosa opina que sí, pues incluso ejemplificó de la mano de la queja —recurso— contra la sentencia final que no acogió su pretensión condenatoria. Esta suposición provocó mi intervención final para intentar vanamente aclarar el tema, ya que



yo, seguramente más conservador que el autor, pretendía que la “china”, si era *justo* —si un tribunal considera injusta la prosecución de la persecución penal— el descenso del jinete principal, no siguiera adelante, sino que acompañara a su gaucho; ello veda el camino a la última estación por una decisión del dueño del camino —el tribunal—, todo para ahorrarle esfuerzo al caballo y evitar el congestionamiento del camino —ciertamente estrecho— del procedimiento penal en relación al número de caballos que pretenden transitarlo. Lamentablemente el autor, como ya ocurrió en otras ocasiones, se sintió molesto por mi intervención, que no pretendía ser crítica, sino excitar su aclaración, pues partía de una mera suposición de mi parte, que precisaba de una afirmación final para fijar posición. Como el autor no quiso o no pudo aclarar, lo hice yo. De este ejemplo tan didáctico extraigo como enseñanza que es correcto afirmar el derecho de cualquier persona a que, si acude ante un oficio judicial, éste trate su pretensión y la conteste positiva o negativamente. También el querellante tiene ese derecho, pero el derecho no involucra uno más amplio al desarrollo de todo un procedimiento penal sin que los jueces competentes para determinadas decisiones puedan, conforme a la ley, responder a su petición negativamente, vedándole conducir a “Persecución penal” hasta la estación final. No me parece que exista ninguna prescripción constitucional que vede explicarle a quien querella, que el hecho descrito no es punible, según los elementos que integran esa descripción, con lo cual el procedimiento penal carece de uno de los presupuestos para su apertura, y que, por ello, no se abrirá la vía judicial del procedimiento penal. Lo mismo ocurriría en el procedimiento de Derecho privado —civil y comercial— si la demanda pretende un objeto prohibido, como, por ejemplo, contraer un segundo o tercer matrimonio a quien ya está casado, no se ha divorciado y su esposa aún vive, aunque la pretensión estuviera fundada en costumbres distintas a las de nuestro Código Civil, respetables ellas como se respetan las distintas religiones en un ámbito de libertad. Así como hay acciones prohibidas —reclamar el divorcio vincular cuando no estaba permitido— en el sentido de que no pueden ser objeto de una actuación judicial, así también existen pretensiones penales injustas y no admitidas, como las fundadas en hechos que no son punibles. Tampoco existe prescripción constitucional alguna que le impida al tribunal competente para la apertura del juicio rechazar esa petición —acusación— porque no resulta seria, suficientemente fundada, acusación que, como acto procesal, es absolutamente necesario para seguir transitando con “Persecución penal” el camino del procedimiento judicial y claramente sometida a ciertas condiciones, que incluso abarcan la seriedad en la fundamentación. Y, por supuesto, no resulta inicuo el hecho de que la sentencia final, a contrario de aquello pretendido por el querellante, la condena, culmine el debate con una absolució pronunciada por sus jueces o con una condena más benigna que la pretendida. En estas decisiones, previstas por la ley para la oportunidad correspondiente, anida la contestación al ejercicio del derecho de acudir ante los tribunales del que es portador toda persona humana (capacidad de derecho). En definitiva, como también lo aclaró el mismo autor de la metáfora en otro tramo de su exposición, al derecho de pedir, el poder de decidir. Nadie tiene derecho a eliminar estos controles periódicos que establece la ley procesal penal con varias finalidades, entre ellas, evitar que, innecesariamente, progresen y lleguen a juicio asuntos poco serios o de los que,



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

de antemano, puede predicarse que no conducirán a una sentencia condenatoria y a una pena.

3. El problema que tratamos siempre se ha presentado entre nosotros de modo unilateral: la fiscalía, perezosa e inútil, como todo organismo burocrático, responsable de la impunidad —o, al menos, de la falta de una persecución penal efectiva—, y el ofendido, adalid justiciero, que *suple* su inactividad. La presentación del problema entre nosotros corre a contramano de una cuestión idéntica en el derecho comparado, sólo que dada vuelta, al revés, y esa contraposición constituye la primera paradoja del problema. En Inglaterra, por ejemplo —y calculo que para todo el Derecho anglosajón—, el verdadero problema para el órgano estatal de la persecución penal —en verdad, genéricamente, la policía (cf. BOVINO, Alberto, *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, en “Pena y Estado [Ministerio Público]”, Buenos Aires, 1997, Año 2, n° 2, ps. 35 y ss.)— consiste en lograr el concurso de la víctima para exponer la lesión de su derecho en el debate ante el jurado. La policía, órgano estatal que conduce regularmente la persecución penal en Inglaterra, no abriría un juicio ante el jurado si no obtiene anticipadamente el concurso de la víctima; si el ofendido no desea comparecer, sobre todo en el juicio, para apoyar a la persecución penal —por razones que no cabe definir ni criticar—, es seguro que ello determina el final de la persecución penal. He allí la primera paradoja: nosotros preocupados por la holgazanería del fiscal, que pretendemos curar con la actuación de la víctima; ellos preocupados por la falta de apoyo de la víctima a la persecución penal, que, ante el tradicional sistema de acusación personal, privada, pretenden curar con un órgano público que auxilie al acusador particular, con la policía o, más recientemente, con una suerte de fiscalía para ciertos delitos “demasiado públicos” (*Crowne Prosecution Service*, abreviado CPS [Servicio de persecución pública de la Corona]): dirigido por el *Director of Public Prosecution* [Director de la persecución pública]).

Yo mismo creí, originariamente, como otros, que la participación de la víctima se justificaba no tanto por su derecho a obtener satisfacción a pretensión alguna fundada en un derecho propio, sino, antes bien, como método para desperezar la modorra burocrática del oficio estatal encargado de la persecución penal pública, en cuyo poder se hallaba la importante tarea estatal de descubrir la verdad y perseguir penalmente, en su caso. Alguien me hizo notar, no hace mucho tiempo, en un homenaje a un amigo común, que ese fue mi error, que el libro sobre *los delitos y sus víctimas* (Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1992) o, mejor dicho, con comienzo en él, había desencadenado una tendencia político-criminal con final de *neopunitivismo*. Tengo que aceptar mi error político, pues nunca imaginé tamaño desarrollo, pero quiero recordar que, conforme al sistema —según veremos más adelante—, yo siempre pensé a la participación del ofendido como accesoria a la pretensión estatal (CP, 71) y, más aún, cuando intenté darle importancia básica, por aquello de que los bienes jurídicos tienen portadores de carne y hueso, con ciertos derechos sobre ellos, casi siempre disponibles para el portador, sólo creí auxiliar al autor, para que no sufriera el sistema penal más allá de lo razonable. Hoy en día la tendencia parece ser la contraria: el autor



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

*debe* sufrir el sistema penal y su consecuencia, aunque ellos resulten, en el caso, irrazonables como reacción (estatal o privada) al poder ser reemplazados por otro tipo de soluciones. Para ello, definir a la víctima como sustituto procesal, que suple la inactividad de la fiscalía y conduce al inculpado a juicio y condena, cuando el titular de la acción “abandona” la persecución penal —antes bien, la ejerce pero en favor del acusado—, es la meta de esta *autonomía*, declarada para punir en casos en los que el jinete principal se “baja del caballo” (ver CCC n° 21.229, “Storchi, Fernando s/ homicidio culposo” – Interloc. 5/116, res. 8/3/2004; CSJN, “Santillán, Francisco Agustín, s/ recurso de casación” – S. 1009. XXXII; Sala I, n° 29.787, “Mena, Pablo Jorge y otro s/ consulta 348 CPPN” – Interloc. 30/164, res. 19/10/2006, con resumen de consecuencias normativas; recientemente, en contra, Sala VII, n° 31.985, “Scandroglio, Lidia D. s/ falsedad ideológica” – Inst. 3/110, resuelta el 24 de mayo de 2007); por lo contrario, la intervención del ofendido no representa más a una rueda de auxilio para inculpado (cf. VITALE, Gustavo L., *Suspensión del proceso penal a prueba*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, § 3, ps. 13 y ss., y Cap. III, ps. 41 y siguientes). Esta advertencia y este arrepentimiento político nos conducirá como de la mano a la segunda paradoja.

4. Todos los fallos de esta tendencia conocidos, internacionales o nacionales, de nuestra Corte Suprema o de tribunales locales, provinciales o nacionales, hacen pie en los derechos humanos, antes bien, en las convenciones universal y regionales sobre derechos humanos (PIDCyP, 2, n° 3, y 14, n° 1; CADH, 8, n° 1) y se aferran a ellas para concluir, en favor de la víctima y en contra del imputado, en persecuciones penales obligatorias hasta su final, por inconsistentes que ellas sean material o temporalmente, y, peor aún, a pesar de la anulación de ciertas reglas de principio del sistema penal, tradicionalmente concebidas en beneficio del imputado y reconocidas en esas mismas convenciones, como el derecho a la duración razonable de la persecución penal, incluso fijada por ley (la prescripción de la acción), o el indulto o la conmutación de la pena. Así, los derechos humanos de la víctima interferirían con los relativos al imputado —habrían sido concebidos “per jodere” al imputado y a sus derechos, según una sentencia vulgar pero de increíble fuerza de definición—, de modo tal que su pretensión punitiva *debe ser* atendida siempre, aun cuando la ley la categorice como pública y el Estado no la asuma como razonable. Uno puede comprender que en casos de violaciones sistemáticas y extendidas (a gran escala) —tanto en el tiempo como respecto de las personas— de derechos humanos básicos, como la vida y la integridad física, por hechos atroces, repetidos sistemáticamente e indiscutiblemente gravísimos, de gran poder ofensivo, cometidos por funcionarios estatales en cumplimiento de un mandato se enjuicie una ley de auto-amnistía y se predique de ella, como excepción, que sólo intenta cubrir crímenes imperdonables de los funcionarios estatales que el Estado que los unge procede a perdonar, para no aplicarla en la ocasión (caso “Barrios Altos”<sup>3</sup> de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), pero hallar fuera de toda medida la fundamentación de ese resultado en una suerte de “fundamentalismo penal”, “rasgo característico del neopunitivismo” (PASTOR, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, en



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

“NDP”, Buenos Aires, 2005/A, ps. 73 y ss.), que erige a la pena y a la persecución penal, esto es, al poder penal del Estado, en un *absoluto*, radicalizando su funcionamiento como única y necesaria solución de un conflicto (de *ultima ratio* a *prima donna* y a *sola ratio* de la política social), máxima expresión de una medicina —al fin hallada por el hombre— que todo lo cura (“sanalotodo de todo problema social”). Sólo esa fundamentación a favor de las víctimas de aquellos hechos aberrantes, que prometía un paraíso de derechos para ellas, ya sin posibilidades de regresar de los sufrimientos a que habían sido sometidas, pudo dar ocasión a la desmesura del caso “Bulacio”<sup>4</sup> (cf. PASTOR, *ibidem*), sucedido entre nosotros. Allí, en ese caso único, individual, reconocido como hecho imprudente, no doloso, se dejó sin efecto, en homenaje a los mismos derechos de las víctimas —en este caso familiares del ofendido por el delito—, la institución penal de la prescripción, al menos un plazo razonable de duración de la persecución penal de origen legislativo. De ello se puede deducir, para nuestro apunte, que todas las defensas opuestas a la persecución penal y a la condena se tornan ilegítimas frente a los derechos de las víctimas. He allí la segunda paradoja: los derechos humanos, desde antiguo concebidos en materia penal como freno y límite para la persecución penal estatal y como razón de ser de su existencia legislativa, incluso universal, han involucionado hacia la despreocupación por ellos y frente a la medicina restaurativa de la pena, gracias a una suerte de “mesianismo penal” (Cf. PASTOR, *ibidem*) de los organismos internacionales y nacionales cuya función es protegerlos y de las organizaciones no gubernamentales cuyo objeto es su custodia. Todo esto en homenaje a las víctimas. A tal involución se la denomina *bilateralidad* (CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000, n° 3, c, p. 15 y ss., y nros. 5 y 6, ps. 43 y ss.): las víctimas poseerían, incluso, los mismos derechos y garantías que el sospechoso, que el autor y, quizás, que el penado, a pesar de que las situaciones por las que ellas y ellos atraviesan —por tanto, la adjudicación de derechos y de garantías a cada posición—, de manera evidente, no son parangonables (*nulla poena sine lege praevia*, estado de inocencia, *in dubio pro reo*, *nemo tenetur*, etcétera), ni siquiera comparables. Para colmo de males, la base legal de la fundamentación de la famosa *bilateralidad* sólo está constituida por una lectura ligera de los textos de las reglas mencionadas que, en el caso de jueces profesionales, orilla el prevaricato. Invito a quienes están preocupados por el tema tratado a leerlas con cierta atención: en unos casos el texto sólo quiere introducir remedios inmediatos para lesiones manifiestas de rango constitucional —por ende, sencillas de observar sin mayor acopio probatorio—, con el fin de restituir o reparar el derecho básico afectado lo más pronto posible, como el *habeas corpus* y el *amparo*, y, en otros, el texto no dice más que el derecho de demandar ante los órganos judiciales aquellas pretensiones que quien las invoca cree admisibles jurídicamente, fundadas en derechos que la ley le concede. De manera alguna existe una suerte de *derecho constitucional a la punición*, menos aún en cabeza de la víctima. Y este cambio de sistema, como si se hubiera dado vuelta la media, constituye, según se verá, la tercera paradoja.



5. Si el Derecho penal o, si se quiere, el poder punitivo estatal, reposa en algún fin, extraño a él, que lo justifique —único justificativo racional, pues no parte de él mismo, sino de una valoración social, extraña a él—, él es el evitar la venganza particular, principalmente del ofendido. Históricamente, el peculiar sistema de solución de conflictos de los germanos, una vez desaparecida la influencia principal y directa del Imperio y del Derecho romano, consistente —para cualquier materia jurídica de las hoy escindidas, válida entonces para aquello que hoy sería Derecho privado y Derecho penal— en enfrentar a ofensor y ofendido que, si no se avenían contractualmente a vivir en paz, comprometiéndose recíprocamente en un contrato (el hecho inicial constituía una *pérdida de la paz*), reñían o combatían entre ellos de múltiples maneras y formas hasta llegar al combate físico, para determinar quién conservaba la paz comunitaria y quién la perdía, debió ingresar en un cono de sombras una vez que se acentuó la desigualdad, el mayor poder de unos sobre otros (hoy sucede algo parecido con el Derecho privado y, por ello, el Derecho busca —el laboral como ejemplo— formas de restablecer la igualdad para el litigio). Es por ello que los relatos de la Inquisición inicial en el continente europeo, con la creación del Estado-nación (siglo XIII), no trasuntan otra cosa que un hálito de liberación, liberación de la injusticia y del poder de quienes lo ostentaban. Como siempre, los sistemas imaginados y aplicados por el hombre para trascender hacia la paz social acaban por desgastarse y mostrar sus hilachas. ¿Cuál sería el remedio?: en primer lugar, transferir el poder a una única persona y legitimar ese poder en cabeza del monarca, quien había triunfado en su lucha contra el poder feudal, a quien, por definición, se creía justo y a quien ese poder —nace la pena estatal en una organización social diferente a la anterior— le servía como medio de conservar su soberanía sobre todos los súbditos (*crimen lesae majestatis*; cf. BARATTA, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, en “Poder y control”, Barcelona, 1986, n° 0, ps. 77 y siguientes); en segundo lugar, variar el sentido de la aplicación del poder punitivo, esto es, construir el fin de la pena alrededor del intento de evitar la guerra entre los súbditos, de impedir la venganza y conservar la paz estatal, y, para ello, erigir a la verdad —correspondencia con la realidad— en fuente y sinónimo de toda justicia (cf. FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, 3<sup>a</sup> reimpresión, México, Ed. Gedisa, 1988, Tercera conferencia). Esa revolución social, política y jurídica, a la que desde el Derecho penal llamamos Inquisición, gobierna todavía hoy el sentido del Derecho penal. De allí la existencia del texto claro de nuestro art. 71, CP. De allí que los particulares, en especial el ofendido, cualquiera que sea su definición, no puedan gobernar a su gusto y paladar el poder penal del Estado ni la pretensión penal, que sólo corresponde, como *jinete principal*, al Estado por intermedio del órgano estatal predispuesto por la ley para ello. De allí que, cuando ese jinete desciende del caballo y desensilla, también baje el ofendido o su sustituto, y que sólo obligándolo a subir de nuevo para retomar el camino de la persecución penal pueda el ofendido acompañarlo en ese camino, en ancas de ese caballo. Entonces, cuando la ley procesal penal (CPP Nación, 348), ante la desavenencia entre jinete principal, que desensilla, y su acompañante, que desea ensillar de nuevo para proseguir, regula un cierto método o mecanismo para resolver el entuerto por un tribunal, no hace otra cosa que conceder al ofendido una instancia ante la cual conducir su queja. Se puede juzgar



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

el remedio como políticamente deficiente y proponer otro control distinto, pero mucho más allá no se podrá ir. La Ordenanza procesal penal alemana contiene un remedio más perfecto pero básicamente similar, la denuncia para obligar a la fiscalía a sostener la acción penal pública: en primer lugar, la víctima puede reclamar, por una suerte de recurso jerárquico, válido para cualquier organismo de la administración, la prosecución de la persecución penal y la promoción de la acción penal pública por acusación, frente a los superiores del fiscal actuante, y, en segundo lugar, la víctima que ha denunciado el hecho posee un recurso jurisdiccional ante un tribunal especial, por intermedio del cual es posible obligar a la fiscalía a promover la acción penal pública. Con ello dejo mi queja por la ligereza con que nosotros pronunciamos la palabra *inconstitucionalidad*, sobre todo en boca de nuestros tribunales superiores que, además, la *declaran*, cual si fuera una epidemia que trascenderá al futuro, fuera del caso juzgado y para un objeto distinto al de construir la regla aplicable a él, todo ello a pesar de la geometría ejercida por los seguidores acrílicos de la CSJN, para los cuales esa palabra trasciende el caso, a semejanza de la ley —textual en algunos fallos leídos para esta ocasión y en algunos expositores del momento—, quienes me aclararon que a la desaveniencia entre acusador público y particular no se extendía la inconstitucionalidad declarada por la CSJN en el caso “Quiroga”<sup>5</sup>, fuente original, con su antecedente, “Santillán” (*Fallos CSJN*, 321-2- ps. 2021 y ss.)<sup>1</sup>, de todo este desaguisado que comento a manera de ensayo.

Me pregunto: ¿cuándo habla nuestra Constitución del querellante y sus derechos?; ¿estipula ella, en verdad, algún sistema penal y, en ese caso, alguno en especial?; si así lo hace, ¿con qué nivel de detalle lo estipula como para poder afirmar que el sistema de ejercicio de las acciones peca por defecto? Busco un texto referido a este sujeto, por ende, no busco desarrollos lingüísticos rebuscados —en el fondo infantiles y confusos— sobre sus derechos, que los tiene, pero no por vía de confundir el sistema que la ley penal fija al establecer el sistema de ejercicio de las acciones (CP, 71 y ss.). Nuestro sistema penal es hijo del origen que antes establecimos y de los fines político-sociales fijados hace más de 700 años. Él sólo constituye un remezón del terremoto que significó su nacimiento revolucionario, remezón ocurrido básicamente en los siglos XVIII y XIX, con el advenimiento de la Ilustración, pues allí la ley penal, pese a conservar y perfeccionar el sistema, pasó a ser la *carta magna* del imputado o, si se quiere, del delincuente, al regular todas las limitaciones y fronteras que hoy conocemos para perseguir penalmente, para punir y para ejecutar la sentencia judicial de condena. Nadie ha sostenido, ni se va a animar a sostener en el futuro, que ese sistema, cuyo núcleo es el jinete principal y su caballo (CP, 71), sea lesivo de nuestra Constitución y, menos aún, lesivo de los pactos internacionales sobre derechos humanos. Me pregunto nuevamente: ¿el CPP Córdoba y sus subproductos provinciales o proyectos nacionales, que yo he criticado —políticamente— por no dejar espacio para cierta participación de la víctima, eran sistemáticamente inconstitucionales, sin que ilustres juristas se hayan dado cuenta en más de medio siglo? Al menos nadie sostuvo tamaña irracionalidad, ni la sostendrá para dar vuelta la media, con el objeto de que, una vez excluida la fiscalía, la persecución penal, por irracional que ella sea, no pueda



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

ser detenida antes del debate y la sentencia, si el ofendido insiste en ejercerla con exclusión del ministerio público (autonomía predicada). Al respecto, resulta posible pensar políticamente —*de lege ferenda*— que una ley penal futura traslade la persecución penal al ofendido en ciertos supuestos especiales —como en el que se produce cuando la ley autoriza a la fiscalía a prescindir, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones (*oportunidad*), de la persecución penal oficial—, pero aun allí la pretensión del ofendido insistente debería quedar sometida a todos los controles que la ley procesal penal establece para evitar persecuciones penales injustas por irracionales (por ejemplo, no se puede abrir el juicio sin tornar al menos plausible la condena del autor), ya sea por debilidad de la misma persecución penal o por acción del imputado (excepciones).

He allí expuesta la tercera paradoja: un sistema penal establecido por ley que, en origen, se edificó mediante la —como acostumbra a decirse— *expropiación* de derechos de reacción contra el injusto que, en el sistema precedente, pertenecían al ofendido, se ve conducido, sin modificación alguna en la ley penal que regula el ejercicio de las acciones, tan sólo por obra de la jurisprudencia de los tribunales que aplican esa ley, al destino opuesto contradictorio, mediante devolución de derechos y de autonomía persecutoria a la víctima o a su sustituto procesal; va de suyo que hablamos de los delitos que para los que la ley penal establece la acción pública (CP, 71). Esto equivale a decir que, sin modificación legal, la interpretación judicial alteró el punto de partida para arribar a otro destino. Algo más intelectualmente: el propósito antiguo del Derecho penal de evitar el combate *ofensor – ofendido* en la mayor medida posible, de impedir la venganza privada y, con ello, el uso de la fuerza y la violencia por parte de los particulares en la mayor medida posible, razón de ser externa de su existencia, es hoy rechazado por las modernas tendencias acerca de los derechos de las víctimas a la reacción penal —lo que equivale a decir: a la privación de libertad y a la cárcel para su oponente (¿a su muerte?), fines estos últimos redimidos por los sostenedores de la autonomía en cabeza de los ofendidos.

Me pregunto: ¿cómo se ve tamaña evolución ya no desde el punto de vista de la víctima, sino, antes bien, desde el atalaya de un observador objetivo, preocupado por el resultado material del cambio paradójico? Desde ese puesto de observación la cosa en principio no ha cambiado materialmente demasiado, a lo sumo se ha agravado para el procesado, como en muchos otros ámbitos del Derecho penal actual. Ahora ya no tiene un acusador a su frente, sino, en el mejor de los casos, la posibilidad de dos acusadores a quienes contestarles. Para resistir con éxito a la pretensión de ejercer el poder penal (¿estatal?) ahora debe vencer a ambos intereses, uno de los cuales —representado por la fiscalía— continúa limitado por el enrejado que trazan los principios de *objetividad, imparcialidad y lealtad* para su actuación judicial, mientras que el otro resulta totalmente abierto y, por ello, ilimitado. En efecto, la llamada víctima puede perseguir, incluso a inocentes, porque espera un beneficio económico, porque el procedimiento penal proporciona un medio sencillo —para él, por eso me parece admirable y risueña la solución que, como respuesta, esboza el camarista Dr. Hendler en “Grosskotf” (C. Nac. Penal Económico, sala A,



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

19/4/2007)<sup>91</sup>— y económico para obtener la satisfacción de un interés de Derecho privado, porque es la única forma de intentar olvidar o no olvidar el hecho o por cualquier otro interés, aun cuando irrazonable. Así también su ánimo de persecución finaliza cuando el interés que lo condujo a perseguir penalmente resulta satisfecho o colmado, aun cuando él no coincida con el fin propuesto por la ley penal; y de allí el problema de la primera paradoja, común en el Derecho anglosajón. Me pregunto nuevamente: ¿por qué desde esta atalaya, la escena penal no ha variado de sentido pese al cambio, y, por lo contrario, resulta más gravosa, en relación a la pena y al procedimiento penal, para quien los soporta? La respuesta es sencilla. Los autonomistas tienden una pequeña trampita: ellos denostan la mera respuesta oficial, no creen en el “jinete principal” con su china en ancas, fiel a él, y así le conceden a ella autonomía para querellar y acusar, y, aunque el jinete haya claudicado le entregan las riendas del caballo de la persecución penal al querellante; sin embargo, ellos se cuidan de concebir al querellante como autónomo y determinante cuando él decide no acudir al procedimiento penal y a la pena para solucionar “su” caso, cuando él decide no continuar por cualquier razón y se baja del caballo. En verdad, ellos se cuidan de entregarle todo el poder de decisión penal al acusador particular, según sucede en los enjuiciamientos acusatorios verdaderos (derecho anglosajón). Tampoco nosotros debemos temer que así suceda algún día, según avance esta cruzada y su desarrollo, porque nuestros partidarios de la autonomía representan un caso verdadero de *neopunitivismo* o, si se quiere, con el garbo lingüístico de un autor español, de “fascinación por la pena”, como lo ejemplifica nuestro “juicio abreviado”, eufemismo que sólo intenta esconder la desaparición del juicio público para sostener una condena penal, pues no resulta válido para absolver.

6. Es correcto afirmar que, conforme al art. 71 del CP, la fiscalía adquiere la categoría de *jinete principal* de nuestro caballo y que ello desplaza al ofendido a un papel secundario. La ley procesal debe regular con claridad sus facultades y no me opongo a que ella establezca consecuencias del obrar discordante del ofendido en el procedimiento respecto de las decisiones de la fiscalía. Resulta razonable que, si rige el *principio de legalidad* en la persecución penal oficial, el ofendido posea mecanismos para provocar su control judicial cuando la fiscalía, según su opinión, se aparta de ese deber. De tal manera no me opongo a que quien pretende acompañar a la fiscalía en la persecución penal recurra ante algún tribunal la desestimación de la *notitia criminis* o el sobreseimiento requeridos por la fiscalía, cuando ella, a mérito de sus fundamentos, resuelve no proceder, o no acusar o cercena el procedimiento penal antes de su mayoría de edad. Por supuesto, tampoco me opongo a que, en ese caso, la decisión judicial adversa a la fiscalía sea ejecutable, de la manera prevista por la ley. No creo que tal falta de oposición genere un caso constitucional según el art. 120 de la CN, pues, como su texto mismo lo expresa con evidencia, la autonomía del ministerio público no empece a su control, ni a la coordinación de su labor con el papel que cumplen otras autoridades de la República, en este caso los tribunales. En este punto sólo podría decir que la regulación legal es deficiente por escasa y poco



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

imaginativa; quizá el procedimiento administrativo y contencioso-administrativo provea mejores ejemplos.

7. Párrafo aparte merece el recurso del querellante contra la sentencia que lo agravia, ya porque él había requerido la condena y el tribunal de mérito absuelve al inculpado, o bien porque la condena resulta penalmente inferior a su requerimiento. Se comprenderá que, para mí, ello no representa dificultad alguna, porque tampoco admito el recurso acusatorio de la fiscalía. Varias reglas de principio de oponen a ese recurso: la que le impide al acusador una segunda o múltiple posibilidad de poner al acusado en peligro de soportar una pena (*ne bis in idem*), la que, para tornar accesible el recurso del condenado, prohíbe la *reformatio in peius*, si a esa regla, como corresponde, se le adjudica un valor material y no tan sólo formal, la que establece el *juicio por jurados* y sus instituciones procesales, opuestas por principio a un segundo o ulterior juzgamiento en disfavor del acusado, cualquiera que sea el error del primero (aquí sí sirve de modelo el Derecho anglosajón), y, en fin, la que establece el *derecho del condenado a impugnar la sentencia condenatoria*, impracticable si la ley común concede también recurso al acusador (cf. *Derecho procesal penal* [2<sup>a</sup> edición], Buenos Aires, 1996, t. I, § 6, E, 4, y H, ps. 632 y ss. y 705 y ss., y § 7, D, ps. 793 y ss.).

Quiero advertir, por último, que en mi postrer trabajo legislativo (no publicado) me pareció racional conceder un recurso al acusador, cuando él puede demostrar que la sentencia fue obtenida por prevaricato, o mediante cohecho, amenazas o coacción, esto es, cuando el vicio es idóneo para invalidarla como acto jurídico, siempre y cuando, como dije, él pueda verificar la existencia del delito doloso, aunque no le resulte posible perseguir a los autores y partícipes por razones fácticas o normativas.

8. Se me ocurre resumir todo de la manera siguiente: con el “ninguneo” y la exclusión del fiscal, en los delitos de acción pública, sin disposición legal alguna que lo autorice, les sucede a los autonomistas algo similar a lo que le ocurriría a quien pretendiera incluir a la fiscalía en la persecución penal de los delitos de acción privada, sin regla autorizante alguna. El reino del revés (María Elena WALSH) produce, en ocasiones, alguna claridad. Resulta ciertamente difícil, por no decir casi imposible y muy peligroso, pretender cabalgar en un caballo ajeno, sin el permiso y, más aún, contra la voluntad de quien lo posee y cuida, en pelo y sin riendas: éste es el imposible que indica, en verdad, el risueño fallo en minoría del camarista en lo penal-económico, Dr. Edmundo Hendler, y lo que puso de manifiesto mi colega de panel, el Sr. defensor Langevin, con todos los ejemplos prácticos —casi risibles— que enumeró en la exposición final de la mesa, en forma de preguntas para los autonomistas. A la manera de Sebastián Soler en su disputa con Alfredo Orgaz sobre la incapacidad civil del condenado a pena privativa de libertad, tengo la impresión de que, a la vista de los resultados, el protagonista por antonomasia del procedimiento penal y de la pena, quien sufre a ambos, rogaría para que no saquemos en el futuro conclusiones tan ligeras de constituciones y pactos internacionales nacidos para protegerlo; como dice el



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

autor citado, el personaje “clamaría que lo amáramos un poco menos” (SOLER, Sebastián, *Algunas cuestiones civiles en el Proyecto de Código Penal*, en SOLER-ORGAZ, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 44).



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOCI’”

---

**X.-Dúplica de Troya.-** Artículo del Dr. José I. Cafferata Nores

I.-Fui honrado con la invitación a la “1<sup>a</sup> Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia” sobre “*Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOCI’*”, prolijamente organizada por la Secretaria de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, el 12 de Julio de 2007.

Entre los varios expositores sobre el tema, se encontraba el maestro y amigo Julio Maier, quien acostumbra a corregirme “ipso facto” o “ex post facto” (o ambas cosas a la vez, como en este caso) cuando cree que me equivoco, argumentando -como una vez me lo expresara personalmente, creo recordar que en Paraná- que consideraba su deber hacerlo porque “*como hablo bien, convenzo al auditorio de mis errores*” (o algo parecido). Fiel a su modo de ser, en esta oportunidad también lo hizo, lo que lejos de molestarme, ya se me ha convertido en una costumbre tan interesante y entretenida, que extraño cuando no se produce.

No querría que alguien pudiera ver a estas pocas líneas como una contribución a un torneo de inútiles mordacidades. Solo busco ponerle, al igual que él lo hace, un poco de “buena onda” a una natural diferencia de ideas que, paradójicamente (sería otra paradoja, que se suma a las que indica mi autorizado censor) no debería haberse planteado con todos los alcances que parece tener, pero en la que me veo igualmente involucrado.

Secuencialmente, entonces, estas reflexiones vienen a ser una especie de contrarréplica, o mas precisamente, una “**dúplica**” (Cfr, Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. VI, p.305).

II.- Desprovisto de la astucia de Ulises para imaginarlo, sin la habilidad de Epeo para construirlo y careciendo de la ayuda cómplice de Sinon para convencer sobre la invencibilidad de quien logre ser su dueño, intenté apoyar gráficamente algunas reflexiones que estaba exponiendo en la “1<sup>a</sup>. Jornada”, borroneando –con muy poco éxito artístico, por cierto- con un marcador y sobre una pequeña pizarra, **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 al Ministerio Fiscal y el llevado en ancas al querellante.

Pero, para mi sorpresa, el improvisado mamarracho logró trasponer las murallas que fortifican la Troya de las decisiones de Maier quien, al verlo, no pudo resistir el impulso (lo “picó el bichito”, dice) de escribir un artículo para replicar algunas de las conclusiones que había intentado ilustrar con mi desprolijo dibujo (agregando además otras consideraciones, sobre las que declaro “inocentes” al figurado animal y sus “tripulantes”).

Sin yo buscarlo logré un privilegiado resultado, diríase que casi “preterintencional”, que por cierto no fue el relatado por Homero.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

Es que la imagen del equino y sus jinetes provocó la **quiebra de la decisión** de mi censor amigo -decisión por él confesada reiteradamente- de **no escribir mas nada** sobre el proceso penal que no fuera parte de la conclusión de su obra general sobre la materia.

Siempre es bueno para todos que Maier escriba: lograrlo (aunque lo haga para retarme) no deja de tener para mi un cierto sabor a victoria (Pírrica, me adelanto a pronosticar).

III.- La tan inesperada como privilegiada atención que le ha otorgado a mi mal trazado animal y a sus jinetes, favorecerá, me parece, la exposición de puntos de vista diferentes sobre las atribuciones del querellante de acción pública, cuando el titular estatal de ésta, o sea el Ministerio Fiscal, decida no poner en marcha “el caballo de la persecución penal”, o detener su avance o apearse de él, **negándose** a inciarla o a proseguirla – instando la desestimación o el archivo-, o a formular la acusación base del juicio público –instando el sobreseimiento-, o a requerir la imposición de una pena en su alegato al final del debate –pidiendo la absolución-, u **omitiendo** recurrir el sobreseimiento dictado de oficio o la sentencia absolutoria.

IV.- Para una mejor ilustración de quienes no estuvieron presentes en el evento científico aludido, lo primero que quiero dejar en claro es lo que **no sostengo**, por lo que **no me cabe** la réplica que ahora “duplico”.

1.- Aunque no sería necesario (-porque lo aclaré expresamente en la “1<sup>a</sup> Jornada”-, diferenciando el derecho de “pedir” -acordado al querellante- del poder de “mandar” -conferido a los tribunales-), frente a ciertas insinuaciones en tal sentido que allí se hicieron, debo decir que **jamás** se me ha ocurrido pensar que el querellante tenga derecho a obtener, a su favor, una **sentencia injusta**, hija de su espíritu de venganza o de su interés de resarcimiento, pero ajena a la prueba o contraria a la ley.

Si tal desaguisado alguna vez ocurriera, obedecerá a errores cometidos de buena o de mala fé por los jueces que la dicten. Pero esa decisión quedará siempre sujeta a los controles recursivos previstos por el CPPN, y sus autores deberán asumir las responsabilidades disciplinarias, políticas y hasta penales que pudieren eventualmente corresponderles por **no sentenciar como por derecho corresponde**.

2.- **Tampoco** sostengo -contrariamente a lo que parece inducir mi replicador de mi exposición oral sobre el figurado equino y sus jinetes -que “*el querellante tenga el derecho al desarrollo de “todo un procedimiento penal sin que los jueces competentes para determinadas decisiones puedan, conforme a la ley, responder a su petición negativamente, vedándole conducir a “Persecución penal” hasta la “estación final”, ni menos* creo que “*una vez excluida la fiscalía, la persecución penal, por irracional que ella sea, no pueda ser detenida antes del debate y la sentencia, si el ofendido insiste en ejercerla con exclusión del ministerio público (autonomía predicada)*”, y **nunca** he postulado “*en favor de la víctima y en contra del imputado*” “*persecuciones penales obligatorias hasta su final, por inconsistentes que ellas sean material o temporalmente*”.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

V.-Es verdad que creo que el querellante receptado en el CPPN tiene derecho a lograr que su pretensión punitiva contra el imputado del delito que lo ha perjudicado, se ventile en juicio oral y público, aún frente a la posición contraria del Ministerio Fiscal.

1.-Pero nunca he dicho (ni pensado) que este derecho sea **absoluto**, ni que pueda ejercitarse **“salteando”** los controles jurisdiccionales establecidos por el CPPN en estadios anteriores del proceso, tendientes a verificar el fundamento fáctico y jurídico de tal pretensión (controles a los que también debe someterse el Ministerio Fiscal): así lo aclaré expresamente en el debate final de la “1ª Jornada” (y Maier se dio por satisfecho diciendo: “Yo creo que tiene la posibilidad y me convence lo que explicó Pepe, para homenajearlo a él, me convence...”).

Pero sí creo que el querellante tiene el derecho de **“activar”** estos controles jurisdiccionales previos al juicio sobre la “calidad” de la persecución penal que procura, frente a la inercia o al abandono expreso que de ella haya hecho el Ministerio Fiscal.

2.- Si el resultado de estos controles le fuera **definitivamente desfavorable** (porque los tribunales a los que acude no le reconocen la razón, vgr. confirmando –a pesar de su recurso- la desestimación de la denuncia, el archivo de actuaciones, o el sobreseimiento -y ni que decir de la sentencia absolutoria-), quedará el querellante, por decisión jurisdiccional, bajado del caballo de la persecución penal (del que antes se había apeado por propia decisión el Ministerio Fiscal).

3.- En cambio, si el control que hubiera activado **le resultare favorable**, y el tribunal competente entendiera que la persecución penal debe iniciarse o proseguir, la solución puede presentar distintas variables, según la regulación que exista en el Código Procesal Penal de que se trate y la naturaleza y características de la actividad que se requiera del Ministerio Fiscal que el querellante deberá asumir en su reemplazo. Conforme a estos criterios, en algunos supuestos aquel órgano oficial deberá ser obligado a “subirse de nuevo al caballo” e impulsar la persecución; en otros el querellante podrá ocupar la montura “taloneándolo” él solo y seguir adelante.

a.- Referido al primer supuesto hace bastante tiempo que escribí -específicamente sobre el CPP de Córdoba, que no contempla el derecho del querellante a formular la acusación base del juicio, como sí lo hace el CPPNacional- que *“si aceptamos que el querellante de acción pública tiene un verdadero derecho a lograr el juicio y una vía para lograrlo es la atribución que se le confiere para apelar las decisiones del Juez de Instrucción que impedirán su realización (archivo o sobreseimiento) aun contra la posición desincriminatoria del Fiscal, y como efecto de ese recurso un tribunal de alzada encuentra que hay mérito para que la investigación (que busca fundamentos para el juicio) prosiga, o concluida ésta, que el juicio se abra, la solución será **imponer obligatoriamente a otro fiscal la prosecución de la investigación o la formulación de la acusación**”*. (Cafferata Nores, José I. “Derecho a la justicia del querellante y posición desincriminatoria del ministerio fiscal”, en *En torno al querellante particular -AAVV*, Editorial Advocatus, Córdoba 2003-, p 29 y ss.).

Argumentando sobre esta postura dije que *“como el querellante carece de potestad pública ( y por lo tanto no tendrá a su disposición los medios materiales y humanos que*



ella implica) para investigar eficientemente o provocar el juicio, y el M Fiscal es su representante ( porque el querellante invoca un interés que integra -pues es parte de él- el general de la sociedad que el M.Fiscal debe defender), es este órgano público quien debe hacerse cargo de la prosecución de la acusación, ya no por un impulso propio -que demostró no tener al pedir o consentir el archivo o el sobreseimiento- sino como reflejo del interés de su mandante, la víctima-querellante, **interés cuya legitimidad y razonabilidad han sido reconocidos por un tribunal de apelación**”. (Cafferata Nores, José I. ,“Derecho a la justicia del querellante y posición desincriminatoria del ministerio fiscal”, en *En torno al querellante particular -AAVV*, Editorial Advocatus, Córdoba 2003-, p 29 y ss.).

b.- Criticando esta posibilidad (en especial, la de obligar al mismo Fiscal a subir nuevamente al caballo de la persecución penal) en otros ámbitos se ha invocado la *violencia moral* que le significaría a éste seguir investigando o acusar por un hecho que entendió que no era punible, y el *peligro* de que este convencimiento influya como un prejuicio favorable al imputado en su actividad investigativa o conclusiva posterior, que debería ser totalmente objetiva.

Para relativizar la fuerza de estos argumentos será útil reparar en que la aludida violencia moral, por ejemplo, sería comparativamente igual a la que tendría el juez de instrucción que durante la investigación jurisdiccional, dictara de “motu proprio” un sobreseimiento, el que luego fuera revocado por obra de la apelación del fiscal (CPPN art. 337). Sin embargo el CPPN no dispone que este juez “revocado” sea sustituido por otro, por lo que deberá seguir interviniendo en la investigación de un hecho que ya consideró con anterioridad que no era punible, sin que a la ley le preocupe la “violencia moral” que ello pudiera acarrearle. Tampoco le preocupa que sobre ese idéntico magistrado penda el “peligro” de que su benéfica posición originaria influya como un prejuicio en su actividad investigativa posterior que debe ser totalmente imparcial. Aquella “violencia moral” y este “peligro”, por la identidad de su naturaleza, no toleran un tratamiento diferente según se trate de un fiscal o de un juez: si nada menos que a éste se lo puede obligar a proseguir actuando en tales condiciones, con igual razón se podrá obligarlo a aquél.

Y no solo en esta sino también en otras oportunidades el CPPN –en atención a la coherencia del sistema- manda a los jueces a resolver “como si”, aunque antes hayan dicho que no: y esto no ha generado mayores críticas. Por ejemplo, una interpretación razonable del art 398 CPPN sobre la deliberación de la sentencia posterior al debate, indica que si un miembro del tribunal de juicio responde negativamente a la cuestión relativa a la existencia del hecho y los otros dos responden positivamente, el hecho existe para la sentencia, lo que no impedirá que, al tratar la cuestión sobre la calificación legal, aquél juez deba analizar el encuadramiento jurídico penal de un hecho que debe dar por existente -pues la sentencia así lo ha establecido por imperio de la mayoría-, aunque a su criterio no haya existido.

4.- Lo argumentado precedentemente puede presentar una variante si, como ocurre en el CPP Nacional, *el querellante se encuentra legalmente habilitado para producir el requerimiento de elevación a juicio* ( art 348).



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

Para tal supuesto también señalé antes – si bien “de lege ferenda” que “*si el Fiscal requiere el sobreseimiento (no acusando) ..., la acusación del querellante (previo el control judicial admitido para cualquier acusación) pueda dar base al juicio*”. (Cafferata Nores, José I. *Fundamentos del Proyecto de ley presentado en la HCDN, Expte. 1.581-D-1998*, n° 50), lo que parece encontrar posterior apoyo de la CSJN en el precedente “Quiroga”<sup>5</sup>, (causa N° 4302”, 23/12/2004) cuando expresa que “en principio no sería objetable desde un punto de vista de la imparcialidad **que el querellante sea el que reclame ante el tribunal su derecho de elevar la causa a juicio**”(voto del juez Maqueda) “en la medida que su intervención **solo tiene por objeto asegurar** al querellante el ejercicio **del derecho a ser oído en juicio oral y público**, que le otorga la ley”(voto del juez Zaffaroni).

Se ha imaginado como procedimiento para hacer operativa esta doctrina judicial en la práctica del CPPN que, si el Fiscal pidió el sobreseimiento y el querellante acusó, el juez de instrucción deba notificar a la defensa del imputado de la acusación del querellante (art. 349), y si aquélla se opone (art. 350), resolver si sobresee (como piden el fiscal y la defensa), o si dicta el auto de elevación a juicio (como pide el querellante). Por cierto que aun cuando la defensa no se opusiera, el juez -si le parece que así corresponde-, podrá igualmente dictar el sobreseimiento (pues puede hacerlo “en cualquier estado de la instrucción” de “oficio o a pedido de parte”- arts. 334 y 353), el que será apelable por el querellante (y si el tribunal de apelaciones lo confirma, todavía podrá deducir casación - arts 457 y 460-). En tal supuesto el imputado podrá hacer valer sus derechos en el trámite impugnativo (arts 451 y 454;464 y 468) y la decisión de abrir o no abrir el juicio, habrá sido adoptada por órganos jurisdiccionales, que resolvieron **dar curso** a la acusación formulada por el querellante, o cerrarle el paso como lo postula el imputado.

5.- En la “1<sup>a</sup>. Jornada”, se formularon una serie de observaciones prácticas sobre el (por lo menos deslucido) papel que debía jugar *el fiscal del juicio* (al que allí se presuponía – sin ninguna explicación de alcance general- coincidente o vinculado con la opinión desincriminatoria de su inferior) en el debate oral y público abierto solo por la acusación – jurisdiccionalmente admitida- del querellante, observaciones apoyadas en hipótesis posibles e ingeniosas.

Al respecto podría acotarse que frente a la posibilidad de que el fiscal del juicio esté en “**desacuerdo fundamental**” con la acusación que le dio base, el CPPN no se rasga las vestiduras al punto que le proporciona una solución expresa: si así ocurre podrá llamar al fiscal que la formuló para que la mantenga oralmente en el debate ( art 67 inc. 2°), lo que *no implica* que aquél deba dejar de actuar.

Si el Código admite la co-actuación de dos fiscales con posiciones acusatorias contrapuestas en el curso del debate ¿porqué debe pensarse que proscribiera la posibilidad de tal contraposición acusatoria entre el fiscal asignado para el juicio y el querellante cuya acusación provocó su apertura?. Si la razón es el invocado “deslucimiento” de la figura del representante del Ministerio Fiscal en el debate, debe convenirse en que ello estará igualmente presente en ambos supuestos. Si existieran otros inconvenientes prácticos, estos



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

no deben ser de mucha envergadura, si los debemos calibrar por el escaso nivel de atención que la doctrina y la jurisprudencia le han dispensado.

A la vez debo reconocer que no he encontrado todavía una buena respuesta a la observación de la Dra Garrigós de Rébora sobre la “probation”, expresada en el debate final de la “1<sup>a</sup>. Jornada”.

6.- La posibilidad de que el querellante pueda, frente a la deserción del fiscal, **impulsar por sí mismo la persecución penal**, parece más sencilla de imaginar cuando ello requiera solo de una actividad suya *puramente conclusiva o impugnativa*, como por ejemplo el formular un pedido de pena al terminar el debate (CPPN art 393), permitiendo así al tribunal de juicio condenar al acusado (aún frente a un pedido fiscal de absolución), o recurriendo -mediante las vías impugnativas legalmente habilitadas a tal fin- (CPPN arts 460 y 458 in 1°) la sentencia absolutoria (aún frente a la conformidad del Ministerio Fiscal con ella) permitiendo que un tribunal de alzada controle la corrección fáctica y jurídica de tal decisorio y como consecuencia hasta dejarla sin efecto.-

a.- La primera de estas hipótesis ha sido objeto de específico tratamiento por la CSJN, la que a partir del conocido precedente “Santillán”<sup>1</sup>, ha acordado al pedido de pena formulado por el querellante el mismo valor que le asigna al deducido por el Ministerio Fiscal en orden a su capacidad para habilitar al tribunal de juicio a dictar una sentencia de condena. Así admite que aun frente al pedido de absolución del acusador público, es posible condenar al imputado si el querellante lo hubiese requerido (CSJN, Santillán, 13-VIII-1998)

b.- La segunda de estas hipótesis, o sea, la posibilidad de que el querellante interponga recurso contra la sentencia absolutoria (*expresamente* reconocida por el CPP Nacional, arts 460 y 458 inc 1°) me pareció indiscutible en el supuesto “*de sentencias que configuren a su respecto una denegación manifiesta de la “justicia” a la que tiene derecho (v.gr., parcialidad evidente de los jueces; arbitrariedad notoria de la sentencia absolutoria)*” .(Cafferata Nores, José I. *Proceso penal y derechos humanos* -Del puerto 2000- pág 163).

Esta opinión no parece estar extremadamente alejada de la de Maier, cuando informa que en su “postrer trabajo legislativo (no publicado)” le “*pareció racional conceder un recurso al acusador, cuando él puede demostrar que la sentencia fue obtenida por prevaricato, o mediante cohecho, amenazas o coacción, esto es, cuando el vicio es idóneo para invalidarla como acto jurídico*”, siempre y cuando, “*él pueda verificar la existencia del delito doloso, aunque no le resulte posible perseguir a los autores y partícipes por razones fácticas o normativas*”.

VI.-Mi replicador amigo también la emprende contra la “involución” que significa la denominada “*bilateralidad : las víctimas poseen los mismos derechos y garantías que el sospechoso, que el autor e, incluso, que el penado, a pesar de que ellos, los derechos, y esas garantías, de manera evidente, no son parangonables (nulla poena sine lege praevia,*



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

*estado de inocencia, in dubio pro reo, nemo tenetur, etcétera), ni siquiera comparables”, denota.*

Si bien esta crítica **no me comprende**, como soy objeto de su réplica, considero útil, ya que estamos, reproducir mínimos párrafos que escribí al respecto. Antes dije que *“las obligaciones estatales de respetar los derechos humanos y asegurar su plena vigencia impuestas por la normativa supranacional”* (Cfr. Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, del 29/VII/88; Corte IDH, caso “López Álvarez vs. Honduras”, del 1/02/2006), *“se proyectan bilateralmente en el área de la procuración y administración de la justicia penal, expresándose en salvaguardas que pueden ser, o comunes para las víctimas del delito que reclaman justicia y para aquellos a quienes se les atribuye la comisión, o específicas para cada uno de ellos: todas se conocen, genéricamente, como garantías”*. Aclaré luego que las garantías *“comunes para la víctima y el acusado”* son *“las de “igualdad ante los tribunales”, “acceso a la justicia y defensa en juicio”, e “imparcialidad (e independencia) de los jueces”, alertando que “proyecciones específicas en relación a cada uno”*. En cuanto a las garantías propias de cada sujeto, expresé que a la víctima de la comisión de un delito se la *“considera con derecho a la “tutela judicial” (arts. 1.1, 8.1 y 25, CADH) del interés (o derecho) que ha sido lesionado por el hecho criminal, y por lo tanto con derecho a reclamarla ante los tribunales (art. 8.1, CADH) penales, actuando como acusador, aún exclusivo”*. Y diferencié aquellas que *“se erigen como resguardo de los derechos del acusado, no sólo frente a posibles resultados penales arbitrarios, sino también respecto del uso de medios arbitrarios para llegar a imponer una pena”*, desarrollando a continuación las garantías que, para el imputado, se encuentran en cualquier manual de la materia, (Cafferata Nores, José I. *Proceso penal y derechos humanos* -Del puerto 2000- págs 17, 23 y ss., 43 y ss, y 63 y ss, 163) y que mi censor, al menos erróneamente, parece hacerme decir que postulo son también propias de la víctima-querellante (lo que puede deducirse del lugar en que coloca la única cita que en su escrito hace de este libro).

Como se vé, al menos yo, nunca pensé, ni escribí, ni dije, que *“las víctimas poseen los mismos derechos y garantías que el sospechoso”*. Mi referencia a la “bilateralidad” no puede ser de buena fé entendida en tal sentido

VII.-Parece también conveniente dedicar un párrafo al **“neopunitivismo”** al que Maier se refiere, pues a mi entender este fenómeno no está directamente relacionado con lo que aquí se discute.

No encuentro razones para afirmar que la participación como querellante en un proceso penal de la víctima del delito de acción pública, ni las atribuciones que en su transcurso se le reconozcan, puedan ser la **causa determinante** de la derogación de institutos propios del derecho penal tradicional como el principio de legalidad penal, la irretroactividad de la ley penal, la prescripción de la acción penal, y hasta la intangibilidad de la cosa juzgada favorable al sobreseído o absuelto, entre otros, fenómenos que se manifiestan en el marco de los delitos denominados de “lesa humanidad”. Es esta última



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

caracterización (junto a su naturaleza e implicancias, que también son objeto de discusión actual) la que se esgrime para justificar aquellas derogaciones: con o sin querellante la aludida inaplicabilidad de aquéllos principios sería de seguro igualmente admitida. Quizás el defecto debería buscarse en la falta de precisión del *concepto* de delito de “lesa humanidad”, o en posibles excesos en la caracterización jurisprudencial como tales, de ilícitos que no parecen admitir claramente ese encuadramiento.

Creando haber sido un involuntario contribuyente a ese **neopunitivismo** por haber pensado en *la participación del ofendido como accesorio a la pretensión estatal (CP, 71) intentando darle importancia básica, por aquello de que los bienes jurídicos tienen portadores de carne y hueso, con ciertos derechos sobre ellos, casi siempre disponibles para el portador, pero en auxilio del autor, para que no sufriera el sistema penal más allá de lo razonable*, Maier se lamenta de que *hoy en día la tendencia parece ser la contraria: el autor debe sufrir el sistema penal y su consecuencia, aunque ellos resulten, en el caso, irrazonables como reacción (estatal o privada) al poder ser reemplazados por otro tipo de soluciones*.

No me siento involucrado en esa tendencia: de “*lege ferenda*” he **propuesto** una regulación legal que deje claro, que si la víctima quiere, puede procurar la imposición de una pena para el autor, constituyéndose en querellante y conjuntamente puede reclamar la reparación del daño, ejercitando en el proceso penal o en otro civil independiente, la acción resarcitoria. Pero si encuentra que la mejor solución para su interés lo constituye la reparación, puede aceptarla, y consentir la extinción de la acción penal emergente del delito que ha sufrido. No se le impone solución alguna: se dejan libradas estas opciones a la autonomía de su voluntad (Cfr. Cafferata Nores, José I. *Fundamentos del Proyecto de Ley n° 5728-D-96*, presentado ante la H Cámara de Diputados de la Nación).

VIII. Tampoco se debatió en la reunión la trascendente cuestión sobre si la víctima tenía un verdadero derecho constitucional a intervenir en el proceso penal de acción pública como acusador, con el propósito de procurar la condena del culpable. No obstante ello, Maier opinó al respecto señalando que “*de manera alguna existe una suerte de derecho constitucional a la punición, menos aún en cabeza de la víctima*” que pudiera tornar inconstitucionales a los CPP que no recepten al querellante.

1- Ocurre que este tema (que sería motivo de un debate distinto, interesante para otra ocasión) no fue objeto ni de la convocatoria ni de la discusión en las jornadas. Ambas estuvieron circunscriptas -según entendí de su título y pude escuchar de los disertantes-, a “*Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán’ a ‘Storchi TOC1’*”: la cuestión concretamente versaba, entonces, sobre los alcances de la actividad de una víctima a la que el CPP Nacional le acordaba derecho a intervenir en el proceso penal por delito de acción pública como querellante, discusión a la que se referían- con distintos efectos los precedentes “Santillán” de la CSJN (capacidad del querellante autorizado legalmente a intervenir en el proceso para habilitar al tribunal de juicio, con su pedido de pena, a dictar una sentencia de condena, a pesar del requerimiento absolutorio del Fiscal), “Grosskotf”<sup>91</sup> y “Storchi”<sup>6</sup> de la CNCC (derecho a petitionar a los jueces la realización de



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

la instrucción y requerirles la elevación a juicio de la causa, aún en contra de las posiciones o requerimientos desincriminantes del Fiscal). En este último fallo, el juez Donna (considerando III de su voto en disidencia) deja aclarado que la controversia solo puede darse **“en el caso que exista la parte querellante”**.

2.-O sea que el debate al que fuimos convocados se relacionaba más con la discusión sobre si el querellante que regula el CPP Nacional, era simplemente “adhesivo” o podía llegar a ser “autónomo”. O sea, si la víctima de un delito de acción pública a la que la ley procesal penal admite intervenir como querellante en el proceso respectivo, tiene la posibilidad de excitar **autónomamente** por sí –frente a la pasividad e incluso la opinión contraria del Fiscal correspondiente- la actividad de los diferentes órganos jurisdiccionales del Estado procurando la investigación, el juzgamiento y eventual castigo del delito que lo ha ofendido. En este marco presenté mis ideas, y como se me replica por lo que en ese marco dije, dentro de ese marco duplico.

IX. Maier cree que es inadmisibles la posibilidad de querellante autónomo. Fue así que dijo que un *“sistema penal establecido por ley que, en origen, se edificó mediante la —como acostumbra a decirse— expropiación de derechos de reacción contra el injusto que, en el sistema precedente, pertenecían al ofendido”, se vea “conducido, sin modificación alguna en la ley penal que regula el ejercicio de las acciones, tan sólo por obra de la jurisprudencia de los tribunales que aplican esa ley, al destino opuesto contradictorio, mediante devolución de derechos y de autonomía persecutoria a la víctima o a su sustituto procesal; va de suyo que hablamos de los delitos que para los que la ley penal establece la acción pública (CP, 71). Esto equivale a decir que, sin modificación legal, la interpretación judicial alteró el punto de partida para arribar a otro destino”*.

Esto lo lleva a concluir que *“los particulares, en especial el ofendido, cualquiera que sea su definición, no puedan gobernar a su gusto y paladar el poder penal del Estado ni la pretensión penal, que sólo corresponde, como jinete principal, al Estado por intermedio del órgano estatal predispuesto por la ley para ello. De allí que, cuando ese jinete desciende del caballo y desensilla, también baje el ofendido o su sustituto, y que sólo obligándolo a subir de nuevo para retomar el camino de la persecución penal pueda el ofendido acompañarlo en ese camino, en ancas de ese caballo.*

X.-Otros no pensamos lo mismo. En el debate que se desarrolló al final de la “1<sup>a</sup> Jornada” dije que *no puede ser que por obra exclusiva del fiscal que se baja del caballo, no haya para el querellante la oportunidad de que algún juez le diga que tiene o no derecho a seguir, si es durante la instrucción; a pedir el juicio, si es en la etapa intermedia; o a obtener una sentencia si es en la etapa del juicio. “Algún juez”; o sea, no he dicho que el querellante pueda pasar por encima todas las etapas y plantarse en un tribunal de juicio a pedir. O sea, en definitiva, lo que digo es que un fiscal no puede ser un instrumento que impida que un órgano jurisdiccional, en el momento procesal en que se produzca la bajada del caballo, impida, con la sola bajada del caballo, que un tribunal diga: señor querellante **tiene razón**. O, señor querellante, **no tiene razón**. Eso es simplemente lo que yo planteo.* Esto coincide sustancialmente con lo precedentemente expuesto en el n° V.-



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

Mi opinión, para avanzar sobre la pura literalidad de las disposiciones del CPPN, toma en cuenta, además de los argumentos precedentemente desarrollados, las siguientes circunstancias.

1.- Es sabido que la reforma de la Constitución Nacional de 1994, en su art 75 inc. 22 C.N. incorpora a su texto las principales declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, situándolos a su mismo nivel.

Bien se ha dicho que tal paridad de nivel jurídico entre la Constitución Nacional y esa normativa supranacional, obliga a los jueces a “no omitir” las disposiciones contenidas en esta última “como fuente de sus decisiones” es decir, a **sentenciar** también “en su consecuencia”. Es que, “cuando un tratado...obliga a los Estados partes a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que resulten necesarias para la efectividad de los derechos, hay que dar por cierto que entre esas medidas de otro carácter se hallan las sentencias...”(Bidart Campos, Germán El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y los derechos humanos, en “*La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*”, comp. Abregú - Courtis , p. 84)

2.-Coincidentemente con ello la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido expresamente que las opiniones y decisiones de los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos tienen valor como **fuentes de interpretación** de las normas supranacionales para los jueces argentinos.

Ella ha sostenido que "la ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del **constituyente ‘en las condiciones de su vigencia’** (art. 75 inc 22 párr. 2 CN), esto es, tal como efectivamente rige en el ámbito supranacional y **considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación**", por lo que "la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de **guía** para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (SCJN, Caso Gioldi, Horacio D. y otro, del 7/IV/95 ). Similar categoría le acuerda poco después a **la opinión** de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (SCJN, caso Bramajo, 12/IX/96) -si bien la Corte IDH formula una aclaración al respecto ( “Bulacio”,18-09-2003)-.

3.-Los órganos supranacionales aludidos que deben aplicar la CADH han afirmado categóricamente que, "cuando la violación de los derechos humanos sea el resultado de un hecho tipificado penalmente, la víctima tiene **derecho** de obtener del Estado una **investigación judicial** que se realice "seriamente con los medios a su alcance... a fin de identificar a los responsables, [y] de **imponerles las sanciones pertinentes...**" (Comisión IDH, Informe n° 5/96, Caso 10.970, 1996).

Correlativamente han reconocido la obligación del Estado de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción una **debida protección judicial** (Comisión I.D.H., Informe 35/96, Caso 10.832: Corte I.D.H.. OC Nro. 9 del 6-X-87) cuando alguno de sus derechos haya sido violado, siempre que este derecho les sea reconocido por la



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

Convención, o por la Constitución o las leyes internas del Estado (Comisión I.D.H., Informe 35/96, Caso 10.832).

Esta protección corresponderá “cualquiera sea el agente” al cual pueda eventualmente atribuírsele la vulneración, incluso cuando fuere **un particular** ya que en este último caso el Estado habrá **incumplido su obligación de evitar** que tal vulneración ocurra y si luego **no brinda su protección judicial, en cierto modo la estaría auxiliando** (Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, 29-VII-889).

4.- También se ha expresado en aquel ámbito supranacional 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...” (Comisión IDH, Informe n° 34/96, casos 11.228 y otros), entendiendo a la persecución penal (cuando alguno de los derechos de éstas haya sido violado), como un corolario necesario del *derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique “a los responsables” y se les imponga “las sanciones pertinentes”*. (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970; Informe n° 32/04, caso 11.556, del 11/03/2004; Corte IDH. “Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”, 1/03/2005;.) De este modo, si el Estado no investiga de forma efectiva, viola el deber de respetar derechos reconocidos por la Convención y de garantizar a la víctima su libre y pleno ejercicio (Corte IDH, “Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala”, 27/11/2003).

5.- Lo expuesto permite pensar que para la Corte IDH y la Comisión IDH la tutela judicial efectiva le corresponde a quien ha resultado menoscabado en su derecho a raíz de la comisión de un delito, quien tiene el derecho (es otro derecho), derivado simplemente de su **condición de tal**, de reclamar al Estado el enjuiciamiento del autor y de lograr la aplicación de las sanciones correspondientes previstas por la ley penal, todo con arreglo a las disposiciones procesales aplicables.

6.- En recientes fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha avalado expresamente la jurisprudencia supranacional precedentemente recordada, señalándose la existencia del *derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique “a los responsables” y se les imponga “las sanciones pertinentes”* (CSJN, Fallos: 326:2805, voto del juez Maqueda).

7.- Frente a todo lo precedentemente expuesto -y al *solo efecto* de establecer los alcances de la intervención del querellante receptado por el CPPN- nos parece que el art. 71 del C.Penal debe al menos ser nuevamente reflexionado, reflexión que no puede útilmente emprenderse partiendo de la base de la “impermeabilidad absoluta” de la interpretación tradicional de aquél; sobre todo frente a la superior jerarquía jurídica del plexo normativo-interpretativo que proporciona el nuevo art 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

A quienes creemos que “algo cambió” al respecto, no nos parece fácil reducir el rol del querellante en los delitos de acción pública receptado por el CPP Nacional al de un



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

simple “partenaire” del Ministerio Fiscal, dejando **en manos exclusivas** de sus funcionarios la posibilidad de procurar y la eventualidad de obtener de los tribunales, la tutela judicial penal efectiva a su derecho menoscabado por el delito que aquella legislación positiva le autoriza a reclamar.

Si así se aceptara, siempre se correrá el riesgo de que esta tutela no sea **dispensada** por los jueces, (que es lo que ampara el art. 25 de la CADH, y 75 inc. 22 de la CN; art. 18 CN) solo por haber **impedido** esa posibilidad la acción u omisión desincriminantes de los fiscales.

XI. Nadie crea que este “contrapunto” conceptual está cerrado: de chico me enseñaron que la última palabra le debe corresponder siempre a la persona de mayor sabiduría o edad.



**XI.-Fallos publicados.**

- **Velásquez Rodríguez**<sup>38</sup>  
Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia de 29 de Julio de 1988
- **Aramburu, Gustavo L.**  
C.N.Crim. y Correc., Sala I, c. 28.275, rta.: 07/06/06.
- **Bayo Hanza, María C.**<sup>73</sup>  
C.N.Crim. y Correc., Sala VII, c. 25.303, rta.: 22/02/05.
- **Boscana, Bernardino**  
C.S.J.N., rta.: 21/09/64, Fallos 259:388.
- **Cabrera v. Com. Téc. Mixta de Salto Grande**  
C.S.J.N., rta.: 05/12/83, Fallos 305:2150.
- **Cincotta, Juan José**<sup>19</sup>.  
C.S.J.N., rta.: 12/07/65, Fallos 262:144.
- **Cucho Muñoz, María del Rosario.**<sup>71</sup>  
C.N.Crim. y Correc., Sala VII, c. 25.731, rta.: 24/02/05.
- **Egues, Ignacio Julio y otro.**  
C.S.J.N., rta.: 23/4/62, Fallos 252:195.
- **Juri, Carlos A.**  
C.N.Crim. y Correc., Sala IV, c. 16.356, rta.: 14/08/01.
- **Lih Yuh Lin.**<sup>80</sup>  
C.N.C.P., Sala II, rta.: 21/09/05.
- **Linares, Martín M.**  
C.N.C.P., Sala I, reg. 7721.1, c. 6.031, rta.: 06/06/05.
- **López González, Mirta**  
C.N.C.P., Sala I, reg. 8482.1, c. 6537, rta.: 08/02/06.
- **Masola, Mirta.**<sup>72</sup>  
C.N.Crim. y Correc., Sala VII, c. 28.535, rta.: 24/05/06.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

- **Mena, Pablo J.**<sup>7</sup>  
C.N.Crim. y Correc., Sala I, c. 29.787, rta.: 19/10/06.
- **Oroz y Baretta, José Lorenzo.**<sup>25</sup>  
C.S.J.N., rta.: 13/04/89, Fallos 312:483.
- **Otto Wald.**<sup>21</sup>  
C.S.J.N. rta.: 21/07/67, Fallos 268:266.
- **Panciroli, Higinio Osvaldo.**<sup>24</sup>  
C.S.J.N., rta.: 15/09/81, Fallos 303:1349.
- **Parera, Andrés y otro.**  
C.S.J.N., rta.: 28/11/62, Fallos 254:353.
- **Perversi, Jorge L.**  
C.N.Crim. y Correc., Sala I, c. 26.788, rta.: 06/10/05.
- **Santillán, Francisco Agustín**<sup>1</sup>.  
C.S.J.N., rta.: 13/08/98, Fallos 321:2021.
- **Scandroglio, Lidia D.**  
C.N.Crim. y Correc., Sala VII, c. 31.985, rta.: 24/05/07.
- **Silveira Márquez, C. c. Clemente, Oscar L.**  
C.S.J.N., rta.: 04/06/62, Fallos 253:31.
- **Silveyra, Carlos M.**  
C.S.J.N., rta.: 15/09/44, Fallos 199:617.
- **Soc. Civil Dep. Morón v. E. Cigarroa**<sup>22</sup>.  
C.S.J.N., rta.: 12/05/77, Fallo 297:491.
- **Soldán, Williams S.**  
C.N.Crim. y Correc., Sala I, c. 24.126, rta: 28/06/04.
- **Sotomayor, Oscar A.**<sup>79</sup>  
C.N.C.P., Sala II, c. 5.297, rta.: 30/11/04.
- **Storchi, Fernando.**<sup>6</sup>  
C.N.Crim. y Correc., Sala I, c. 21.229, rta.: 08/03/04.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘*Santillán a Storchi TOC1*’”

---

- **Storchi, Fernando -Tribunal Oral**  
T.O.C. N° 1, c. 2.536, rta.: 02/05/07.
  - **Taha, César Y.**<sup>75</sup>  
C.N.Crim. y Correc., Sala VII, c. 25.602, rta.: 21/03/05.
  - **Toculescu, Esteban y otro.**  
C.S.J.N., rta.: 20/11/64, Fallos 260:114.
- 

Se informa que se podrá acceder al material de estudio desarrollado en la presente jornada a través del sitio: [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar) o <http://intranet.pjn.gov.ar> (Sitio web P.J.N.: Acceso sitio web).

Para ello entrar a: Fueros de la Capital Federal > Justicia Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional > Cámara Nacional de Apelaciones > Secretaría de Jurisprudencia > **Jornadas**.



## **XII.-Bibliografía relacionada.**

- **Abalos, Raúl W. Derecho Procesal Penal. Mendoza. Cooperadora de la facultad de derecho de la U.N.C., 1991, 3 volúmenes.** Contenido: T. I) Cuestiones Fundamentales. T. II) Sujetos Procesales. Actos Procesales. Teoría de la Prueba. Medios de prueba. T. III) Coerción personal. Libertad Personal. Introducción Preparatoria. Juicio Oral. Impugnaciones.
- **Binder, Alberto M. Prologuista: Maier, Julio B. J. Introducción al Derecho Procesal Penal. 2da. edición, Act. y amp., Ad-Hoc, Bs. As., 1999..** Contenido: Diseño constitucional del Proceso Penal. Garantías constitucionales. Régimen de la acción. Estructura del Proceso Penal. Organización Judicial y sujetos procesales. En apéndice, ejercicios y sugerencias para el trabajo práctico. Notas al pie de página. Bibliografía: pág. 362/364.
- **Cafferata Nores, José I. Temas de derecho procesal penal. Depalma, Bs. As., 1988.**
- **Clariá Olmedo, Jorge A. Bertolino, Pedro J.; actualización El Proceso Penal: su génesis y primeras críticas jurisdiccionales. 2da. edición, Depalma, Bs. As., 1994.** Contenido: Génesis del Proceso Penal. La denuncia en la función represiva. La instancia privada: artículo 72 del Código Penal. Acción penal dependiente de instancia privada. Fundamentos, naturaleza y efectos. La querrela en los delitos de acción de ejercicio privado. El querellante conjunto. Críticas iniciales de la instrucción penal. Bibliografía y notas al pie de página. Incluye índice alfabético de materias. págs. 400 .
- **Cafferata Nores, José I. Cuestiones actuales sobre el Proceso Penal. 3ra. edición, actualizada. Del Puerto, Bs. As., 2000.** Contiene: El Proceso Penal según la Constitución. Legalidad u oportunidad. Derecho de la víctima al castigo del autor?. Recurso de Casación y control del In Dubio pro Reo. Imparcialidad del juez. Ministerio Público Fiscal: rol social y jurídico, monopolio de la acción penal y control legislativo. Juicio penal abreviado. Consejo de la Magistratura. Denuncia anónima, agente encubierto, arrepentido. Prisión preventiva: limitación temporal. Tribunal de jurados. Adolescentes infractores. Bibliografía págs. 357
- **Cafferata Nores, José I.; compil. Ejercicio concreto del poder penal: Límites, abusos, desafíos. 1<sup>a</sup>. edición. Obra colectiva. Mediterránea, Córdoba, 2006.** Contenido: Investigación penal. Delito imputado. Prisión preventiva. Facultades del querellante particular. Suspensión del juicio a prueba. Estándares fijados por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Pedido fiscal de absolución. Control de legalidad. In dubio pro reo. Información pública en causas penales. Peligrosidad sexual. Imputado. Requisitos administrativos y preventivos. Fotografías de registros policiales. Acciones penales. Reclusión perpetua a menores, CP Art 14. págs. 320



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

- **Cafferata Nores, José I.; compil.** Ejercicio concreto del poder penal: Límites, abusos, desafíos -- Córdoba, Mediterránea, 2006. Edición: 1a ed. Obra colectiva. Contenido: Investigación penal. Delito imputado. Prisión preventiva. Facultades del querellante particular. Suspensión del juicio a prueba. Estándares fijados por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Pedido fiscal de absolución. Control de legalidad. In dubio pro reo. Información pública en causas penales. Peligrosidad sexual. Imputado. Requisas administrativas y preventivas. Fotografías de registros policiales. Acciones penales. Reclusión perpetua a menores, CP Art 14. págs. 320
- **Carbone, Carlos A.. Prologuista: Creus, Carlos. Derecho Procesal Penal. Conflictos modernos. Nova Tesis, Rosario, 2005.** Contenido: Jurisdicción . Proceso. Competencia. Ley procesal. Ministerio Fiscal. Imputado. Víctima. Mediación Penal. Protección diferenciada. Prueba pericial científica. Prueba documental moderna. Excarcelación. Impugnación de la sentencia firme. Pág. 445.
- **Clariá Olmedo, Jorge A. Derecho procesal. Depalma, Bs. As., 1983.**
- **Clariá Olmedo, Jorge A. Cafferata, Cristina José de; colab. Cafferata Nores, José I.; colab. Montero, Jorge; colab. Derecho procesal penal. Lerner, Córdoba, 1984/1985. 3 Volúmenes** Contenido: T. I.) El orden jurídico penal. Estructura del proceso penal.- T.II) Estructura del proceso penal (continuación). Actividad procesal penal.- T. III) Procedimiento penales (continuación). El juicio penal. Procedimientos de ejecución. Cada capítulo incluye bibliografía y sumario 8/ José de Cafferata, Cristina del V. Teoría general de la Defensa y Connotaciones en el Proceso Penal. -- Córdoba, Marcos Lerner, 1993. 2 Volúmenes Contenido: T.I) Teoría general de la defensa. 1. La defensa: dinámica evolutiva e inserción constitucional. 2. La teoría de la defensa. Fundamentos y naturaleza jurídica.- T. II) Defensa activa y Acción penal (El querellante). 1. Bases. 2. Acción penal, defensa activa y 'Defensa Social'. Notas al pie de página. Bibliografía: pág. 235.
- **Clariá Olmedo, Jorge A. Vázquez Rossi, Jorge Eduardo; colab. Chiara Díaz, Carlos Alberto; colab. Montero, Jorge Raúl; colab. Derecho Procesal Penal. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 1998. 3 Volúmenes** Contenido: T.I) El orden jurídico penal. Nociones fundamentales. Estructura del proceso penal. T.II) Estructura del proceso (cont.). Los procedimientos penales. T.III) Procedimientos (cont.). Procedimiento de ejecución. Procedimientos diferenciados. Bibliografía: pág. 397/419. Incluye índice alfabético de materias.
- **Ferry, Luc Traducción: Utrilla, Juan José El Derecho: la nueva querrela de los antiguos y los modernos. Fondo de Cultura Económica, México, 1991. SERIE: Política y Derecho. Filosofía Política. 1.** Contenido: I) El rechazo de la modernidad



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

historicista: Leo Strauss. 1. Las oleadas de la modernidad. La disolución de la Filosofía política en el historicismo. 2. Los límites de la crítica straussiana de la modernidad: el idealismo alemán y la pluralidad de las filosofías de la historia. II) Las condiciones de posibilidad de una modernidad no historicista: el joven Fichte. págs. 164 .

- **Granara, Alberto David Derecho Procesal Penal. Nova Tesis, Rosario (Santa Fe), 2003. 2 Volúmenes** Contenido: T.I) El Proceso Penal. La acción. La denuncia. El imputado. Las garantías constitucionales. El Ministerio Público Fiscal. La querrela. Formas de iniciar el proceso. La investigación penal preparatoria. La investigación jurisdiccional. Los medios de coerción personal. T.II) La acusación fiscal. El sobreseimiento. El juicio penal. El juicio abreviado. La etapa probatoria. Medios de prueba. El debate oral. La sentencia. Bibliografía y notas al pie de página.
- **Jauchen, Eduardo M. Estudios sobre el Proceso Penal. Jurídica Panamericana, Santa Fe, 1994.** Contiene: sus bases: con la Reforma Constitucional. Principios del Juicio oral. La reforma al Código Penal: La suspensión del Juicio a Prueba (Ley 24.316). El Querellante en el nuevo Código Procesal Penal y otros temas. págs. 173
- **Maier, Julio B. J. El proyecto de código procesal penal de la Nación. Depalma, Bs. As., 1987. SERIE: Doctrina Penal. Teoría y Práctica.** 1. Contiene: Exposición de motivos. Texto completo del proyecto. págs. 131
- **Maier, Julio B. J. Derecho Procesal Penal Argentino. Hammurabi, Bs. As., 1989. 2 Volúmenes** Contenido: T. IA) Fundamentos. El Derecho Procesal Penal y su inserción en el orden jurídico.- En apéndice: Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica. T. IB) Fundamentos. El Derecho Procesal Penal como fenómeno cultural. Notas al pie de página. Bibliografía en cada tomo.
- **Maier, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. 2da. edición. Del Puerto, Bs. As., 1996/2003. 2 Volúmenes.** Contenido: T.I) Fundamentos. 1. El Derecho Procesal Penal y su inserción en el orden jurídico. 2. El Derecho Procesal Penal como fenómeno cultural. T.II) Sujetos procesales. Protagonistas del Procedimiento. El imputado y sus derechos. Los órganos estatales de la persecución penal. El Tribunal Penal. La participación del ofendido en el Procedimiento Penal. Notas al pie de página. Bibliografía en cada tomo. Incluye índice alfabético de materias.
- **Maier, Julio B. J.; compil. Bovino, Alberto; edit. Pastor, Daniel R.; edit. De los Delitos y de las Víctimas. Ad-Hoc, Bs. As., 1992. Obra colectiva. Notas y bibliografía al pie de página. págs. 316**



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

- **Navarro, Guillermo R. Daray, Roberto R. Prologuista: Palacio, Lino Enrique La Querella. DIN, Buenos Aires, 1999.** Contenido: Concepto. Capacidad para querellarse. Legitimación. Formas. Representación Admisión y desestimación. Separación del querellante. Actividad durante la instrucción. Durante el juicio común. En el juicio por delito de acción privada. Incluye además: La inmunidad de arresto de los parlamentarios de la Nación. La inmunidad de proceso en la Constitución Nacional y los sujetos que comprende. Bibliografía: pág. 379/384. págs. 384 .
- **Núñez, Ricardo C. Temas de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal. Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1958. SERIE: Breviarios de Derecho. 15.** Contenido: I) La diferencia entre delitos y contravenciones y su importancia constitucional. Tesis que admiten y niegan una diferencia sustancial entre delitos y contravenciones. Las conclusiones de la tesis negativa chocan con la Constitución. II) El homicidio en estado emocional. Desenvolvimiento legislativo de la atenuante. El estado psíquico. III) El contralor de las sentencias de los Tribunales de juicio por vía de la Casación. Índice alfabético de materias y de autores. págs. 111 .
- **Núñez, Ricardo C. Spinka, Roberto Emilio; colab. La Acción civil en el Proceso Penal. 2da. edición, act. Lerner, Córdoba, 1982.** Contenido: I) 1. Acciones emergentes del delito. 2. El ejercicio de las acciones que nacen del delito según el Derecho Positivo. 3. La Acción civil en el Código Procesal Penal. 4. Fuente y contenido de la reparación de perjuicios. II) 5. El actor civil. 6. Partes pasivas. 7. El imputado como demandado civil. III) Relaciones de la acción civil con la penal con posterioridad a la sentencia de mérito. págs. 232.
- **Oderigo, Mario A. Derecho Procesal Penal. Depalma, Bs. As., 1978. 2 Volúmenes Edición: 2da. actualizada Son dos tomos en un volumen.** Contenido. T.I) Generalidades. 1. La función penal. 2. La función jurisdiccional. 3. El Derecho Procesal Penal. 4. La Ley procesal. T.II) El Proceso Penal. 1. El sumario. 2. Procedimientos especiales. 3. Ejecución penal. Notas al pie de página. Bibliografía. NOTA: Incluye un suplemento de actualización: Modificación del régimen de eximición de prisión y excarcelación, Ley 20.516.
- **Roxin, Claus Maier, Julio B. J.; superv. Traducción: Córdoba, Gabriela E. Derecho Procesal Penal. Del Puerto, Bs. As., 2000.** Contenido: Libro I) El Derecho vigente en la República Federal de Alemania.- Libro II) Historia y Derecho comparado. Notas y bibliografía al pie de página. Índice alfabético de materias. Edición traducida de la 25a. edición alemana. págs. 601



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

- **Rubianes, Carlos J. Manual de derecho procesal penal. Depalma, Bs. As., 1985. 4 Volúmenes**
- **Rubianes, Carlos J. La querrela de acción pública. Depalma, Depalma, Bs. As., 1964.**
- **Vélez Mariconde, Alfredo Ayán, Manuel N.; actualización Cafferata Nores, José I.; actualización Derecho Procesal penal. 3ra. edición. Marcos Lerner, Bs. As., 1986. 3 Volúmenes** Contenido: T.I) Historia. Política procesal. T.II) Dogmática.- T.III) Actualización de los tomos I y II. Notas y bibliografía al pie de página.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

**XIII.-Artículos relacionados.**

Algunas observaciones sobre el principio acusatorio en el proceso penal.

Gelsi Bidart, Adolfo

Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, M. B. A., Montevideo, agosto de 1969, t. 67, N° 8, págs. 205-220.

La querrela: ¿su abolición o mantenimiento?

Maurino, Angel P.

Revista del Colegio de Abogados, Rosario, julio de 1974, 2da. época, 2da. circunscripción, Año 6, N° 9, págs. 37-49.

El ejercicio de la acusación particular en el procedimiento de urgencia para delitos cuyo fallo compete a los juzgados de instrucción.

Barrio Yglesias, Jaime

Boletín de Información, Ministerio de Justicia, 15 de septiembre de 1969, Año XXIII, N° 818, págs. 3-7.

La querrela criminal como una nueva hipótesis de suspensión de la prescripción.

Cáceres, Horacio S.

L.L. 1977-A, págs. 669-671

La Querrela en los Procesos por Delitos de Acción Pública.

Bartolini Ferro, Abraham

Revista de Derecho Procesal, Año 3, primera parte, págs. 337-351.

La querrela en delitos de acción de ejercicio privado.

Clariá Olmedo, Jorge A.

Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1970, Año XXIV, Nros. 1-5, enero-diciembre, págs. 29-68.

El abandono de la querrela en delitos de pretensión privada.

Guerrero Leconte, Víctor A.

L.L. 1971-143, págs. 1185-1191.

Efectos de la falta de acusación en el proceso penal.

Chichizola, Mario I.

J.A. 1961-IV, págs. 272-283.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

El particular ofendido y su intervención como querellante en los delitos de acción pública.  
Garro, Juan Manuel

JUS, Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires, Editora Platense, La Plata, 1962,  
Nº 2, págs. 99-105.

Estudio jurisprudencial sobre la querrela de acción pública.

Rubianes, Carlos J.

J.A. 1959-II, págs. 47-80.

La supresión de la querrela en los delitos de acción pública.

Ríos, Ramón Teodoro

Revista de Estudios Procesales, junio de 1971, Rosario, Centro de estudios procesales, Nº  
8, págs. 7-25.

Conveniencia de la participación del querellante conjunto.

Bisoglio, Juan C.

Seminario Jurídico, t. XXXVI, Córdoba: Comercio y Justicia, s/f, págs. D1-D9.

Los delitos contra el honor en perjuicio de menores de edad y la legitimación para  
querrellar (nota a fallo).

Bidart Campos, Germán J.

E.D. 1991-141, págs. 708-709.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘*Santillán a Storchi TOC1*’”

---

El querellante en los delitos de acción pública y la constitución nacional.

Cafferata Nores, José I.

Revista del Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, enero-junio de 1983, Año XXV, N° 44, págs. 165-192.

El ministerio fiscal y el querellante particular. (mantenimiento o supresión de este último).

Garro, Juan Manuel

E.D. 1982-96, págs. 801-812.

El querellante conjunto. ¿Recuperación legislativa o retroceso?

Clariá Olmedo, Jorge A.

L.L. 1974-156, págs. 1451-1464

Características de la intervención del ministerio fiscal y el actor civil o querellante en el proceso penal.

Chiara Díaz, Carlos A.

E.D. 1982-96, págs. 789-796

Querellante domiciliado en el extranjero.

Oderigo, Mario A.

JA. 1965-III, may-junio, sec. doct., págs. 7-10.

El acusador particular: una forma de revindicar los derechos de la víctima en el proceso penal.

Argentina. Leyes

ZEUS, Rosario, mayo/agosto 1988, t. 47, págs. D-89-D-92.

El querellante, la acción popular y la reforma procesal de Buenos Aires.

García, Eduardo Augusto

J.A.1943-II, sec. doct., págs. 76-81.

El querellante y las vías recursivas en el nuevo ordenamiento procesal penal.

Palazzi, Pablo Andrés

J.A. 1993-III, págs. 627-628.

Reflexiones sobre el acusador particular. (nota a fallo).

Madariaga, Miguel Angel

L.L. 1990-A, págs. 594-600.

La eliminación del querellante particular en los delitos de acción pública.

Medina, Justo G.

Revista de Derecho Procesal, Ediar, Buenos Aires, 1949, v. 1949-1, págs. 196 a 199.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

Representación letrada del querellante y 'particular damnificado'.  
Martínez Urrutia, Luis  
J.A. 1918-2, págs. 323.

Supresión del querellante particular en los delitos de acción pública.  
Mercado, Angel R.  
E.D. 1982-96, págs. 801-812.

Derecho de acusar del querellante en los delitos de acción pública.  
Nerva (seud.)  
LL. 1965-120, págs. 747-749.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

Problemas relacionados con la intervención del querellante en el proceso penal Nacional (ley 23.984).

Orgeira, José M.

J.A. 1996-II, págs. 983-988.

Recursos del pretense querellante contra la desestimación de la denuncia (Apelación, Casación y Extraordinario) Código Procesal Penal - ley 23.984.

Solimine, Marcelo A.

E.D. 1995-162, págs. 1061-1076.

El domicilio real del querellante en delitos de acción pública (A propósito del proyecto de reforma del art. 172 del Código de Procedimiento Criminal).

Tejeda, Eves Omar

L.L. 1980-C, págs. 898-911.

Los roles del ministerio público y de la víctima querellante en la acusación penal.

Bidart Campos, Germán J.

L.L. 1998-E , págs. 432 a 434.

Algunas cuestiones en torno a la figura del querellante particular en el Código Procesal Penal de la Nación. Breves observaciones en torno al actor civil.

Pessoa, Nelson

J.A. 1997-IV, págs. 682 a 685.

El querellante - representante de la víctima en el proceso penal.

Nadra Chaud, Virginia

Doctrina Jurídica. Revista del foro salteño, Ediciones Noreste Argentino, Salta, 1999, v. 21, págs. 143 a 146.

Consideraciones sobre el querellante particular frente al recurso de casación

Palacio, Lino Enrique

L.L. 1998-B, págs. 787 a 789.

El derecho de querrela en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos

Slonimsqui, Pablo

Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Bs. As., 2000, vol. 10-A, págs. 311 a 333.

Querellante: Nuevos estándares de legitimación

López, Santiago A.

Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Bs. As., 2000, vol. 10-A, págs. 335 a 345



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

El querellante en el proceso penal: ...Y despues de “Santillán” ¿Qué?. Acerca de las posibles consecuencias del fallo 'Santillán' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación  
Martínez, Santiago  
Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Bs. As., 2000, vol. 10-A, págs. 453 a 477.

La renuncia a la acción penal privada y el abandono de la querella.  
Maier, Julio B. J.  
Nueva Doctrina Penal, Del Puerto, Bs. As., 1997, v. 1997/B, págs. 745 a 755.

Actividad de los distintos sujetos procesales: El querellante y el personal damnificado  
D'Albora (h), Francisco J.  
Cuaderno de doctrina, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Bs. As., 2000, v. 10, págs. 17 a 25.

El querellante en el proceso penal.  
Romero Villanueva, Horacio J.  
J.A. 1999-II, págs. 1083 a 1090.

¿Puede un decreto legitimar al querellante?.  
D'Albora, Francisco J.  
L.L. 2001-C, págs. 607 a 608.

La querella y el ejercicio de la acción. Según la Constitución Nacional y la jurisprudencia.  
Cevasco, Luis Jorge  
D.J. 2000-1, págs. 4 a 6.

El querellante y la víctima  
D'Albora, Francisco J.  
Ciencias penales contemporáneas. Revista de derecho penal, procesal penal y criminología Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, vol. 2, págs. 115 a 135.

La querella exclusiva: reflexiones sobre su naturaleza. La legitimación activa y el acto promotor. Corolarios.  
D'Albora, Francisco J.  
Morello, Augusto Mario; Coord., La legitimación: homenaje al Profesor Dr. Lino Enrique Palacio, 1996, Bs. As., Abeledo-Perrot, págs. 167-177.

El desplazamiento del querellante conjunto ¿apelación o excepción?  
Almeyra, Miguel Angel



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘*Santillán a Storchi TOC1*’”

---

Revista de derecho procesal, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2003, vol. 2003-1, págs. 235 a 248.

Derecho a la justicia del querellante y posición desincriminatoria del Ministerio Fiscal: a propósito de los arts. 332, 352, 359 y 464 del CPP de Córdoba  
Cafferata Nores, José I.  
Derecho Penal, Juris, Rosario, 2003, vol. 10, págs. 13 a 32.

¿Son válidos los límites objetivos impuestos al recurso de casación del querellante conjunto?  
M.A.A.  
L.L. 2003-F, págs. 232 a 234.

Formas de intervención de la víctima en el proceso penal  
Chiara Díaz, Carlos Alberto  
ZEUS, Colección Jurisprudencial, Zeus, Rosario, 1993, v. 62, págs. 55 a 60

Nuevas aristas de la admisión y separación del querellante del proceso criminal.  
Báez, Julio C.  
L.L. 2004-C, págs. 680 a 685.

El sujeto de derecho como sujeto procesal: menores de edad como querellantes  
Beloff, Mary G.  
Revista de derecho penal y procesal penal, Lexis Nexis, Bs. As., 2004, págs. 226 a 228.

Se acaba el tiempo del querellante adhesivo?  
Gorostiaga, Manuel J.  
El derecho penal, El Derecho, Bs. As., 2004, v. 9-2004, págs. 63 a 66.

El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su facultad recursiva. Derivaciones de los estándares fijados por la Comisión de Derechos Humanos, y de las garantías de 'tutela judicial efectiva' y 'doble instancia'.  
Solimine, Marcelo A.  
L.L. 2005-A, págs. 1375 a 1385.

¿Querellante autónomo o adhesivo?. Dos palabras acerca del ejercicio de la acción penal pública por la víctima.  
M.A.A.  
L.L. 2006-A, págs. 312 a 313.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

De nuevo sobre el querellante particular.

Almeyra, Miguel A.

L.L. 2006-C, págs. 121 a 125.

El pretense querellante y la posibilidad de recurrir la desestimación de las actuaciones.

Bertola, María C.

L.L. 2006-E, págs. 1 a 4.

Una vez más sobre el querellante particular ¿deuteragonista o actor principal?.

Almeyra, Miguel A.

L.L. 2006-D, págs. 119 a 123



#### **XIV.-Índice de notas.**

- <sup>1</sup> C.S.J.N., "Santillán, Francisco Agustín", rta.: 13/08/98, T. 321, P. 2021.
- <sup>2</sup> Julio B. J. Maier, De los delitos y las víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- <sup>3</sup> C.I.D.H., “Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú”, rta.: 14/03/01.
- <sup>4</sup> C.I.D.H., “Bulacio vs. Argentina”, rta.: 18/09/03.
- <sup>5</sup> C.S.J.N., “Quiroga, Edgardo O.”, rta.: 23/12/04, T.327, P.5863.
- <sup>6</sup> C.N. Crim. y Correc., Sala I, c. 21.229, “Storchi, Fernando”, rta.: 08/03/04.
- <sup>7</sup> C.N. Crim. y Correc., Sala I, c. 29.787, “Mena, Pablo Jorge y otro”, rta.: 19/10/06.
- <sup>8</sup> (Nota original) Cámara Nacional de Casación Penal.  
Sala I, causa 6537, “López González, Mirta”, del 8/02/06.  
Sala II, causa 5297, “Sotomayor, Oscar”, del 30/11/04.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.  
Sala I, causa 26.788, “Perversi, Jorge”, del 6/10/05.  
Sala I, causa 28.275, “Aramburu, Gustavo”, del 7/06/06.  
Sala I, causa 29.787, “Mena, Pablo”, del 19/10/06.<sup>7</sup>  
Sala IV, caua 24.126, “Soldán, William S.”, del 28/06/2004.  
Sala VII, causa 25.303, “Bayo Hanza, María C.”, del 22/02/05.<sup>73</sup>  
Sala VII, causa 25.731, “Cucho Muñoz, María del Rosario”, del 24/02/05.<sup>71</sup>  
Sala VII, causa 25.602, “Taha, César Y.”, del 21/03/05.  
Sala VII, causa 28.535, “Masola, Mirta”, del 24/05/06.<sup>72</sup>  
Sala VII, causa 31.985, “Scandroglío, Lidia D.”, del 24/05/07.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Crisis y Legitimación de la Política Criminal, del Derecho Penal y Procesal Penal”. En Política y Dogmática Jurídico-penal. Advocatus - Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Córdoba, 2002.

- <sup>9</sup> (Nota original) Cafferata Nores, José. El querellante en los delitos de acción pública y la Constitución Nacional. Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Año XXV, n° 44, enero-junio 1983, La Plata.
- <sup>10</sup> C.S.J.N., “Tarifeño”, rta.: 28/12/89, Fallos T. 325, P. 2019.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘*Santillán a Storchi TOC1*’”

---

- <sup>11</sup> C.S.J.N., “Marcilese”, rta.: 15/08/02, Fallos T. 325, P. 2005.
- <sup>12</sup> C.S.J.N., “Mostaccio”, rta.: 17/02/04, Fallos T. 327, P. 120.
- <sup>13</sup> (Nota original) Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Temis, Bogotá, vol. II, pág. 318 (parágrafo 861, nota 2).
- <sup>14</sup> (Nota original) Maier, Julio B. J. “La Víctima y el Sistema Penal”, en De los delitos y las víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992<sup>2</sup>.
- <sup>15</sup> (Nota original) Zaffaroni, Eugenio Raúl. El Enemigo en el Derecho Penal. EDIAR, Buenos Aires, 2006, pág. 30 y ss.
- <sup>16</sup> (Nota original) Zaffaroni, El Enemigo... citado, p. 37.
- <sup>17</sup> (Nota original) Eser, Albin (“Sobre la Exaltación del Bien Jurídico a costa de la Víctima”. En El bien jurídico en los análisis dogmáticos y políticos criminales. Traduc. Cancio Meliá, UNLitoral, Santa Fe, 1999), Bovino, Alberto - Wortman Jofré, Hugo (“La víctima ante el procedimiento de la CPI”, NDP, 2004 - B-p.689), Alagia, Alejandro (“De la crítica a la fe, a la fe en la autoridad. Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el disvalor de acción”. Revista de la Universidad de Palermo, N° 1 y 2, Buenos Aires, 1997.), Maier, Julio B.J. (“La Víctima y el Sistema Penal”, en De los delitos y de las Víctimas, AA.VV., Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 183); Cárdenas, Juan. “La Víctima en el Proceso Penal”, Nueva Doctrina Penal, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1999/B, pág. 717.
- <sup>18</sup> (Nota original) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios y Realidad. En El Proceso Penal, Sistema Penal y Derechos Humanos. Editado por la Secretaría de Gobernación, Ilanud y Comisión Europea, Edit. Porrúa, México DF, 2000, pág. 6.
- <sup>19</sup> C.S.J.N., “Cincotta”, rta.: 12/07/65, Fallos T. 262, P. 144.
- <sup>20</sup> (Nota original) Carrara, ob. loc. cit..
- <sup>21</sup> C.S.J.N., “Otto Wald”, rta.: 21/07/67, Fallos T. 268, P. 266.
- <sup>22</sup> C.S.J.N., “Soc. Civil Dep. Morón v. E. Cigarroa”, rta.: 12/05/77, Fallos T. 297, P. 491.
- <sup>23</sup> (Nota original) Cámara de Casación Penal sobre el recurso del pretense querellante (“Zichy Thyssen, Federico; Ivanessevich, Alejandro s/ recurso de inaplicabilidad de ley”, 23 de junio de 2006).



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

<sup>24</sup> C.S.J.N. “Panciroli”, rta.: 15/09/81, Fallos T. 303, P. 1349.

<sup>25</sup> C.S.J.N., “Oroz y Baretta”, rta.: 13/04/89, Fallos T. 312, P. 483.

<sup>26</sup> (Nota original) Leading cases: “Strada”, Fallos: 308:429, y “Di Mascio”, Fallos: 311:2478

<sup>27</sup> (Nota original) El tema del desistimiento por el fiscal de cámara del recurso del fiscal inferior, lo cual convendría releer a quienes confunden indisponibilidad de la acción penal pública con fiscales ciegos y sordos.

<sup>28</sup> C.S.J.N., “Girolodi”, rta.: 07/04/95, Fallos T. 318, P. 514.

<sup>29</sup> C.S.J.N., “Mattio”, rta.: 23/12/04, Fallos T. 327, P. 5959.

<sup>30</sup> (Nota original) Estoy salteando etapas a los fines expositivos y dándolas por conocidas. Es evidente los “jueces inferiores” (arts. 116 y 117 CN) no tienen el deber jurídico de seguir las doctrinas de la Corte, porque rige en la Argentina el sistema de control de constitucionalidad difuso, a diferencia de varios países europeos donde un solo tribunal superior se encarga de estas cuestiones y sus decisiones tienen fuerza de ley para los inferiores. Aquí ese deber es de orden moral y práctico o de sentido común, para evitar futuras apelaciones que necesariamente culminarían con la revocación de los actos procesales celebrados en contra de aquéllas. La distinción de sistemas es muy importante en la práctica, como lo demuestra la extrañeza o sorpresa de profesores y magistrados extranjeros acerca de la familiaridad con que magistrados argentinos de todas las instancias tratamos temas constitucionales. En consecuencia, cuando se realizan juicios de valor comparativos tales como que en aquellas latitudes no existen tantas declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes como aquí, no se está diciendo nada importante. Allí no las hay, porque carecen de competencia para ello, mientras que aquí, los magistrados de todas las instancias y fueros, provinciales y federales, tienen la obligación de realizar un cotejo de constitucionalidad de todas las leyes y actos que habrán de aplicar en los casos sometidos a su jurisdicción.

<sup>31</sup> (Nota original) Quiero adelantar que más allá de su mérito, lo cierto es que como no se trata de una disposición legal, los jueces no estarían obligados a seguir instrucciones del PGN; así que por más que los fiscales lo pidiesen, no habría solución o salida procesal si los jueces no remiten el expediente al fiscal de Cámara o si desconocen el dictamen que este magistrado del MPF produce. También podría interpretarse a contrario, que la Resolución en la que se plasma una Instrucción General, no deja de ser una reglamentación de la actividad de magistrados del MPF, dictada dentro del marco de competencia legal del Procurador General y, por ello, que mientras no existiese otra de superior jerarquía



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘*Santillán a Storchi TOC1*’”

---

normativa, los magistrados del Poder Judicial estarían habilitados a observarla. No otra cosa es lo que ocurre con los decretos del Poder Ejecutivo Nacional reglamentarios de infinidad de actividades de la administración pública y que los jueces aplican a diario.

Ver también Righi, Esteban: “El control de las decisiones no acusatorias del Ministerio Público”, *Jurisprudencia Argentina* 30 de julio de 2003 (JA 2003-III-fascículo 5, pág. 27).

<sup>32</sup> (Nota original) Se ha pensado en la ridiculez de llegar a una sentencia condenatoria sin fiscal. En efecto, un proceso donde se ordenase a los fiscales a formular un requerimiento de instrucción (aplicación analógica in malam partem del procedimiento del art. 348 CPPN a la etapa del art. 180 CPPN), después un requerimiento de elevación a juicio (art. 348 CPPN), después en el juicio oral se produjese la prueba de oficio por el tribunal oral (arts. 356 y 357 CPPN) y, finalmente, se condenase aunque no hubiera habido alegato acusatorio (art. 393 CPPN). Reitero un concepto. Esto es de nivel procesal, Tarifeño y su progenie, son de nivel constitucional.

<sup>33</sup> (Nota original) Lo llamo en broma la doctrina de “ir al juicio oral a tomar café”, en alusión a lo aburrido de este rol pasivo y a la Sra. Marta del bar El Sosiego, anejo al edificio de Paraguay 1536, donde pedimos café y gaseosas cuando estamos en debate.

<sup>34</sup> (Nota original) Cafferata Nores, “El querellante en los delitos de acción pública y la Constitución Nacional”. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. Año XXV, n° 44, enero-junio 1983, La Plata

<sup>35</sup> (Nota original) Sala I, causa 6031 “Linares, Martín Maximiliano”, resuelta el 6 de junio de 2005; Sala II, causa 5861 “Lih Yuh Lin”, resuelta el 21 de septiembre de 2005. Sala II, causa 5925 “Baza, Gustavo Daniel”, registro 8128, sentencia del 23 de noviembre de 2005.

<sup>36</sup> C.S.J.N., “Del Ollio”, rta.: 11/06/06.

<sup>37</sup> (Nota original) Cafferata Nores, José. *El querellante...* La Plata, ya citado.

<sup>38</sup> C.I.D.H., “Velásquez Rodríguez”, rta.: 29/07/88.

<sup>39</sup> (Nota original) Punitivismo, neopunitivismo o panpunitivismo, son términos que se emplean para graficar la paradoja que se produce a partir de varias decisiones de tribunales internacionales de derechos humanos, que consisten en disponer o instar a la aplicación de penas o males a los violadores de los derechos humanos. Tribunales supuestamente instalados para defender los derechos humanos, terminan reclamando la imposición de penas (ver, entre otros, Malamud Goti, Jaime, “A propósito de una sentencia bien intencionada”, *Nueva Doctrina Penal*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, T° 2000/B, pág.

---

Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Viamonte 1155, P.B. Tel. 4370-4965; e-mail: [cncrimcorr.jurisprudencia@pjn.gov.ar](mailto:cncrimcorr.jurisprudencia@pjn.gov.ar)  
Sec.: Sabrina E. Namer



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

493; Pastor, Daniel R. “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, Nueva Doctrina Penal. Edit. Del Puerto. t. 2005/A, Buenos Aires, mayo 2005, pág. 73 y ss.; Ziffer, Patricia, “El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad”, Libro Homenaje al prof. Julio B. Maier, AA.VV. Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2005; Yacobucci, Guillermo J. “Hacia una Nueva Legalidad Penal”, Suplem. de Dcho. Constitucional, La Ley, 21/4/05, p. 11). Entiendo que estas críticas no son del todo correctas porque omiten distinguir que las víctimas de violaciones a los DDHH no siempre son las imputadas en causas penales (como ocurre con los ejemplos clásicos de acusados que han sufrido torturas; o que se les ha privado de su derecho al recurso; o el de ser juzgado en plazo razonable; o a permanecer en libertad durante el proceso, etc. etc.). Existen víctimas de violaciones a DDHH que también tienen esa misma categoría en los procesos penales que se desarrollan en los países signatarios de una Convención de DDHH. A estos últimos generalmente se les concede un derecho a intervenir en el proceso penal dirigido contra la o las personas imputadas de cometer el delito que los damnifica. Por ejemplo, entre nosotros, la figura del querellante. Ese es el tema de las jornadas. Bien, la primer observación que corresponde formular es que la intervención de las víctimas en el proceso penal no asegura por sí misma la imposición de una pena, ni que el proceso penal deba seguir su curso aunque no tenga razón. Eso lo deciden los jueces que pueden rechazar sus peticiones fundadamente. El castigo de los hechos que los damnifican tiene otra causa o fuente. Se puede hablar de un fundamentalismo penal cuando se pretende resolver o responder a cada conflicto social o lesión de un bien jurídico con una pena. Una suerte de derecho de las víctimas al castigo de cualquier lesión a sus derechos (ej. un incumplimiento de contrato). Pero el término no es correcto cuando la pena ya está prevista en una ley sin discusión en la comunidad sobre su conveniencia y, lo único que se discute, si a su aplicación se le interponen circunstancias que constituyen violaciones a los derechos humanos en sí mismas. Las premisas son: (1) El estado se comprometió internacionalmente a respetar los DDHH. (2) Entre esas obligaciones se encuentra la de dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana en los casos contenciosos en que la Argentina es condenada. (3) Con anterioridad a todo ello, el Estado incluyó en sus leyes penales una serie de delitos por los cuales se penan esos hechos. (4) También se comprometió internacionalmente a no hacer valer ningún obstáculo para que esos hechos sean investigados y los culpables castigados. (5) Si existió un obstáculo y después del correspondiente proceso éste fue removido por el tribunal competente para hacerlo, (6) el resultado es el desarrollo del proceso y la aplicación de la pena ya prevista en la ley a quienes resulten responsables. No es por virtud de un tribunal de derechos humanos que se castiga, sino por la ley penal previa al hecho. Ese tribunal sólo ha declarado, porque le hemos dado competencia para hacerlo, que el obstáculo que se había intercalado en el camino hacia la investigación y la aplicación de la pena, no era válido. La cuestión sobre el “punitivismo” en este terreno consiste en discutir si un grupo de hechos llevados a cabo en un tiempo y lugar determinados deben ser castigados o no. La Argentina ya declaró que sí desde antes de los hechos. Esa discusión



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

no versa sobre los obstáculos que habré de interponer o que haré valer para que los procesos no progresen.

<sup>40</sup> C.S.J.N., “Urteaga”, rta.: 15/10/98, Fallos T. 321, P. 2767.

<sup>41</sup> Acuerdo o solución amistosa suscripto el 15 de noviembre de 1999 por la Argentina y la Sra. Carmen Aguiar de Lapacó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso n° 12.059).

<sup>42</sup> C.S.J.N., “Suárez Mason”, rta.: 21/06/88, Fallos T. 311, P. 1042.

<sup>43</sup> C.S.J.N., “Valentini”, rta.: 27/12/05.

<sup>44</sup> C.S.J.N., “Strada”, rta.: 08/04/1986, Fallos T. 308, P. 490 y “Di Mascio”, rta.: 01/12/88, Fallos T. 311, P. 2478.

<sup>45</sup> C.S.J.N., “Juri”, rta.: 27/12/06.

<sup>46</sup> C.S.J.N., “Arce”, rta.: 14/10/97, Fallos T. 320, P. 2145.

<sup>47</sup> (Nota original) Márquez, Luis. “La Corte Interamericana en el caso ‘Bulacio’ y los derechos de las víctimas”. La Ley Actualidad, 27 de septiembre de 2005.

<sup>48</sup> (Nota original) Creo que por tratarse de un soporte basado en Pactos de DDHH, esta víctima no podría ser una persona jurídica ni el Estado. Sólo víctimas personas físicas particulares.

<sup>49</sup> (Nota original) Bidart Campos, Germán. “La legitimación del querellante”. El Derecho, T° 143, pág. 937.

<sup>50</sup> (Nota original) Cafferata Nores, José. “¿La pena al culpable es un derecho de la víctima por ser parte de su reparación?”. En Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal. Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

<sup>51</sup> (Nota original) Casos “Loayza Tamayo”, 19/9/97; “Castillo Páez”, 22/11/98.

<sup>52</sup> (Nota original) caso “Blake”, 22/11/99.

<sup>53</sup> (Nota original) caso “Velasquez Rodríguez”; caso “Villagrán Morales”.

<sup>54</sup> (Nota original) casos “Loayza”, “Blake”, etc



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

<sup>55</sup> (Nota original) caso “Durand”

<sup>56</sup> C.S.J.N., “Simón”, rta.: 14/06/05, Fallos T. 328, P. 2056.

<sup>57</sup> C.S.J.N., “Priebke”, rta.: 02/11/95, Fallos T. 318, P. 2148.

<sup>58</sup> C.S.J.N., “Arancibia Clavel”, rta.: 24/08/04, Fallos T.327, P. 3312.

<sup>59</sup> (Nota original) Cfr., Caso “Trujillo Oroza”, Reparaciones, supra nota 30, párr. 106; Caso “Barrios Altos”<sup>3</sup>; y Caso “Barrios Altos”. Interpretación de la Sentencia de Fondo (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 15.

<sup>60</sup> (Nota original) Cfr., Caso “Barrios Altos”<sup>3</sup>.

<sup>61</sup> C.S.J.N., “Hagelin”, rta.: 08/09/03, Fallos T. 326, P. 3268

<sup>62</sup> (Nota original) Ferreira, Marcelo. “La Corte Suprema ratifica la nulidad de las ‘leyes de impunidad’: los distintos fundamntos, la conclusión implícita y la última respuesta (el espectro de la víctima)”. J.A. 2005 - IV, oct-dic. Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina.

<sup>63</sup> (Nota original) Varios tribunales ya vienen actuando de tal manera, es decir, con un fiscal que actúa en el debate como mero contralor de la legalidad. Así, El T.O.C. N° 26, en la causa N° 929 “Zivotinsky, Boris Moisés” (la resolución que tiene presente mi posición es del 31 de octubre de 2005). También el T.O.C. N° 25 en la causa N° 1720 “Bucceri, Angela Teresa s/ estafa procesal y uso doc. priv. falso”.

<sup>64</sup> (Nota original) Resoluciones PGN N° 3/86, 25/88, 96/93, 39/95, 20/96, 82/96, MP 27/99, MP 39/99, entre otras, citadas en la mencionada Res. PGN N° 32/02.

<sup>65</sup> C.S.J.N., “Munson, Gregory”, rta.: 03/03/05, Fallos T. 328, P. 242

<sup>66</sup> (Nota original) Como los tribunales no legislan, es muy frecuente oír críticas a estas soluciones constitucionales que derivan de la comprobación de que otras situaciones que pudieran darse en el proceso, no tienen solución. Por ejemplo, qué pasaría en un incidente de excarcelación si ya no hay fiscal en el proceso? O, se observa que sin fiscal el imputado ya no podría realizar un “juicio abreviado”, ni solicitar la suspensión del proceso a prueba donde el dictamen fiscal es vinculante, etc. etc. Como se sugiere en el texto, estos no son motivos que justifiquen el mantenimiento de una cláusula inconstitucional como la del segundo párrafo del art. 348 CPPN, cuando se refiere a la consulta ante un dictamen fiscal desincriminatorio. Luego, no constituyen ningún argumento jurídico. Pero aún así, cabe



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

contestar que los jueces tienen el deber de seguir los trámites de los procesos haciendo valer todos los derechos en juego: si el fiscal ya no actúa más en función requirente, y sólo continúa en ese rol la querrela, no se entiende cómo podría subsistir detenida una persona o bien, sería sencillo encuadrar el caso en la disposición del art. 317, inc. 3º, CPPN, por la cual corresponde la excarcelación si una persona hubiera cumplido en prisión preventiva la pena pedida por el fiscal (como no solicitará pena, debe concederse inmediatamente). En los casos de suspensión del proceso a prueba, no existiría inconveniente en que el fiscal dictamine porque el objeto de la “*probation*” es distinto del proceso. En cuanto a la imposibilidad de juicio abreviado, no acarrearía ningún problema constitucional, porque podría acordar un “breve” con la querrela, y el tribunal oral no podría imponer una pena más alta que la solicitada por ésta. En cualquier caso, todos los procedimientos de juicio abreviado que se realizan hoy día en el ámbito de la justicia nacional y federal deberían ser declarados inconstitucionales porque el procedimiento del art. 431 bis CPPN no prevé, y de hecho no se hace, que los jueces sentenciantes mantengan una entrevista personal con la víctima, como lo exige el art. 41 del Código Penal, que es de superior jerarquía al procesal (art. 31 CN).

<sup>67</sup> Corte Penal Internacional, “The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo”, ICC-01/04-01/06.

<sup>68</sup> C.N.C.P., Fallo plenario nro. 11, “Zichy Thyssen, Federico y otro”, rto.: 23/06/06.

<sup>69</sup> C.S.J.N., “Aijón, José y otros”, rta.: 09/03/1925, T. 143, P. 5.

<sup>70</sup> C.N. Crim. y Correc., Sala V, c. 28.954, “De Santis, Carlos”, rta.: 02/05/06.

<sup>71</sup> C.N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 25.731, “Cucho Muñoz, María del Rosario”, rta.: 24/02/05.

<sup>72</sup> C.N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 28.535, “Masola, Mirta”, rta.: 24/05/06.

<sup>73</sup> C.N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 25.303, “Bayo Hanza, María C.”, rta.: 22/02/05.

<sup>74</sup> C.C.C.F., Sala I, “Barán”, rta.: 01/12/05.

<sup>75</sup> C.N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 25.602, “Taha, César”, rta.: 21/03/05.

<sup>76</sup> C.S.J.N., “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo”, rta.: 01/12/88, T. 311, P. 2497.



1<sup>era</sup>. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia  
“Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”

---

<sup>77</sup> C.S.J.N., “Giroidi, Horacio David”, rta.: 07/04/95, T. 318, P. 514.

<sup>78</sup> C.S.J.N., “Bramajo, Hernán Javier”, rta.: 12/09/96, T. 319, P. 1840.

<sup>79</sup> C.N.C.P., Sala II, “Sotomayor, Oscar A.”, rta.: 30/11/04.

<sup>80</sup> C.N.C.P., Sala II, “Lih Yuh Lin”, rta.: 21/09/05.

<sup>81</sup> C.N.C.P., Sala III, “Corti”, rta.: 12/04/05.

<sup>82</sup> C.N.C.P., Sala I, “Linares”, rta.: 06/06/05.

<sup>83</sup> C.N.C.P., Sala I, “López González”, rta.: 08/02/06.

<sup>84</sup> C.N. Crim. y Correc., Sala VII, “Neumann”, rta.: 25/02/05.

<sup>85</sup> C.N. Crim. y Correc., Sala VII, “Giúdice”, rta.: 12/05/06.

<sup>86</sup> C.N. Crim. y Correc., Sala VII, “Dragamar”, rta.: 12/12/2006.

<sup>87</sup> C.N. Crim. y Correc., Sala VII, “Najblat”, rta.: 06/02/07.

<sup>88</sup> C.N. Crim. y Correc., Sala I, “Meta”, rta.: 10/11/06.

<sup>89</sup> C.N. Crim. y Correc., Sala IV, “Tosco”, rta.: 09/08/06.

<sup>90</sup> C.N. Crim. y Correc., Sala IV, “Tosco”, rta.: 09/08/06.

<sup>91</sup> C. Nac. Penal Económico, Sala A, “Grosskotf”, rta.: 19/04/07.