

UNIVERSIDAD
SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADO

El nuevo rol del querellante de acción pública y su derecho fundamental al recurso,
según el Código Procesal Penal de la Nación

Nombre y apellido: Leyría, Verónica Andrea.

Legajo: ABG04598.

Fecha: Mayo de 2016.

Carrera: Abogacía.

Resumen

Los derechos de la víctima de un delito, han ido transformándose con el correr del tiempo, hasta llegar a estructurarse la figura procesal del querellante.

La querella, es una institución que constantemente va adquiriendo mayor relevancia en el sistema penal, no sólo argentino, sino también en los sistemas latinoamericanos. Y cada vez son más, las legislaciones que le otorgan facultades autónomas.

En este marco, surge un interrogante ¿hasta dónde son extensivas estas facultades? En respuesta a ello, esta investigación, pretende hacer un aporte con doble orientación: por un lado, determinará el alcance de esas facultades, otorgadas al querellante, según el nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Y por otro, profundizará específicamente, sobre el derecho al recurso que le asiste, exponiendo las diferentes teorías o corrientes doctrinarias sobre este postulado que, en relación a la víctima, es tan discutido por la doctrina jurídica.

Abstract

The rights of a crime's victim have been changing through the time, until the claimant's processing figure, has been structured.

The complaint is an institution that is constantly acquiring more relevance in the legal system, not only in the Argentinean one, but also in the Latin American system. Every day, there are more laws and legislations that provide them with autonomous faculties.

In these cases, there is a question we ask ourselves, up to where are these faculties extensive?

In response to that, this research pretends to make a contribution with a double orientation. On one hand, it will determine up to what point these faculties given to the claimants get, according to the new Procedural code of the Nation.

On the other hand, it will deeply work on the right of the resource that the claimant gets, exposing the different theories and doctrines on this statement, that is been really discussed by the jury.

Índice

Introducción general	8
-----------------------------------	---

Capítulo I – La víctima y su facultad de querellar en el proceso penal.

1. Introducción.....	12
2. Cuestiones conceptuales	12
2.1. Concepto de víctima	12
2.2. Su constitución como querellante.....	13
2.3. Definición de querella.....	14
2.4. Tipos de querellantes	14
3. Reseña histórica.....	16
3.1. Protagonismo de la víctima en el proceso penal.....	16
3.2. La exclusión de la víctima	17
3.3. Reingreso de la víctima en el proceso penal.....	18
4. Concepciones legislativas de la víctima como querellante.....	18
4.1. En el Código Obarrio (1888).....	18
4.2. En el Código Lavene (1991).....	19
4.3. La víctima en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos	20
4.4. La víctima como querellate en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27063).....	21
5. Conclusión	22

Capítulo II – Derecho comparado

1. Introducción.....	24
2. Concepción de la querella en algunos sistemas penales provinciales	24
2.1. En el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba	25
2.2. En el Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe	27
2.2.1. El querellante conjunto autónomo en Santa Fe	27

2.2.2. El querellante sustitutivo en Santa Fe.....	30
2.3. En el Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos	32
3. Concepción de la querrela en algunos sistemas penales internacionales.....	34
3.1. En el sistema jurídico de Guatemala	35
3.2. En el sistema jurídico de Costa Rica	36
3.3. En el sistema jurídico de Chile	38
4. Conclusión	40

Capítulo III – Nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27063)

1. Introducción.....	42
2. El querellante autónomo	42
2.1. Antecedentes. Los fallos “Santillán” y “Quiroga” de la CSJN	42
3. El problema del alcance de la facultad autónoma del querellante.....	46
4. Doctrina y jurisprudencia.....	49
4.1. Criterios en contra del querellante autónomo.....	49
4.2. Criterios a favor del querellante autónomo	51
5. La nueva normativa – Ley 27.063	53
5.1. La conversión de la acción	54
5.1.1 Criterio de oportunidad.....	54
5.1.2 Sobreseimiento	56
6. Conclusión	57

Capítulo IV – El Recurso. Lineamientos generales.

1. Introducción.....	59
2. Recurso	59
2.1 Definición	59
2.2 Características.....	60
2.3 Clasificación	60
2.4 Principios generales	60

2.5 Efectos	61
2.6 La constitucionalización del derecho al recurso	62
3. Interpretación del derecho al recurso según la Corte Suprema de Justicia.....	63
3.1 La doble instancia antes de los Pactos Internacionales	63
3.2 La doble instancia después de los Pactos Internacionales	63
3.3 La doble instancia luego de la reforma constitucional de 1994	64
4. Legitimación para impugnar	65
4.1 Legitimación del imputado	65
4.2 Legitimación del acusador público	65
4.3 Legitimación del querellante	66
5. Fundamento de existencia de mecanismos de control	68
5.1 Recurso como garantía del control de los actos del gobierno.....	68
5.2 Recurso como garantía del imputado y de la víctima.....	69
5.2.1 Garantía de doble instancia.....	69
5.2.2 Garantía de la tutela judicial efectiva	70
6. El problema del recurso sobre sentencia absolutoria.....	71
6.1 Concepción en el nuevo CPPN.....	72
7. Conclusión	73

Capítulo V – ¿Existe un derecho fundamental al recurso?

1. Introducción.....	75
2. Análisis del artículo 8 de la CADH	75
2.1 La cuestión acerca de la persona a quien se le reconoce este derecho en la CADH	79
3. Posiciones doctrinarias	81
3.1 Criterios a favor del recurso del querellante.....	81
3.2 Criterios en contra del recurso del querellante	83
4. ¿Qué principios se verían vulnerados por el derecho al recurso del acusador? Nuestra posición.....	85
4.1 Ne bis in ídem.....	85
4.2 La prohibición de la reformatio in peius.....	86

4.3 La garantía del plazo razonable	87
4.4 Garantía de tutela judicial efectiva	88
5. Conclusión	90

Capítulo VI – Conclusión

1. Conclusión	91
---------------------	----

Bibliografía

1. Doctrina.....	101
2. Jurisprudencia	103
3. Legislación	105

Introducción

El rol de la víctima ha ido mutando a través del tiempo, así, en una primera época, según Bovino A. (1998), el derecho germánico se regía por un derecho penal privado y de composición. En esta etapa, la víctima tenía un papel protagonista respecto de la persecución penal.

Posteriormente, adviene la etapa de la Inquisición, donde se produce una expropiación de esas facultades de la víctima y se crea la persecución penal pública, pasando a un sistema por el cual es el Estado es el único facultado para ejercer la acción penal. Es decir, el conflicto se estatizó. (Maier, 2003)

Por último, la víctima fue reinsertada en el proceso penal, pero no de la forma en que fue concebida originalmente, sino que se la reincorpora a través de la figura del “querellante”.

La querrela, “es la instancia introductiva del querellante, producida ante el órgano jurisdiccional de acuerdo con las formalidades legales, por la que formula una imputación tendiente a iniciar un proceso penal”. (Clariá Olmedo, 2008, pág. 30)

La figura del querellante ha pasado por varias etapas en nuestro sistema jurídico, es así que el Código Procesal Penal de la Nación de 1888, legitimó la intervención procesal de un querellante autónomo, según lo establece el artículo 170 de dicho cuerpo normativo.¹

Posteriormente, en el Código Procesal Penal de la Nación vigente de 1991, el querellante fue inicialmente eliminado del proceso penal, aunque fue a través de la Cámara de Diputados que se insertó la figura del querellante al proceso. No obstante, no se le confirió potestad acusatoria autónoma, pero si tiene amplias facultades para apoyar la labor del Ministerio Fiscal. (Lavene, 1993)

¹ Art. 170, Código Procesal Penal de la Nación, 1888: “La persona particularmente ofendida por delito de acción pública, podrá asumir la función de parte querellante, y promover y estimular, en tal carácter, el proceso penal. El mismo derecho tienen los representantes legales de los incapaces, por los delitos que ofendieren a sus representados. En caso de homicidio, o de cualquier otro delito que tuviera como consecuencia una muerte, también podrán querellar el cónyuge, los padres y los hijos de la víctima; y quien, hasta ese momento, hubiera sido su tutor, curador o guardador. El querellante deberá actuar con patrocinio letrado.

En la actualidad, se ha promulgado un nuevo Código Procesal Penal de la Nación, que entrará en vigencia en el año 2016, el cual retoma la figura del querellante autónomo pero sin alterar las facultades propias del Ministerio Público Fiscal.²

En este auge por redimir la figura de la víctima, es que se han producido grandes discusiones doctrinarias sobre la conveniencia o no, de otorgar facultades amplias al querellante. Pues, algunos juristas consideran que de otorgarse aquéllas, el imputado se vería doblemente perjudicado. El fundamento que esgrimen, entre otros, es que la acción penal pública pertenece al Estado, quien la ejerce a través del Ministerio Público Fiscal.

Por ello, si se le otorgase mayor participación al ofendido, el imputado se encontraría en desventaja respecto de aquél, pues la acusación sería doble. Es así, que la víctima ha tenido, en los últimos años, una actitud pasiva frente al proceso, sus facultades han sido meramente informativas, principalmente a lo que atañe a la realización de la denuncia y su posterior declaración testimonial, entre otras.

Luego de la reforma constitucional del año 1994, se incorporaron los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a nuestro sistema legal, pasando a formar parte del derecho interno y conjuntamente con la Constitución Argentina, integran el bloque constitucional.

A partir de dicha incorporación, los jueces debieron aplicar las normas contenidas en esos Tratados a sus sentencias, y es así que fueron adaptando el sistema legal vigente a esta nueva normativa.

Estos tratados, incorporaron derechos y facultades tanto para el imputado como para la víctima. En lo que respecta al tema de esta investigación, se tuvo en cuenta principalmente la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual entre otros derechos, otorga un derecho al recurso.

² Art. 85, Código Procesal Penal de la Nación (ley 27063), 2015: “Querellante autónomo. En los delitos de acción pública, la víctima o su representante legal, podrán provocar la persecución penal o intervenir en la ya iniciada por el representante del Ministerio Público Fiscal. La participación de la víctima como querellante no alterará las facultades concedidas por la ley al representante del Ministerio Público Fiscal, ni lo eximirá de sus responsabilidades. Las entidades del sector público podrán ser querellantes conforme las leyes y reglamentos que así lo habiliten.”

Ese derecho al recurso ha dividido la doctrina, y la discusión se centra en base a si ese derecho existe para el imputado solamente o si también existe para la víctima.

Y es a partir de ese problema jurídico que se intentará determinar si el derecho al recurso otorgado por la Convención Americana de Derechos Humanos “incluye a la víctima o sólo es aplicable al imputado”. Por otro lado, se intentará establecer si la facultad recursiva reconocida, por el nuevo Código Procesal Penal de la Nación al querellante cuando el Representante del Ministerio Público solicita sobreseimiento o aplica el criterio de oportunidad, es violatoria de los derechos del imputado.

Para responder tales preguntas, el objetivo general de la investigación será determinar y analizar las nuevas facultades otorgadas a la querella y su posible confrontación con los derechos del imputado. ¿Existe un derecho fundamental del querellante al recurso?

Este trabajo se basará en un tipo de investigación descriptiva con una estrategia metodológica cualitativa (exploración, descripción y entendimiento) y se utilizará la técnica de recolección de datos documental y de contenido. Su delimitación temporal está comprendida entre el año 1991, año en que se sancionó el actual Código Procesal Penal de la Nación, hasta la actualidad.

Para lograr el objetivo general, se deberá cumplir con ciertos objetivos específicos, los que se desarrollaran a lo largo de la investigación en seis capítulos.

En el capítulo I, se tratará acerca de la víctima como querellante en el proceso penal, desarrollando conceptos básicos, poniendo especial atención al querellante de acción pública. Se enunciará su origen histórico, para comprender su evolución a través del paso del tiempo y su actual concepción, como método a una primera aproximación al tema.

En el capítulo II, se escribirá sobre derecho comparado, con el objetivo de comprender cómo funciona la figura del querellante en algunas provincias argentinas y en algunos países latinoamericanos.

En el capítulo III, se verán las reformas introducidas por el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063, en lo que al tema de investigación respecta. Se abordará el concepto de querellante autónomo, la doctrina a favor y en contra de esta figura, confrontándolas a los fines

de llegar a una conclusión objetiva de ellas. También, se verá la facultad recursiva que se le otorga ante el sobreseimiento y la aplicación del criterio de oportunidad.

En el capítulo IV, se definirá la figura procesal del recurso, sus características y clasificación, se esbozarán las etapas que ha sufrido a través del tiempo y se analizará la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en lo que a la temática elegida respecta. Se indagará acerca de si ese derecho al recurso es una garantía solamente concebida para el imputado, o si por el contrario, es una garantía para ambas partes en el proceso, de acuerdo al principio de igualdad.

En el capítulo V, se analizará el tan discutido artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se tratará de determinar si existe un derecho fundamental al recurso para el querellante, contrastando los derechos que se verían vulnerados. Se desarrollarán principios como el *Ne bis in ídem* y el principio del doble conforme, en virtud de los cuales se estructuran las corrientes doctrinarias que niegan ese derecho recursivo a la querrela (Maier, 2003). Y por último, se tratará de establecer si ese derecho al recurso está inserto en los derechos de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

Y por último, el capítulo VI, contendrá la conclusión final de esta investigación.

En definitiva, el objetivo de este trabajo es analizar la figura del querellante, detallando el nuevo rol que ocupa en el proceso penal y establecer si existe un derecho fundamental de la querrela al recurso, ante la falta de acusación del Ministerio Público Fiscal o de la sentencia absolutoria. De la interpretación de los conceptos desarrollados en cada uno de los capítulos de esta investigación, se intentará llegar a una conclusión final sobre el problema jurídico expuesto.

CAPÍTULO I – La víctima y su facultad de querellar en el proceso penal.

1. Introducción

En este capítulo veremos los conceptos iniciales respecto de la víctima constituida como querellante, sus características y tipos; asimismo se abordará la figura de la víctima desde su perspectiva histórica; de esta manera, se podrá comprender la mutación y la importancia que ésta ha tenido a través del tiempo, pasando desde su exclusiva participación en la persecución del delito, a su total rechazo en el proceso penal y finalizando con su concepción actual.

Se pretende, con esta aproximación al concepto de víctima y querella, que el lector pueda comprender los preceptos mínimos sobre esta investigación.

2. Cuestiones conceptuales

2.1. Concepto de víctima

La víctima, en el derecho procesal, es concebida como aquél sujeto que sufre, de manera injustificada, en su persona o en sus bienes, un perjuicio penalmente reprochable. Lo cierto es que, procesalmente, sólo se es víctima en la medida en que la propia ley lo establezca.

“Se requiere que, a través de un tipo penal, se describa cuales comportamientos afectan a cuales víctimas. Dicho de otra manera, el Estado, para realizar la intervención jurídico-penal, debe previamente constituir a la víctima que legitima su intervención” (Bovino, 1998, pág. 81).

Para Cafferata Nores, “la víctima del delito es la persona que ha sido perjudicada directamente por su comisión (o sus herederos, en caso de muerte)” (Cafferata Nores, 2004, pág. 247).

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, en su artículo 1, expresa que “se entenderá por “víctimas” las personas que, individualmente o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos

fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.”³

Maier se refiere a la víctima como “ofendido”, en virtud de que víctima es una acepción utilizada en el derecho penal y aquella es la propia del derecho procesal, y al respecto expresa:

El derecho procesal penal argentino define al ofendido, en principio, en un sentido absolutamente tradicional: representa a la víctima del Derecho penal denominado “convencional” (tradicional), al portador real del bien jurídico concreto dañado o atacado, concepto incluso limitado aún más por su referencia sólo a aquellos delitos que permiten identificar a una persona individual, de existencia visible o jurídica, como portador de ese bien jurídico (Maier, 2003, pág. 665).

2.2. Su constitución como querellante

Luego de un largo período de desaparición producido en la época de la Inquisición, como se verá más adelante, la víctima es nuevamente reconocida e introducida al proceso penal, aunque de manera más limitada a su concepción original. Y ese reconocimiento procesal, se produce a través de la figura del “querellante”.

Así, el artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación, expresa que “toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan...”⁴

De esta forma se ha incluido a la víctima como parte del proceso penal, pero esa inclusión está supeditada a la intervención estatal; no puede la víctima de un delito de acción pública ejercer por sí la acción penal, sino que deberá ser de manera conjunta con el Estado, a través de sus órganos predispuestos, esto es, el Ministerio Público Fiscal. Ya que el ejercicio de la acción pública, ha sido conferido exclusivamente a dicho organismo, lo que se encuentra receptado en el

³ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, resolución 40/35, Asamblea General, 1985.

⁴ Art. 82, Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984.

artículo 71 del Código Penal Argentino⁵; en virtud de ello, “la acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Público Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley.”⁶

2.3. Definición de querella

La querella, es una figura procesal que permite al ofendido por un hecho delictivo, constituirse como parte del proceso penal. En palabras de Clariá Olmedo, “es la instancia introductiva del querellante, producida ante el órgano jurisdiccional de acuerdo con las formalidades legales, por la que formula una imputación tendiente a iniciar un proceso penal” (Clariá Olmedo, 2008, pág. 30).

2.4. Tipos de querellante

Teniendo en cuenta las facultades de que disponen, los querellantes pueden ser de diferentes tipos. Por un lado, el querellante exclusivo, único titular de la acción penal privada, reconocida por nuestro Código Penal en el artículo 73; por el otro, el querellante particular, que puede actuar de manera conjunta adhesiva, e incluso de manera conjunta autónoma, y existe también, un querellante subsidiario o sustitutivo.

El querellante, es siempre un acusador privado, quedando vedado al Ministerio Público, quien ejerce la acción penal pública por sí. Por lo general, querellante es el mismo ofendido por el delito, pero puede suceder que la querella sea ejercida por un representante de la víctima cuando ésta no puede ejercerla de manera personal.

Querellante exclusivo, es –en principio- el ofendido por la comisión de un delito, quien ejerce la acción de instancia privada por sí, sin intervención del fiscal. En otras palabras, es el

⁵ Art. 71, Código Penal, Ley 11.179: “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1.- Las que dependieren de instancia privada: 2.- Las acciones privadas.”

⁶ Art. 5, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 23.984: “Acción pública. La acción penal pública se ejercerá por el Ministerio fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley.”

único sujeto legitimado para intervenir como parte acusadora. Este querellante podrá ejercer la acción penal en los casos expresamente establecidos en el artículo 73 del Código Penal.⁷

“El querellante exclusivo representa la reglamentación procesal para vehicular las pretensiones punitivas del ofendido por los delitos perseguibles por acción de ejercicio privado (CP, 73), adquiriendo la condición de sujeto esencial del proceso penal” (Vivas Ussher, 1999, pág. 355).

Al querellante particular se lo denomina conjunto pues interviene en el proceso penal a la par del Ministerio Público Fiscal, en el ejercicio de las acciones públicas⁸. Se trata de un sujeto eventual del proceso, pues carece de autonomía siendo el Ministerio Fiscal el único legitimado para iniciar la acción penal en este tipo de delitos, de los que se deriva una acción pública. Por lo tanto su no intervención en el proceso penal, no influye en el desarrollo del mismo.

El querellante conjunto tiene dos sub tipos, el querellante conjunto adhesivo, denominado así porque el ofendido coadyuva en el proceso adhiriendo a la actuación del representante del Ministerio Público. Surgió como un solución intermedia, entre aquellos propugnaban un rol autónomo a la víctima y aquellos que sostenían que tal prerrogativa podría afectar los derechos de defensa del imputado, pues existiría una doble acusación (Franceschetti & Gamba, 2014).

Por otro lado, el querellante conjunto puede actuar como autónomo; surge en el siglo XIX, con la finalidad procesal de otorgarle al ofendido la facultad de constituirse como acusador paralelo al Ministerio Público Fiscal. De esta manera, la víctima podía actuar a la par del Fiscal y ejercer amplias facultades tanto de proposición como recursivas (Franceschetti & Gamba, 2014).

Y finalmente, el querellante subsidiario o sustitutivo, tiene su origen en el Código Austríaco de 1873, y es definido como aquel querellante que puede continuar el ejercicio de la acción penal pública que abandona el representante del Ministerio Público Fiscal, por alguna razón legalmente aceptable. Y justamente lo que se critica de esta modalidad de querrela, es que se convierte la acción pública en acción privada, generando una múltiple persecución contra el imputado (Franceschetti & Gamba, 2014).

⁷ Art. 73, Código Penal, Ley 11.179: “Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: 1.- Calumnias e injurias; 2.- Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157; 3.- Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159; 4.- Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge.”

⁸ Art. 71, Código Penal, Ley 11.179: “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1.- Las que dependieren de instancia privada; 2.- Las acciones privadas.”

A los fines de esta investigación, prescindiremos de la figura del querellante exclusivo, centrándonos especialmente en el querellante particular o conjunto. Numerosas son las definiciones esgrimidas por los procesalistas, aquí se han expondrán algunas con el fin de dar un marco certero a la figura que será el eje central de esta investigación.

El querellante particular es la víctima de un delito de acción pública que interviene facultativamente en el proceso penal, para acreditar la existencia de ese hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado, y lograr la condena penal de los partícipes (Cafferata Nores, 2004, pág. 252).

En los llamados “delitos de acción pública”, incluidos los dependientes de una instancia para su persecución, se denomina querellante – o querellante particular, o acusador particular - , en principio, a la persona, de Derecho público o privado, portador del bien jurídico afectado o puesto en peligro por el hecho punible concreto que es objeto del procedimiento, esto es, sintéticamente, al ofendido por ese hecho punible, en lenguaje usual para el Derecho procesal penal, o a la víctima del hecho punible, en lenguaje usual para el Derecho material o para los estudios criminológicos (Maier, 2003, pág. 681).

3. Reseña histórica

3.1. Protagonismo de la víctima en el proceso penal

En el derecho germano antiguo, no se distinguía entre acción civil y acción penal, toda infracción era considerada de igual manera, pues era un quebranto a la paz cualquiera fuera su naturaleza. En virtud de ello, el infractor perdía la protección jurídica de la comunidad, quedando a merced de sus pares, quienes tenían derecho a perseguirlo hasta matarlo (Maier, 2003).

Para satisfacer el interés menospreciado se permitía a la víctima y a su familia ejercer violencia a través de la venganza familiar. Y es esta violencia física la que permitió el surgimiento del sistema de la “composición”. La composición consistía en la posibilidad de llegar a un acuerdo económico entre el infractor y el ofendido, mediante el cual el infractor recuperaba su protección jurídica. No obstante, los crímenes mayores no eran susceptibles de expiación, pues la pérdida de la protección comunitaria y de la personalidad jurídica era absoluta (Maier, 2003).

Como podemos observar en este período, la víctima, tenía un papel fundamental, pues es quien decidía la suerte del infractor. Tenía dos opciones, o aceptar una compensación económica o ejercer la venganza por medio de la violencia física, con total aval del Estado.

Así, como expresa Maier (2003), el procedimiento judicial cumplía un rol secundario, pues sólo se llevaba a cabo una vez fracasado el sistema de la composición.

3.2. La exclusión de la víctima

La posición jurídica de la víctima comenzó a mutar con el advenimiento de la inquisición (Siglos XIII –XVIII), período que marcó la exclusión del ofendido respecto del proceso penal, pues el Estado expropió sus facultades procesales al instaurar el sistema de persecución penal pública.

De este modo el sistema procesal penal se transformó en una herramienta de control estatal sobre la sociedad, ya no importaba tanto el daño realmente causado, sino que apareció la pena estatal como un instrumento de coacción (Bovino, 1998).

El modelo inquisitivo surge en el seno de la iglesia para lograr sus objetivos de alcance universal, la idea de pecado es un elemento esencial, pues el pecado debía ser perseguido en todos los casos y por cualquier método. La persecución penal ya no se basaba en un daño provocado a una persona determinada, sino que aparecía la noción de infracción como lesión frente a Dios o a la persona del rey. Y es este fundamento el que se utiliza para que el soberano se apropie del poder de castigar (Bovino, 1998).

En este modelo, bastaba un solo órgano, el inquisidor, quien cumplía todas las funciones, acusaba y decidía, incluyendo la defensa del imputado, pero teniendo en cuenta el interés estatal. Lo cierto es que generalmente se buscaba pruebas contra el imputado, acosándolo constantemente para lograr su confesión (Almeyra & Báez, 2015).

En definitiva, la víctima queda fuera del proceso penal, pasando a ocupar un rol meramente pasivo, en cuanto sólo se necesita de ésta para que el Estado ejerza su poder coercitivo, no tiene mayor importancia el daño causado al individuo, sino que prevalece la ofensa a Dios o al rey, en un período político totalmente autoritario.

3.3 Reingreso de la víctima en el proceso penal

En el siglo XIX, se adopta un nuevo sistema procesal, el que se denominó sistema mixto o inquisitivo reformado, el cual toma caracteres del viejo sistema germano-romano (composición) y del inquisitivo, reafirmando el poder coercitivo estatal (Binder, 1999).

Es a partir de la Ilustración que comienza a cambiar el modelo procesal penal, aunque mantuvo los principios de la Inquisición. Sin embargo la víctima comienza a tener mayor grado de participación, ya que se crean varias instituciones que le otorgan mayores derechos procesales, entre ellas, el actor civil, el querellante en delitos de acción pública y el querellante de acción privada (Bovino, 1998).

De esta manera, la víctima ingresa nuevamente al proceso penal, aunque no en su concepción prístina; sino que se la integra como sujeto de derecho pero de manera adhesiva al Ministerio Público Fiscal, pues no puede por sí misma ejercer la acción penal pública sino que debe ser de manera conjunta con los representantes del Estado, que es en definitiva quien tiene la legitimación para poder perseguir el delito.

En realidad, este reingreso de la víctima al proceso penal, fue un tanto pasiva, pues su participación en el proceso se limita a una actividad meramente informativa a los fines de poder determinar el bien jurídico lesionado y la intervención del Estado a través de su poder coercitivo.

4. Concepciones legislativas de la víctima como querellante.

4.1. Código Obarrio (C.P.P.N. 1888)

Vigente el Proyecto Tejedor⁹, la acción penal derivada de delitos públicos, podía ser ejercida por cualquier persona, de ello se infiere que se trataba de una acción popular.

Manuel Obarrio¹⁰, consideró prudente proscribir la acción popular, pero a su vez consideró necesario no excluir íntegramente a la víctima del proceso penal. Por ello, legitima la intervención de un querellante autónomo –ya que podía abrir por sí solo el juicio plenario –

⁹ Primer intento de codificación penal argentina, que no fue sancionado como ley nacional pero fue adoptado por varias provincias antes de la sanción del Código de 1886.

¹⁰ Jurista encargado de redactar, junto con Emilio Coni, el código de procedimiento penal.

apartándose de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que confería tal legitimación a cualquier ciudadano, haya o no sido ofendido por el delito (Almeyra M. A., 2003)

Este codificador, determinó un querellante que poseía muchas más facultades que en la ley procesal vigente (ley 23984) pues, entre otras prerrogativas, lo legitimó para abrir por sí solo el plenario y subrogar la pretensión punitiva del Ministerio Público Fiscal en el caso que la misma arribe a una solución atípica (Almeyra & Báez, 2015).

Estas facultades amplias del querellante, tuvieron un reconocimiento jurisprudencial pacífico hasta el año 1922, pues luego de la sanción del Código Penal y la introducción del artículo 71¹¹, comenzó la crisis sobre la participación del querellante particular como parte del proceso en los delitos de acción pública (Namer, 2009).

Pues, este artículo, proscribió que deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las que dependieran de instancia privada y las acciones privadas propiamente dichas.

4.2. Código Lavene (C.P.P.N. 1991)

El proyecto original del código sancionado en 1991¹², vigente en la actualidad, suprimía el querellante de acción pública. Como expresó su creador en los fundamentos de dicho proyecto:

Es hoy inadmisibles en materia penal, donde predominan conceptos de reeducación y defensa social, que el Estado se ponga al servicio del interés pecuniario y la venganza personal, que son casi siempre los móviles que llevan al damnificado a ejercer la acción pública, móviles que se ponen en evidencia si nos fijamos en el gran número de querellantes que desisten de su acción dando pretextos fútiles, una vez que han percibido la suma en la que se consideran perjudicados (Lavene, 1993, pág. 518).

No obstante la voluntad del creador del proyecto, la Cámara de Diputados de la Nación, consideró que la participación de la víctima en el proceso penal era insuficiente, por lo que

¹¹ Art. 71, Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179: “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) Las que dependieren de instancia privada; 2) Las acciones privadas.”

¹² Código Procesal Penal de la Nación Argentina, Ley 23.984, 1991.

decidieron incorporar al texto del proyecto, el capítulo IV, título IV del libro I, el cual instituía la figura del querellante particular como sujeto eventual del proceso penal (Lavene, 1993).

De esta manera se introduce nuevamente al proceso la figura del querellante particular, el cual si bien no tenía facultades autónomas, si se le otorgaba derecho a participar de forma conjunta con el Ministerio Público Fiscal, coadyuvando a éste en la realización de su función persecutoria penal.

4.3. La víctima en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

La reforma constitucional del año 1994, ha producido en nuestro ordenamiento jurídico numerosos cambios, y entre los más importantes se encuentra la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como parte integrante del bloque constitucional.

Esta incorporación ha llevado a los operadores jurídicos a rever muchas instituciones de nuestro derecho, pues como sabemos, el derecho interno de los estados miembros ha de adecuarse a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscriptos.

En este sentido, la inclusión de la víctima también ha sido motivo de revisión, pues estas nuevas normativas han modificado la perspectiva que teníamos de ella. Así, la Organización de Naciones Unidas, ha establecido una serie de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas.¹³

Esta normativa, amén de definir a la víctima¹⁴, estableció el tratamiento que han de darle los Estados Miembros: "... El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas, gocen de una consideración y atención

¹³ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

¹⁴ Idem, ob. cit. 11. "A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones y omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización".

especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación que no den lugar a un nuevo trauma”.¹⁵

4.4. La víctima como querellante en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27.063)

Si bien el llamado “Código Lavene” no ampara la facultad recursiva autónoma del querellante, tal facultad se ha ido definiendo pretorianamente a través del tiempo; la jurisprudencia más relevante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, está dada por el caso “Santillán”.¹⁶ En este fallo, la Cámara Nacional de Casación Penal confirmó la sentencia del Tribunal Oral que había absuelto a Francisco A. Santillán del delito por el cual oportunamente fue requerida la elevación de la causa a juicio por la parte querellante y por el fiscal. No obstante en el período de debate, el representante del Ministerio Público solicitó la absolución del procesado por considerar atípicos los hechos en que se había fundado la conducta a él atribuida, en tanto que el querellante requirió que se le condenase por el delito de abandono de persona agravado a la pena de cinco años de prisión.

No obstante, la Cámara decidió absolver, por considerar que el rol del querellante particular no era autónomo del rol del Fiscal. Por ello, la querella decide interponer un recurso extraordinario federal fundado en la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias. Se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado, con fundamento en el derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Constitución Nacional. Este artículo, otorga la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes y en el derecho reconocido por los arts. 8º, párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁵ Idem, ob. cit. 11.

¹⁶ CSJN, “Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación, Fallos 321:2021, (1998).

Así se fue perfilando una nueva figura de querellante, la que fue receptada por el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación (vigente a partir del año 2016); el cual en su artículo 85, instituye la figura del querellante autónomo.¹⁷

De esta forma, el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación vino a ratificar la labor pretoriana elaborada a partir del caso “Santillán”, de manera tal que a partir de su vigencia, el querellante será considerado autónomo, pudiendo impulsar la persecución penal cuando el Ministerio Público Fiscal no lo hiciera, es decir, cuando no considere que debe acusar y aun cuando éste solicite el sobreseimiento del imputado.¹⁸

Al respecto, se profundizará sobre la figura del querellante autónomo en el capítulo III de esta investigación. Remitimos a éste.

5. Conclusión

En este capítulo, podemos encontrar los preceptos esenciales para comprender la figura del querellante.

Así, podemos afirmar, que la víctima, en el contexto procesal penal, sólo es considerada tal cuando la propia ley lo establece. De tal manera, que su constitución como querellante, según nuestro Código Procesal Penal, está concedida a toda persona con capacidad civil que ha sido particularmente ofendida por un delito.

La figura del querellante ha sido el resultado de un proceso histórico, que ha recogido los derechos de las víctimas de diferente manera. En un principio, la víctima tenía un rol fundamental. Pues, se le permitía a ésta y a su familia el ejercicio de violencia para satisfacer su interés menospreciado, aun cuando se trataba de delitos civiles. Como reacción a esta costumbre, surge el sistema de la “composición”, el cual consistía en la posibilidad de llegar a un acuerdo

¹⁷ Art. 85, Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063: “Querellante Autónomo. En los delitos de acción pública, la víctima o su representante legal, podrán provocar la persecución penal o intervenir en la ya iniciada por el representante del Ministerio Público Fiscal. La participación de la víctima como querellante no alterará las facultades concedidas por la ley al representante del Ministerio Público Fiscal, ni lo eximirá de sus responsabilidades. Las entidades del sector público podrán ser querellantes conforme las leyes y reglamentos que así lo habiliten”.

¹⁸ Art. 237, Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063: “Trámite. Si el representante del Ministerio Público Fiscal considerara que corresponde dictar el sobreseimiento lo fundará por escrito y lo pondrá en conocimiento de las otras partes y de la víctima, quienes en el plazo de tres (3) días podrán: a) La víctima, objetar el pedido de sobreseimiento solicitando su revisión ante el superior del fiscal o presentarse como querellante ejerciendo las facultades previstas en el inciso b); b) El querellante, oponerse al sobreseimiento ante el juez y, en su caso, formular acusación; c) El imputado o su defensor, pedir que se modifiquen los fundamentos o se precise la descripción de los hechos por los que se insta el sobreseimiento”.

económico entre las partes. No obstante, en delitos mayores se continuó con el sistema de la venganza, con total ausencia de protección estatal. Con el devenir del tiempo, y con una influencia notable de la Iglesia, se instauró el sistema de la inquisición. Por medio de este método, el estado se apropió de las facultades persecutorias del ofendido, y de este modo se convirtió en el único habilitado para investigar y juzgar al imputado. Finalmente en el siglo XIX, la víctima reingresa al sistema procesal, pero no con amplias facultades, sino como simple sujeto adhesivo al Ministerio Público Fiscal.

Y de esta misma manera, es que comienza nuevamente a transformarse el querellante, pasando de ser un sujeto adhesivo, a un querellante que cada vez adquiere más facultades y más autonomía, como sucede en la actualidad.

Por supuesto, que este devenir histórico se vio reflejado en las diferentes codificaciones que regían en nuestra nación, lo cual también ha sido expuesto en este capítulo.

CAPÍTULO II – Derecho Comparado

1. Introducción

En este capítulo, se expondrán las diversas concepciones sobre la querrela, con el fin de poder comprender cómo funciona la institución en algunos sistemas procesales de las provincias argentinas y en algunos países latinoamericanos.

Con ello, se pretende poner al lector en conocimiento de las diferentes formas que ha tomado la figura del querellante y el alcance que se le ha otorgado a sus derechos procesales en los diferentes ordenamientos jurídicos, para poder comprender de una manera más profunda la institución en sí, y poder realizar una primera valoración sobre la misma y de su aplicación en nuestro sistema procesal nacional.

2. Concepción de la querrela en algunos sistemas penales provinciales

Hoy, en nuestro país, todas las normativas procesales provinciales otorgan a la víctima la posibilidad de constituirse como querellante, siendo la provincia de Misiones la última en reformar su sistema procesal penal y admitir la figura del querellante particular.

De esta manera, se puede realizar una clasificación precaria, según la naturaleza asignada por el legislador. Así, por un lado existen jurisdicciones que prevén un querellante conjunto adhesivo, como son las provincias de Tucumán, Catamarca, Chaco, Mendoza, Córdoba, La Pampa, Entre Ríos, Formosa, Corrientes, y más recientemente Misiones.¹⁹ Por otro lado, también existen jurisdicciones que dotan de autonomía al querellante, permitiendo incluso el impulso de la acción penal pública en solitario, entre ellas encontramos las provincias de Santa Fe, Chubut, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Santiago del Estero, Jujuy y Neuquén (Franceschetti & Gamba, 2014).

A continuación, analizaremos algunos sistemas procesales provinciales con el fin de comprender el funcionamiento de la figura del querellante en cada una de sus acepciones.

¹⁹ Cabe aclarar que el autor consultado, incluye a la provincia de Misiones en una categoría única, pues al momento de edición del libro, esta provincia no tenía regulada la figura del querellante y era la única provincia que no le otorgaba ese derecho a la pretensa víctima.

2.1. En el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba

Toda persona ofendida penalmente por un delito puede intervenir en el proceso como querellante particular²⁰, según reza el artículo 7 del Código Procesal Penal de Córdoba.

A decir de Vivas Ussher (1999), el querellante receptado en este Código Procesal es un querellante de tipo adhesivo, pues carece de facultades promotoras del proceso, no pudiendo provocar la apertura de juicio por sí solo.

En la exposición de motivos de la ley 8.123, se expresa que: “Se trata de una modalidad “adhesiva” del ejercicio de la acción penal, ya que la querrela carece de efecto promotor de la investigación y sólo puede deducirse una vez iniciada la investigación (Art. 92); y no se prevé que el querellante pueda provocar la apertura del juicio.” Y agrega: “...en la medida que el Estado ejerza la pretensión penal de la cual es titular indiscutido, la intervención del damnificado será secundaria o adhesiva...” (Ayan, Cafferata Nores, Montero, & Ferrer, 1992).

El artículo 5²¹, establece que la acción penal pública será ejercida por el Ministerio Público, no obstante el artículo 7, permite la intervención del querellante particular. Avanzando en el Código, el artículo 94²² establece las facultades y deberes que tiene el querellante, en virtud de este artículo, podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado. De ello se infiere que tiene derecho a proponer y ofrecer prueba²³, intervenir en su producción y valorar críticamente su eficacia²⁴; asimismo, sólo podrá recurrir cuando lo

²⁰ Art.7, Código Procesal Penal de Córdoba, ley 8.123: “Querellante particular. El ofendido penalmente por un delito de acción pública, sus herederos forzosos, representantes legales o mandatarios, podrán intervenir en el proceso como querellante particular en la forma especial que este Código establece, y sin perjuicio de ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria. Si el querellante particular se constituyera, a la vez, en actor civil, podrá formular ambas instancias en un solo escrito, con observancia de los requisitos previstos para cada acto.

²¹ Art. 5, Código Procesal Penal de Córdoba, ley 8.123.

²² Art. 94, Código Procesal Penal de Córdoba, ley 8.123.

²³ Art. 335 y art. 336, Código Procesal Penal de Córdoba, ley 8.123.

²⁴ Art. 402, Código Procesal Penal de Córdoba, ley 8.123.

haga el Ministerio Público, salvo que se le otorgue expresamente ese derecho²⁵ (Vivas Ussher, 1999).

En los casos de archivo²⁶, sobreseimiento²⁷ y sentencia absolutoria²⁸ se le concede al querellante particular la facultad de recurrir de manera autónoma, no obstante, el progreso de tal recurso se subordina a que sea sostenido por el Fiscal de Cámara. Aquí, se puede advertir el carácter “adhesivo” del querellante, por cuanto requiere inevitablemente de la actuación del Ministerio Público Fiscal para poder recurrir.

De esta manera se descarta cualquier participación del querellante en forma autónoma, pues siempre debe ser apoyado por un representante del Ministerio Público.

Al respecto, un fallo reciente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, “Maldonado, Jonathan Roberto y otro p. ss. aa, determinó que el carácter adhesivo que la ley procesal ha conferido al querellante particular lo es en la medida en que éste coadyuva a la tarea del Ministerio Público, “para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado...”, mas no cuando se peticiona la propia incorporación al proceso como acusador privado, toda vez que en éste (caso) la víctima pretende la concreción de la fase primordial de la tutela judicial efectiva (CN, 75 inc. 22 y CADH, 25), como es, el derecho de poder acceder al proceso; en tanto que la regulación prevista en el ordenamiento de rito establece una limitación

²⁵ Art. 446, Código Procesal Penal de Córdoba, ley 8.123: “Recursos del querellante particular. El querellante particular sólo podrá recurrir de las resoluciones jurisdiccionales cuando lo hiciera el Ministerio Público, salvo que se le acuerde expresamente tal derecho.

²⁶ Art. 334, Código Procesal Penal de Córdoba, ley 8.123: “Archivo. El Fiscal de Instrucción dispondrá, por decreto fundado, el archivo de las actuaciones cuando no se pueda proceder o cuando el hecho en ellas contenido no encuadre en una figura penal. En este último caso, si se hubiere recibido declaración como imputada a alguna persona, se procederá conforme a lo dispuesto en los artículos 348 segunda parte y 350 inciso 2). En todos los casos, las partes podrán oponerse a la decisión del Fiscal. Cuando mediare discrepancia del Juez de Instrucción regirá el artículo 359. El archivo dispuesto por el Juez será apelable por el querellante que se hubiere opuesto, salvo el caso del artículo 359. Regirá el artículo 464, y si la decisión del Juez fuese revocada, otro Fiscal de Instrucción proseguirá con la investigación.

²⁷ Art. 352, Código Procesal Penal de Córdoba, ley 8.123: “Apelación. La sentencia de sobreseimiento será apelable, sin efecto suspensivo, por el Ministerio Público y, salvo el caso previsto en el artículo 359, por el querellante particular. En este último supuesto regirá lo dispuesto por el artículo 334 último párrafo. Podrá recurrir también el imputado, cuando no se haya observado el orden que establece el artículo 350 o cuando se le imponga una medida de seguridad.”

²⁸ Art. 471, Código Procesal Penal de Córdoba, Ley 8.123: “Recursos del querellante particular. El querellante particular podrá impugnar las sentencias mencionadas en los incisos 1 y 2 del artículo anterior. Regirá el trámite del artículo 464 ante el Fiscal General.”

para aquellos ofendidos que ya se han constituido como querellantes particulares y quieren provocar la apertura de una etapa eventual del mismo, como es la recursiva.²⁹

2.2. En el Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe

La ley 12.734, produjo en el sistema penal santafecino una importante reforma, pues los legisladores introdujeron un sistema netamente acusatorio, modificando la titularidad del ejercicio de la acción penal, la cual pasa a competencia exclusiva del Ministerio Público y amplió los derechos de la víctima permitiéndole ejercer su rol de querellante, entre otras modificaciones no menos importantes.

En la provincia de Santa Fe, se prevén tres tipos de querellantes: el exclusivo (que excede el tema de esta investigación); el querellante conjunto autónomo y el querellante sustitutivo, ambos previstos para el ejercicio de la acción penal pública.

2.2.1. El querellante conjunto autónomo en Santa Fe

Según el reza el artículo 16³⁰ del Código Procesal Penal de Santa Fe, la preparación y el ejercicio de la acción penal pública estará a cargo del Ministerio Público Fiscal, quien podrá actuar de oficio siempre que no dependiera de instancia privada, sin embargo, dicha acción podrá estar a cargo del querellante, en los términos de este Código. Y continua diciendo, las peticiones del querellante habilitarán a los Tribunales a abrir o continuar el juicio, a juzgar y a condenar con arreglo a las disposiciones de este Código.

Según opinan Franceschetti & Gamba (2014), esta última afirmación, significa para el querellane exclusivo y el sustitutivo, la posibilidad de iniciar, preparar, acusar, alegar y recurrir por sí solo, pues en ambos casos se trata de acciones de ejercicio privado, sea de origen o por

²⁹ TSJ, “Maldonado, Jonathan Roberto y otro p.ss.aa. lesiones graves calificadas, etc – Recurso de Casación (Sac 1337076).” Resolución 170, Año 2015, Tomo 5, Folio 1316-1324.

³⁰ Art. 16, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

conversión (art. 22³¹). Pero para el querellante conjunto, dado que se trata de una acción pública de ejercicio oficial, el inicio de la misma, sólo podrá ser ejercida por el Ministerio Público.

Pues, si bien el querellante ha sido instituido como un “querellante autónomo”, sin sujeción a las directivas del Fiscal, no deja de ser un querellante conjunto, por lo que su participación depende de la promoción de la acción por parte del Ministerio Público (Franceschetti & Gamba, 2014).

En este sentido, este código es claro respecto de la desestimación de la denuncia por parte del fiscal o la solicitud de archivo del expediente. La víctima conserva la facultad de solicitar la conversión de la acción penal pública a acción de ejercicio privado (artículo 22). A partir de allí, la intervención del Ministerio Público cesa de manera definitiva y no le corresponde ni siquiera actuar como órgano de contralor, como se verá más adelante.

Entre las facultades que se le ha otorgado a este querellante autónomo, encontramos:

- Aportar elementos de prueba y solicitar diligencias para esclarecer el hecho, determinar la responsabilidad del imputado y cuantificar el daño causado.³²
- Asistir a los actos ordenados en función de la facultad mencionada en el apartado anterior.
- Pedir medidas cautelares para asegurar el pago de la indemnización civil y costas.³³
- Asistir a declaraciones testimoniales.³⁴
- Interponer medidas que estime adecuadas para activar el procedimiento y requerir pronto despacho.³⁵
- Disconformidad ante la desestimación o archivo Fiscal.³⁶

³¹ Art. 22, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734. “Resolución. Conversión. Si el Tribunal admite el criterio de oportunidad, la acción pública se tramitará conforme lo previsto para el procedimiento de querrela, cualquiera fuera el delito de que se tratase. En tal caso la querrela deberá presentarse dentro del término de sesenta (60) días hábiles desde la notificación de la resolución. La víctima tendrá el derecho y el Estado el deber de asegurarle el asesoramiento jurídico necesario cuando no pudiese afrontar los gastos en forma particular. Vencido el término, la acción penal quedará extinguida para el autor o partícipe a cuyo favor se aceptó el criterio de oportunidad, salvo el supuesto del inciso 2 del artículo 19 en que los efectos se extenderán a todos los partícipes.”

³² Art. 97 inc. 1, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

³³ Art. 97 inc. 2, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

³⁴ Art. 97 inc. 3, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

³⁵ Art. 97 inc. 5 y 6, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

- Pedir anticipo jurisdiccional de prueba.³⁷
- Participar de una audiencia de sobreseimiento peticionada por el Fiscal o la defensa.³⁸
- Participar de una audiencia de Archivo Jurisdiccional peticionada por la defensa.³⁹
- Recusar jueces o ser tenido como parte interesada para la inhibición de los jueces.⁴⁰
- Tomar intervención en incidentes.
- Recurrir.⁴¹

Pero, una de las principales facultades del querellante autónomo, es la de formular acusación.⁴² En este sentido, cuando el fiscal considera concluida la investigación penal preparatoria, debe notificar al querellante su decisión, el cual tiene un plazo de 5 días para señalar sus eventuales diferencias con la decisión del fiscal. Al efecto, pueden suceder dos cosas:

a) Si no hay disenso entre acusador oficial y querellante, éste último debe formular su acusación.⁴³

b) Producido el disenso, quien resuelve la controversia es el Fiscal Regional, sin previo recurso, sobre la base de una entrevista informal, donde cada parte (acusador oficial y querellante) deberán fundar sus pretensiones (Franceschetti & Gamba, 2014).

Si el Fiscal citó al querellante, para comunicarle la desestimación de la denuncia, éste tiene un plazo de 5 días para manifestar su disconformidad ante el Fiscal Regional, para que revoque la decisión y designe un nuevo Fiscal. Si la decisión fuese ratificada por el Fiscal Regional, el querellante puede ocurrir al Fiscal General. Finalmente, si el Fiscal General ratifica la decisión del Fiscal y del Fiscal Regional, el querellante podrá solicitar la conversión de la acción penal de ejercicio público a privado (Franceschetti & Gamba, 2014).

³⁶ Art. 291, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

³⁷ Art. 298, último párrafo, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

³⁸ Art. 306, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

³⁹ Art. 290, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

⁴⁰ Art. 69 y 71, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

⁴¹ Art. 97 inc 8, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

⁴² Art. 97 inc 7, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

⁴³ Art. 97 inc 7, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

Respecto de la facultad de recurrir, según la normativa santafesina, el querellante puede recurrir en los mismos casos y por los mismos medios que el Ministerio Público⁴⁴.

A decir de Franceschetti & Gamba (2014), el querellante puede recurrir, entre otros casos, el rechazo o su constitución de querellante, la admisión de otro querellante que contradice su hipótesis de los hechos su legitimación activa, el rechazo de una cautelar civil, el sobreseimiento, el archivo, su recusación denegada a su pedido o aceptada a pedido de otro interesado, la resolución de la audiencia preliminar⁴⁵, el procedimiento extendido solicitado por el fiscal y ordenado por el tribunal⁴⁶, la sentencia condenatoria, etc.

2.2.2. *El querellante sustitutivo en Santa Fe*

“...El querellante sustitutivo, puede ser el único titular de la acción penal pública en los casos en que su originario titular, el Ministerio Público de Acusación, haya decidido no promoverla o continuarla, transformándose en un verdadero querellante exclusivo aun cuando comparta el rol con otras pretensas víctimas.

La diferencia con el querellante exclusivo tradicional, es que éste se encuentra solamente legitimado para las acciones públicas de ejercicio privado de los delitos enumerados en el art. 73 del Código Penal, mientras que el sustitutivo lo estará para las acciones públicas nacidas de cualquier delito y cuyo ejercicio correspondía al Fiscal (arts. 71/2 C.P.)” (Franceschetti & Gamba, 2014, pág. 297)

La sustitución, procede solo en el caso en que el Ministerio Público no haya acusado, sea porque desestimó la denuncia o porque archivó la investigación o porque aplicó un criterio de oportunidad. Éstos son los únicos supuestos en los que procede la conversión de la acción penal pública de ejercicio oficial a ejercicio privado.

La conversión por adopción de un criterio de oportunidad⁴⁷, procede cuando el Tribunal acepta el pedido de aplicación de un criterio de oportunidad que el fiscal ha solicitado, autorizando al querellante a sustituir al Ministerio Público para ejercer la acción penal pública.

⁴⁴ Art. 383, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

⁴⁵ Art. 303, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

⁴⁶ Art. 346, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

⁴⁷ Art. 22, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

La conversión por desestimación de la denuncia por parte del Fiscal⁴⁸, se da cuando el Fiscal desestima la denuncia porque no se puede proceder o se hubiese extinguido la acción penal, o bien el hecho no fuera punible o no existieran elementos serios o verosímiles para iniciar fundadamente la investigación. Esa desestimación será notificada al querellante, quien en un plazo de cinco días podrá manifestar su disconformidad ante el Fiscal de grado superior. Éste ratificará o revocará la decisión de su inferior, pudiendo en éste último caso, designar un nuevo Fiscal para que continúe con el caso. Si el Fiscal superior convalida la decisión del Fiscal inferior, se puede ocurrir ante el Procurador General, quien resolverá en definitiva. Y finalmente, de sostener el rechazo a la pretensión del querellante, éste podrá iniciar la persecución penal, dentro de los sesenta días hábiles de notificada la resolución del Procurador General.⁴⁹

Y por último, la conversión por archivo fiscal⁵⁰, cuando el Fiscal estime que no hay más medidas a practicar y cumplimentado el trámite con el querellante, podrá disponer el archivo de las actuaciones en los siguientes casos:

- Cuando fuera evidente que media una causal extintiva del ejercicio de la acción penal u otra de carácter también perentorio; o cuando el hecho investigado no se cometió o no cuadra en una figura penal o que el delito no ha sido cometido por el imputado o media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o excusa absolutoria.
- Cuando no hubiera suficientes elementos de prueba para fundar la requisitoria de apertura del juicio y no fuera razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas.

El juicio especial de querrela, tiene dos etapas, que tramitan ante jueces diferentes.⁵¹ La primera etapa es la “audiencia de conciliación”, la cual será convocada por el tribunal con el fin de evitar el juicio oral, a través de un acuerdo de partes.⁵² Si la conciliación se logra, corresponde

⁴⁸ Art. 273, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

⁴⁹ Art. 291, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

⁵⁰ Art. 289, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

⁵¹ Art. 354, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

⁵² Art. 356, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

dictar sobreseimiento e imponer costas por su orden, salvo pacto en contrario.⁵³ Si no se llega a una conciliación, se declara la apertura del juicio⁵⁴, siendo ésta, la segunda etapa.

Declarada la apertura a juicio se sorteá nuevo tribunal y se aplicarán las normas del debate común y del procedimiento abreviado.⁵⁵

2.3 En el Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos

El Código Procesal Penal de Entre Ríos no encasilla al querellante en ninguna clasificación expresamente, sin embargo se trata de un querellante conjunto, pues su actividad se ve estrechamente ligada a la actividad del Ministerio Público Fiscal, en el ejercicio de la acción penal pública.

Es el Ministerio Público Fiscal, quien promueve la acción penal pública de oficio, siempre que no dependa de instancia privada.⁵⁶ En tanto que, el querellante es un sujeto eventual del proceso, de tal modo que si desistiera posteriormente, ninguna consecuencia tiene sobre la acción penal mientras el Ministerio Fiscal la sostenga.⁵⁷ De esta manera, se deja en claro que las peticiones del querellante no habilitan a abrir o iniciar una investigación. (Franceschetti & Gamba, 2014).

Se trata pues de un querellante conjunto adhesivo, pues tiene funciones coadyuvantes con el Fiscal.⁵⁸ Entre sus facultades, el querellante puede:

- Acreditar el hecho de la causa y la responsabilidad del imputado.
- Ofrecer prueba en la investigación penal preparatoria y en el juicio.
- Solicitar al Juez de Garantías las medidas de coerción que estime pertinentes.
- Interponer los recursos que le han sido acordados.

⁵³ Art. 357, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

⁵⁴ Art. 359, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

⁵⁵ Art. 360, Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

⁵⁶ Art. 5, Código Procesal Penal de Entre Ríos, Ley 9.754.

⁵⁷ Art. 88, Código Procesal Penal de Entre Ríos, Ley 9.754.

⁵⁸ Art. 86, Código Procesal Penal de Entre Ríos, Ley 9.754.

Pero la actividad del querellante siempre está subordinada a la actividad del Fiscal, pues debe atenerse a sus decisiones de archivar⁵⁹ o pedir sobreseimiento⁶⁰, aunque en ambos casos podrá impulsar una revisión a cargo del Fiscal superior de grado. También debe atenerse a la decisión fiscal, respecto al desistimiento de la denuncia, ante lo cual puede elevar un recurso de apelación, pero no puede por sí mismo generar que el Juez de Garantías prosiga con la investigación sin el Fiscal o que el Tribunal de Juicio avance en el juicio sin el Fiscal (Franceschetti & Gamba, 2014). Esto lleva a concluir, que el querellante legislado en el Código Procesal Penal de Entre Ríos, es un querellante conjunto adhesivo.

Sin embargo, continúan expresando Franceschetti & Gamba (2014), el mismo Código le da un rol autónomo cuando aprueba que, en solitario, ejerza la acción penal pública y le permite al Tribunal de Juicio condenar con el alegato del querellante, aún cuando el Fiscal haya pedido absolución;⁶¹ o cuando le permite recurrir sin la anuencia o acompañamiento del Fiscal.⁶² Por esta razón, estos autores lo califican como un “querellante mixto”.

Lo cierto es que la jurisprudencia actual, ha convertido ese querellante mixto en un querellante autónomo, a través de los fallos “Santillán”⁶³ “Storchi”⁶⁴ y Quiroga⁶⁵, como veremos en el próximo capítulo.

Respecto del pedido de sobreseimiento por parte del Fiscal, debe notificarse a las partes quienes en el lapso de 3 días podrán oponerse fundadamente. Será el Juez de Garantías, quien resuelva la petición de sobreseimiento. Si dispone remitir la Causa a Juicio, ordenará el envío de las actuaciones a la Fiscalía General, la que formulará requerimiento o insistirá con el pedido de

⁵⁹ Art. 210, Código Procesal Penal de Entre Ríos, Ley 9.754.

⁶⁰ Art. 40, Código Procesal Penal de Entre Ríos, Ley 9.754.

⁶¹ Art. 439, Código Procesal Penal de Entre Ríos, Ley 9.754. “Desistimiento de la Acusación. Si en cualquier estado del Debate el Fiscal desistiese de la acusación, se sobreseerá al acusado, sin perjuicio del derecho de la querrela a interponer contra esta resolución los recursos que estime corresponder. Si el Fiscal no mantuviese su acusación al momento de la discusión prevista en el Artículo 449, y el Querellante Particular sí lo hiciera, el Tribunal deberá resolver de acuerdo a lo previsto en el Capítulo IV, Título I, Libro Tercero de este Código.”

⁶² Art. 86 inc. D y art. 484, Código Procesal Penal de Entre Ríos, Ley 9.754.

⁶³ CSJN, “Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación, Fallos 321:202, (1998).

⁶⁴ CNCN, Sala II, “Storchi, Fernando A. y otros” (2010).

⁶⁵ CSJN, “Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4.302”, Fallos 327:5863, (2004).

sobreseimiento. Debiendo el Juez de Garantías resolver en ese sentido.⁶⁶ Es decir, que es el Fiscal General quien tiene la última palabra sobre la procedencia o no del sobreseimiento. Y es esto lo que puede generar numerosos pedidos de inconstitucionalidad por parte de la querrela, por no respetarse sus derechos de defensa en juicio, el acceso a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva. Pues, es el mismo Código quien le da la posibilidad al querellante para oponerse al pedido de sobreseimiento, pero no le da la entidad suficiente para lograr que el Juez de Garantía prosiga con la investigación si no es apoyado por el Fiscal General.

3. Concepción de la querrela en algunos sistemas penales internacionales

A partir del año 1980, comenzó una gran reforma del Derecho Procesal Penal en América Latina, y fue la provincia de Córdoba, la gran influyente en esa reforma. El Código Procesal Penal de Córdoba representaba la recepción del derecho procesal europeo-continental y el desplazamiento de la legislación hispánica antigua. Este Código se enfrentó al Código de procedimiento en materia penal federal, pues éste era el reflejo de la legislación inquisitiva española, lo que provocó una lucha de escuelas académicas que finalizó en 1990 con la reforma del Código Procesal Penal de la Nación, el cual adoptó el sistema ya propuesto por los juristas de Córdoba (Maier, Ambos, & Woischnik, 2000).

El prestigio del Código Procesal de Córdoba, traspasó las fronteras de la República Argentina y rápidamente fue consagrado, en varios congresos, como un referente para el resto de los países latinoamericanos. Se creó un Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Penal, lo que permitió que los juristas, entre ellos los cordobeses Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde, pudieran sentar las bases uniformes para Iberoamérica y posteriormente, en el año 1988, permitió que crearan el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (Maier, Ambos, & Woischnik, 2000).

De esta manera, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, ha tenido una gran repercusión en las reformas procesales más modernas de los países latinoamericanos, pues éste ha sido tomado como un referente del cual se han nutrido los Códigos Procesales de la región.

⁶⁶ Art. 400. Código Procesal Penal de Entre Ríos, Ley 9.754.

3.1. En el sistema jurídico de Guatemala

En el sistema jurídico de la República de Guatemala, el ejercicio de la acción penal pública le corresponde al Ministerio Público Fiscal, según reza el Constitución Política de este país.⁶⁷ No obstante, su Código Procesal Penal, recepta expresamente un querellante adhesivo, según su artículo 116.⁶⁸ En virtud de éste, el agraviado podrá provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Fiscal. El querellante podrá siempre colaborar y coadyuvar con el fiscal en la investigación de los hechos, podrá solicitar la práctica y recepción de pruebas anticipadas y cualquier diligencia prevista en el Código Procesal. Por otro lado, si discrepa con la decisión del fiscal podrá acudir ante el Juez de Primera Instancia de la jurisdicción, quien resolverá sobre las diligencias a practicarse, pudiendo a su vez remitir al Fiscal General lo relativo a cambios de fiscal del proceso.

El art. 337⁶⁹, determina que el querellante podrá adherirse a la acusación del Ministerio Público, exponiendo sus propios fundamentos o manifestar que no acusará; puede también, señalar los vicios formales en los que incurre el escrito de acusación y solicitar su corrección; o bien puede, objetar la acusación porque omite algún imputado o algún hecho o circunstancia de interés para la decisión penal, requiriendo su ampliación o corrección.

Pero esa constitución en querellante, sólo podrá solicitarse antes que el Ministerio Público requiera la apertura del juicio o el sobreseimiento. Vencida esta oportunidad, el juez la rechazará sin más trámite.⁷⁰

El Ministerio Público podrá solicitar al juez de primera instancia el archivo de la denuncia, cuando sea manifiesto que el hecho no es punible o cuando no se pueda proceder. Cuando el juez no estuviese de acuerdo con tal solicitud, remitirá al jefe del Ministerio Público a fin de que decida si la investigación debe continuar a cargo del mismo funcionario o designará un sustituto.⁷¹

⁶⁷ Art. 251, Constitución Política de la República de Guatemala.

⁶⁸ Art. 116, Código Procesal Penal de Guatemala, Decreto 51-92.

⁶⁹ Art. 337, Código Procesal Penal de Guatemala, Decreto 51-92.

⁷⁰ Art. 118, Código Procesal Penal de Guatemala, Decreto 51-92.

⁷¹ Art. 310, Código Procesal Penal de Guatemala, Decreto 51-92.

Respecto del pedido de sobreseimiento o clausura, el Ministerio Público, cuando considere que no existe fundamento para promover el juicio público, puede solicitar el sobreseimiento o la clausura provisional.⁷²

Si el juez rechaza el sobreseimiento o la clausura del procedimiento ordenará que se plantee la acusación, lo que obligará al Ministerio Público.⁷³

Ante esto, el querellante podrá solicitar al juez que le otorgue la facultad de formular la acusación en remplazo del Ministerio Público. El juez podrá encargar la acusación al querellante siempre que manifieste su interés en proseguir el juicio hasta la sentencia, sin perjuicio de las facultades o deberes que le corresponden al Ministerio Público.⁷⁴

Ello significa que, además de tener la decisión de proseguir con el proceso penal, se le otorga la posibilidad de definir íntegramente el contenido de la acusación.

Otra facultad que se le otorga a la querrela, es la posibilidad de conversión de la acción pública en acción privada, a partir de lo cual el querellante actúa de manera independiente y autónoma del Ministerio Público Fiscal.

Al respecto, el artículo 26⁷⁵, permite tal conversión siempre que no provoque un impacto social cuando:

- Se aplique un criterio de oportunidad.
- Se trate de acción de instancia privada, a pedido del legitimado, y el Fiscal lo estime procedente por no configurar un grave perjuicio al bien público y siempre que el agraviado garantice una persecución penal eficiente.

3.2. En el sistema jurídico de Costa Rica

El actual sistema jurídico de la República de Costa Rica, reconoce la participación de la víctima en forma amplia, otorgándole una gran disponibilidad sobre el curso del procedimiento y

⁷² Art. 325, Código Procesal Penal de Guatemala, Decreto 51-92.

⁷³ Art. 326, Código Procesal Penal de Guatemala, Decreto 51-92.

⁷⁴ Art. 337 inc 4 y art. 343, Código Procesal Penal de Guatemala, Decreto 51-92.

⁷⁵ Art. 26, Código Procesal Penal de Guatemala, Dec. 51-92

el resultado final de la causa. En virtud de ello, el artículo 71⁷⁶ enuncia los derechos y deberes de la víctima, entre los cuales destacamos el derecho que tiene ésta por el sólo hecho de serlo y aún sin haberse constituido como querellante, a ser informada de las resoluciones que finalicen el procedimiento y el derecho a apelar la desestimación y el sobreseimiento definitivo (González Álvarez, 2007).

El artículo 75⁷⁷ de este ordenamiento jurídico, establece que el querellante de acción pública podrá adherirse a la persecución penal ya iniciada por el Ministerio Público o continuar con su ejercicio, según lo establecido en el Código de Procedimiento.

En el artículo 80⁷⁸ determina que las facultades concedidas al querellante no alterarán las facultades propias del Ministerio Público respecto del ejercicio del criterio de oportunidad y la suspensión del proceso a prueba. No obstante, el artículo 315⁷⁹ le otorga la posibilidad al Ministerio Público, al querellante, al actor civil y la víctima para interponer recurso de apelación, contra el sobreseimiento definitivo, en las etapas preparatoria e intermedia.

Pero el más importante de todos sus derechos procesales lo constituye sin lugar a dudas, el ejercer la acción penal pública por medio de la presentación de una querrela (artículo 75 CPP). Cuando lo hace puede incluso sustituir al Ministerio Público en la función acusatoria, aun cuando éste haya solicitado el sobreseimiento o la absolución, y el Fiscal decida no participar en el juicio (artículo 321⁸⁰ CPP). Desde luego tal sustitución podrá realizarse sólo con posterioridad al procedimiento

⁷⁶ Art. 71, Código Procesal Penal de la República de Costa Rica, ley 7.594.

⁷⁷ Art. 75, Código Procesal Penal de la República de Costa Rica, ley 7.594: “Querellante en delitos de acción pública. En los delitos de acción pública, la víctima y su representante o guardador, en caso de minoridad o incapacidad, podrán provocar la persecución penal, adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público o continuar con su ejercicio, en los términos y las condiciones establecidas en este Código. El mismo derecho tendrá cualquier persona contra funcionarios públicos, que en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos; cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos.

⁷⁸ Art. 80, Código Procesal Penal de la República de Costa Rica, ley 7.594: “Facultades. La querrela no alterará las facultades concedidas al Ministerio Público respecto del ejercicio de los criterios de oportunidad y la suspensión del proceso a prueba. El querellante podrá interponer los recursos que ese Código autoriza al Ministerio Público. La intervención como querellante no eximirá del deber de declarar como testigo.

⁷⁹ Art. 315, Código Procesal Penal de la República de Costa Rica, ley 7.594: “Recurso. El Ministerio Público, el querellante, el actor civil y la víctima podrán interponer recurso de apelación, con efecto suspensivo, contra el sobreseimiento definitivo, dictado en las etapas preparatoria e intermedia.”

⁸⁰ Art. 321, Código Procesal Penal de la República de Costa Rica, ley 7.594: “Presupuesto para la apertura a juicio. El auto de apertura a juicio se podrá dictar con base en la acusación del Ministerio Público o la del querellante. Si se abre el juicio con base únicamente en la acusación particular, el querellante continuará en forma exclusiva el ejercicio de la acción, sin perjuicio de que el representante del Ministerio Público opte por continuar interviniendo en el procedimiento, pero no estará obligado a mantener la pretensión de aquél.

intermedio, es decir durante el juicio, porque la participación del Ministerio Público en la investigación preparatoria y en el procedimiento intermedio es obligatoria, independientemente de la posición concreta que asuma en relación con el caso tratándose de delitos de acción pública (González Álvarez, 2007, pág. 356).

Así, de manera similar al Código Procesal Penal de Guatemala, en Costa Rica se regula un querellante que ha dejado de ser adhesivo o sustitutivo, para perfilarse como un querellante con facultades autónomas.

3.3 En el sistema jurídico de la República de Chile

En el año 2000, se produjo en la República de Chile, una reforma procesal que permitió una mutación importante – entre otras – de la posición de la víctima.

En efecto, antes de dicha reforma el sistema jurídico chileno, tenía un marcado carácter inquisitivo, escrito y secreto, la regla en persecución de delitos era la acción pública, lo que facilitaba que el Estado fuese prácticamente el actor exclusivo en la protección de la sociedad y del afectado concretamente. El juez asumía en su persona tanto la investigación, acusación y resolución del conflicto penal, mientras que la víctima, tenía derechos y participaciones marginales y eventuales. A su vez, la información que recibía la víctima era mínima. (Hernández De Lamotte, 2013).

Pero esta situación cambió a partir del año 2000, cuando se produjo la mencionada reforma procesal penal. En efecto, el artículo 3⁸¹ del Código Procesal Penal de la República de Chile establece que, el Ministerio Público es quien dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos del delito, en la forma prevista por la Constitución y por la ley. De este modo se aparta a la víctima de la investigación, pero no se excluye su participación.

Así, el artículo 53⁸² del Código Procesal Penal de la República de Chile, determina que si bien la acción penal pública deberá ser ejercida por el Ministerio Público, existen casos donde

⁸¹ Art. 3, Código Procesal Penal de la República de Chile, ley 19.696: “Exclusividad de la investigación penal. El ministerio público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley.”

⁸² Art. 53, Código Procesal Penal de la Republica de Chile, ley 19.696: “Clasificación de la acción penal. La acción penal es pública o privada. La acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla

podrá ser ejercida por personas a las que la propia ley les reconozca esa facultad. Es decir, se le reconoce la facultad a la víctima, de constituirse como querellante.

Mas allá de todos los derechos que fueron reconocidos a las víctimas con el nuevo Código, el que particularmente nos interesa es la posibilidad de constituirse como querellante.

Y es así, que la nueva legislación les permite ser partes centrales, decisivas y determinantes en el devenir del proceso, en palabras de Hernández De Lamotte (2013).

El artículo 109⁸³, dispone los derechos que le pertenecen a la víctima, quien tendrá facultades para solicitar medidas de protección para sí y para su familia; podrá constituirse como querellante; asimismo, tendrá derecho a ser informado ante el pedido de sobreseimiento y otra causal que termine con la causa y además podrá impugnar tal solicitud, aun cuando no hubiese participado en el proceso como querellante. Y aclara expresamente, el presente artículo, que estos derechos no podrán ser ejercidos por el imputado.

Por otro lado el artículo 111⁸⁴, establece la legitimación para constituirse como querellante, la víctima, su representante legal o su heredero testamentario; y el artículo 261⁸⁵,

especial deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público. Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código. Se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad. La acción penal privada sólo podrá ser ejercida por la víctima. Excepcionalmente, la persecución de algunos delitos de acción penal pública requiere la denuncia previa de la víctima.”

⁸³ Art. 109, Código Procesal Penal de la República de Chile, ley 19.696: “Derechos de la víctima. La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos: a) solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia; b) presentar querrela; c) ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible; d) ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiera o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada; e) ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo y otra resolución que pusiere término a la causa; y f) impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento. Los derechos precedentemente señalados no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondieren en esa calidad.

⁸⁴ Art. 111, Código Procesal Penal de la República de Chile, ley 19.696: “Querellante. La querrela, podrá ser interpuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario. También se podrá querrellar cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que constituyeren delitos terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizadas por la Constitución o contra la probidad pública. Los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querrela cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes.

⁸⁵ Art. 261, Código Procesal Penal de la República de Chile, ley 19.696: “Actuación del querellante. Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito, podrá: a) adherir a la acusación del ministerio público o acusar particularmente. En este segundo caso, podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o

establece sus facultades acusatorias. El querellante puede, adherir a la acusación del ministerio público o acusar particularmente; podrá señalar vicios formales del escrito de acusación y podrá ofrecer prueba que estimase necesaria para sustentar la acusación.

Otra facultad que posee el querellante está establecida en el artículo 258⁸⁶, es la de forzar la acusación, es decir, tiene facultad para oponerse al pedido de sobreseimiento que realice el representante del Ministerio Fiscal, y de esa manera continuar con el procedimiento en forma autónoma.

De esta forma, se puede deducir que el querellante en el sistema jurídico chileno, es un querellante con facultades autónomas, pues tiene la opción de adherir a la acusación del Ministerio Público – quien detenta la titularidad de la acción penal pública –; o bien puede continuar por sí mismo la acusación, en solitario.

Como se puede ver, en la región latinoamericana, se ha producido una reforma muy análoga respecto de los sistemas procesales penales, producto de la influencia indudable que ha tenido el Código Procesal Penal Modelo de Iberoamérica; y nuestro Código Procesal Penal de la Nación, no ha sido ajeno a ello, como expondremos en el próximo capítulo.

4. Conclusión

ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación; b) señalar los vicios formales de que adoleciere el escrito de acusación, requiriendo su corrección; c) ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación, lo que deberá hacerse en los mismos términos previstos en el artículo 259; y d) deducir demanda civil, cuando procediere.

⁸⁶ Artículo 258, Código Procesal Penal de la República de Chile, ley 19.696: “Forzamiento de la acusación. Si el querellante particular se opusiere a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, el juez dispondrá que los antecedentes sean remitidos al fiscal regional, a objeto que éste revise la decisión del fiscal a cargo de la causa. Si el fiscal regional, dentro de los tres días siguientes, decidiere que el ministerio público formulará acusación, dispondrá simultáneamente si el caso habrá de continuar a cargo del fiscal que hasta el momento lo hubiere conducido, o si designará uno distinto. En dicho evento, la acusación del ministerio público deberá ser formulada dentro de los diez días siguientes, de conformidad a las reglas generales. Por el contrario, si el fiscal regional, dentro del plazo de tres días de recibidos los antecedentes, ratificare la decisión del fiscal a cargo del caso, el juez podrá disponer que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en los sucesivos en los mismos términos que este Código lo establece para el ministerio público, o bien procederá a decretar el sobreseimiento correspondiente. En caso de que el fiscal hubiere comunicado la decisión a que se refiere la letra c) del artículo 248, el querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer los derechos a que se refiere el inciso anterior. La resolución que negare lugar a una de las solicitudes que el querellante formulare de conformidad a este artículo será inapelable, sin perjuicio de los recursos que procedieren en contra de aquella que pusiere término al procedimiento.”

En este capítulo, podemos comprender la magnitud de la figura del querellante y el constante avance de los derechos de la víctima.

Si observamos tiempo atrás, veremos que desde ese querellante incorporado a regañadientes por nuestros legisladores, a la concepción actual de querella, esta institución ha sufrido muchas modificaciones en cuanto su alcance. Tanto es así, que ya no quedan provincias en nuestro territorio que nieguen ese derecho a la víctima, siendo la provincia de Misiones, la última en incorporarlo.

Ahora, esa incorporación no ha sido uniforme, pues, por un lado, tenemos provincias que han incorporado al proceso penal, un querellante con facultades coadyuvantes al Ministerio Público Fiscal, es decir, que se trata de una figura simplemente adhesiva. Por el otro, existen provincias que no sólo reconocen el derecho a la víctima de constituirse como querellante, sino que también, le reconocen facultades autónomas, permitiendo entre otras facultades la conversión de la acción penal pública en acción penal pública de ejercicio privado.

Y este, es un fenómeno que se repite en la mayoría de los países latinoamericanos. Ello se explica, en función de la influencia que ha tenido el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. El cual ha funcionado como un criterio unificador de los sistemas procesales latinoamericanos, en su mayoría.

CAPÍTULO III – Nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27063)

1. Introducción

En este capítulo, se expondrá la nueva legislación promulgada en 2015, con vigencia a partir del año 2016. En ella se podrá observar el cambio de paradigma respecto de la figura del querellante particular, el cual se ha concebido como un “querellante autónomo”, fruto de la labor pretoriana de nuestros tribunales.

Se trata de acercar al lector una visión general de la nueva figura del querellante de acción pública y nuevo rol en el proceso penal de la nación.

2. El querellante autónomo

Como ya definimos en el capítulo I⁸⁷, querellante autónomo es aquel ofendido por un acto delictual que puede ejercer, de manera totalmente independiente del Fiscal, la acción penal pública con amplias facultades procesales.

En realidad, adelantaremos que, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, instituye un querellante “conjunto autónomo”, por cuánto, éste puede ejercer la acción penal pública de manera autónoma, cuando el Ministerio Público Fiscal no lo hace. Como explican Franceschetti & Gamba:

Se da legitimación a la pretensa víctima u ofendido y ciertos damnificados directos para actuar conjuntamente con el Ministerio Público de la Acusación en los casos de delitos de acción pública (arts. 71 y 72 C.P.) perseguibles de oficio, pero con facultades autónomas para impulsar la acción penal hasta sus últimas instancias, incluso apelar sentencias desfavorables (Franceschetti & Gamba, 2014, pág. 229).

2.1. Antecedentes. Los fallos “Santillán” y “Quiroga” de la CSJN

⁸⁷ Ver Capítulo I.

La figura del querellante autónomo ha surgido, en nuestro sistema jurídico, de una manera pretoriana, pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de sus fallos fue delimitando los derechos y facultades que pueden ejercer los querellantes en el proceso penal.

De esta forma, si bien el Código “Lavene” no establece la autonomía del querellante⁸⁸, tal facultad fue definida a través de disímiles interpretaciones jurisprudenciales, que parece haber alcanzado su punto cumbre, con el caso “Santillán”⁸⁹. En este fallo, la Cámara Nacional de Casación Penal, confirmó la sentencia del tribunal oral que había absuelto a Francisco A. Santillán del delito por el cual oportunamente fue requerida la elevación de la causa a juicio, por la parte querellante y por el fiscal. No obstante, en el período de debate, el representante del Ministerio Público solicitó la absolución del procesado por considerar atípicos los hechos en que se había fundado la conducta a él atribuida, en tanto que el querellante requirió que se le condenase por el delito de abandono de persona agravado a la pena de cinco años de prisión. La Cámara, decidió absolver, por considerar que el rol del querellante particular no era autónomo del rol del Fiscal. Consecuentemente, la querrela decide, interponer un recurso extraordinario federal fundado en la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias. Se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado, con fundamento en el derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el artículo 18 de la Constitución Nacional, por el cual se otorga la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes y en el derecho reconocido por los artículos 8º, párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Con este fallo, la Corte sentó un precedente que de alguna manera generó inseguridad jurídica, pues los derechos de las partes, pasaron a depender del criterio particular del tribunal llamado a intervenir en el caso particular (Almeyra & Báez, 2015).

Otro fallo importante fue “Quiroga”⁹⁰, fallo por el cual se declaró la inconstitucionalidad del procedimiento establecido por el artículo 348 del Código Procesal Penal de la Nación. En este fallo, el representante del Ministerio Público Fiscal, solicita el sobreseimiento del imputado;

⁸⁸ Ver Capítulo I, pág. 8.

⁸⁹ CSJN, “Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación, Fallos 321:2021, (1998).

⁹⁰ CSJN, “Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302”, Fallos 327:5863, (2004).

el juez de control discrepa con éste y en virtud del artículo en cuestión, remite el expediente a la Cámara de Apelaciones, la cual remite el sumario al Fiscal General para que aparte al Agente Fiscal y se designe un nuevo representante del Ministerio Público. El Fiscal General, requirió la declaración de nulidad del auto por el cual el juez elevó la causa en consulta y de todos los actos posteriores practicados en su consecuencia; fundamentando que el art. 348 había quedado tácitamente derogado por el artículo 120 de la Constitución Nacional. Subsidiariamente, sería inconstitucional en virtud de dicho artículo y el artículo 18 de la Ley Fundamental. La Cámara de Apelaciones rechazó la nulidad impetrada y, contra esa decisión, el Fiscal General interpuso recurso de casación, que fue concedido. La Cámara de Casación, declara inadmisibile el recurso por lo que el Fiscal General interpone el recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a un recurso de queja.

En autos se cuestiona la vigencia y constitucionalidad del artículo 348 del Código Procesal Penal de la Nación y, consiguientemente, se postula la invalidez del auto de elevación en consulta dictado de conformidad con esa norma.

La Corte Suprema, concluye que la decisión de alzada al interpretar el 2º párrafo del artículo 348 del Código Procesal Penal de la Nación vulnera la autonomía funcional de los fiscales, consagrada en el artículo 120 de la Constitución Nacional, al conceder a los jueces una facultad que la propia Constitución les veda, toda vez que posibilita que estos puedan determinar el contenido de los actos del fiscal y ejercer el control y el remplazo del fiscal ante situaciones como las aquí analizadas, sin que el órgano judicial posea competencia para ello.

En consecuencia, con el fin de asegurar la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal, el tribunal impone declarar la inconstitucionalidad del artículo 348, segundo párrafo, primera alternativa, del Código Procesal Penal de la Nación. Se hizo lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado.

Según el artículo 348⁹¹ segundo párrafo, si el juez no está de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal, o la querella considera que se debe elevar la causa a juicio,

⁹¹ Art. 348, Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984: “Proposición de diligencias. Si la parte querellante y el agente fiscal solicitaren diligencias probatorias, el juez las practicará siempre que fueren pertinentes y útiles y, una vez cumplidas, les devolverá el sumario para que se expidan, conforme al inciso 2 del artículo anterior. El juez dictará sobreseimiento si estuviere de acuerdo con el requerido. De lo contrario, sea que no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal o sea que sólo el querellante estimara que debe elevar la causa a juicio, dará

aquel debe elevar la causa a la Cámara de Apelaciones, quien decidirá si se dicta el sobreseimiento o si aparta al fiscal actuante y designa a otro, para que prosiga con la acusación.

A través del fallo Quiroga, se declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 348, en virtud del artículo 120⁹² de la Constitución Nacional, el cual establece que el Ministerio Fiscal es un órgano independiente con autonomía funcional.

A su vez, el artículo 1 de la ley 24.946⁹³ establece que el Ministerio Público ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura.

Se infiere de lo expuesto que al ser declarado inconstitucional el mecanismo establecido para que la querrela pueda solicitar la revisión del sobreseimiento –establecida por el artículo 348 del código aún vigente – se le otorga un rol fundamental en el proceso penal, pues el proceso debe continuar con el sólo impulso de éste, abriendo de esta manera, otra puerta a las facultades autónomas del querellante.

intervención por seis (6) días a la Cámara de Apelaciones. Si ésta entiende que corresponde elevar la causa a juicio, apartará al fiscal interviniente e instruirá en tal sentido al fiscal que designe el fiscal de Cámara o al que siga en orden de turno”.

⁹² Art. 120, Constitución de la Nación Argentina: “Independencia. Función. El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República...”

⁹³ Art. 1 Ley 24.946, Ley orgánica del Ministerio Público: “El Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura.

El principio de unidad de actuación debe entenderse sin perjuicio de la autonomía que corresponda como consecuencia de la especificidad de las funciones de los fiscales, defensores y tutores o curadores públicos, en razón de los diversos intereses que deben atender como tales.

Posee una organización jerárquica la cual exige que cada miembro del Ministerio Público controle el desempeño de los inferiores y de quienes lo asistan, y fundamenta las facultades y responsabilidades disciplinarias que en esta ley se reconocen a los distintos magistrados o funcionarios que lo integran”.

D'Albora⁹⁴, expresa que a casi diez años de dictado el fallo “Quiroga”, la situación no ha cambiado:

Salvo el acotado control negativo de legalidad que puede efectuar el juez, no se estableció ningún mecanismo de revisión hacia los fiscales que, al cierre de la instrucción, solicitan el sobreseimiento del imputado. Y a ello debe sumarse que el legislador ni siquiera estableció un sistema de control para cuando, en el inicio del proceso, el fiscal requiere la desestimación de la denuncia (art. 180, CPPN). La incorrecta aplicación analógica –art. 2º, CPPN- del art. 348 íd., que impuso en su momento la casación, quedó trunca a partir de lo resuelto en “Quiroga”.

De esta forma, los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fueron encausando los fallos de muchos órganos jurisdiccionales provinciales, los cuales han ido reconociendo distintas facultades autónomas al querellante, lo que posteriormente se vio reflejado en la reforma del Código Procesal Penal de la Nación, ley 27063.

Lo cierto es que, ambos fallos –Santillán y Quiroga – definieron la intervención autónoma del querellante pero de una manera limitada: se referían a la etapa final del procedimiento, permitiendo al querellante luego de tramitadas todas al instancias, durante la etapa del debate y ante el pedido de sobreseimiento del representante del Ministerio Fiscal, formular acusación de manera independiente a los fines de que el tribunal interviniente pueda decidir sobre tal petición.

Quedando pendiente una interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la participación autónoma de la víctima en la etapa inicial del procedimiento, es decir en la etapa de desestimación de la denuncia.

3. El problema del alcance de la facultad autónoma del querellante

De una primera lectura del fallo “Santillán”, la autonomía procesal reconocida al querellante, se limitaría al impulso del proceso ya iniciado por el Ministerio Público Fiscal, no

⁹⁴ D'Albora, Nicolás F. (2014). La necesaria reforma del Código Procesal Penal de la Nación (Una nueva oportunidad para saldar una deuda pendiente) [Versión electrónica], La Ley 03/11/2014. 03/11/2014, 1 –LA LEY2014-f,744. *La ley on line, AR/DOC/3975/2014, 1-16.*

existiendo autonomía en la etapa introductoria del proceso. No obstante, las posiciones doctrinarias han sido contradictorias.

El problema que surgió fue, establecer si esa autonomía podía ser ejercida desde un comienzo, en la etapa instructoria o sólo podía ser ejercida una vez instada la acción por el Ministerio Público Fiscal.

Al respecto se conocen tres posiciones:⁹⁵

Una primera postura, por la cual se sostiene que el querellante sólo puede apelar la desestimación de una denuncia si previamente el fiscal ha requerido la instrucción y el juez ha rechazado la denuncia por inexistencia del delito.

Una segunda postura, que considera que la apelación de la querrela, habilita la intervención del fiscal de Cámara, quien debe determinar la procedencia o no de la acción, y en caso de optar por la opción positiva, determinar un nuevo fiscal que continúe con la causa.

Y la tercera posición, es aquella que sostiene que la apelación permite al querellante, si la Cámara de Apelaciones considera razonable su pretensión, impulsar en soledad la instrucción y el juicio oral y público.

Según venimos viendo, la doctrina “Santillán”, ha otorgado al querellante la posibilidad de actuar en forma autónoma, solicitando la imposición de pena durante el debate, cuando el fiscal pidió la absolución. Ahora la pregunta es ¿es posible aplicar esta doctrina al momento de elevación de la causa a juicio? ¿Puede el querellante, en solitario, solicitar la citación a juicio?

Al respecto, parte de la doctrina y la jurisprudencia, ha ido por la negativa. En el fallo “Storchi”⁹⁶, el juez Yacobuzzi en su voto, consideró que la causa no podría ser elevada a juicio con el sólo requerimiento del querellante. Expuso que, el derecho a la víctima a formular la acusación de manera autónoma, no se desprende de los Tratados de Derechos Humanos, ni de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos, ni de la Comisión de Derechos Humanos. Por el contrario, considera que estos instrumentos internacionales sólo otorgan un derecho del ciudadano siempre que los sistemas locales lo autoricen. En su voto disidente,

⁹⁵ Castro Milani, J.O. (2014). Las facultades del querellante en la instrucción. La Ley 2014-A, 681 – Sup. Penal 2014 (febrero), 6. [versión electrónica]. Cita Online: AR/DOC/21/2014. Castex, F. “Sistema acusatorio material”. Ed. Del Puerto. Buenos Aires, 2013, p. 104.

⁹⁶ CNCN, Sala II, “Storchi, Fernando A. y otros”, Reg. 16.836, (2010).

expresó que en el precedente “Santillán”, el Fiscal había requerido la elevación a juicio y luego había pedido la absolución del imputado, mientras que la querrela postuló su condena. Por lo que considera que en este fallo se permite condenar con la sola acusación del querellante, pero siempre que el Fiscal haya requerido la elevación a juicio. Pero en ningún momento el mencionado precedente habilita la elevación a juicio oral sin que el Fiscal lo haya solicitado previamente.

En el fallo “Marcilese”,⁹⁷ el Dr. Fayt, expresó: “En nuestro sistema de enjuiciamiento penal es el Estado el que por sí mismo se encarga de la persecución penal (principio de oficialidad). Por tal razón el principio acusatorio sólo puede ser concebido en su acepción formal, es decir aquella según la cual se pone en mano de un órgano especial, distinto del que declara el derecho, el cometido de excitar la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción...Es la coexistencia del principio de oficialidad con el sistema acusatorio, la que impide introducir una connotación dispositiva de la acción penal, pues ello implicaría desconocer que el *ius punendi* (poder punitivo del Estado) no pertenece al Ministerio Público Fiscal sino al propio Estado del que también son expresión los jueces...”

Por la negativa, también se pronunció el Dr. Argerich, en el caso “Fariña”, el cual expreso que: “la posibilidad de iniciar la investigación penal con el sólo impulso de la querrela, resulta improcedente, en tanto que el titular de la acción pública es, conforme el artículo 5 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público Fiscal, de modo que un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, provocado únicamente por actividad de acusador particular, implica otorgarle una participación en el proceso que genera la transformación de los delitos de acción pública en delitos de acción privada...”

En el ya citado fallo “Storchi”, el voto mayoritario, realizó una interpretación más amplia del fallo “Santillán”, y el Dr. Gustavo Mitchell expresó que, si al querellante se le ha dotado “...de tamaña facultad como es la de acusar durante el juicio a fin de obtener un pronunciamiento condenatorio, también puede por añadidura llevar adelante, en solitario, otros actos de menor entidad, de impulso procesal. Simplemente, tan sólo quien puede lo más puede lo menos”, y agregó “No encontrar razón válida alguna para reconocerle atribuciones durante una etapa del proceso y en cambio, retaceárselas en otras.”

⁹⁷ CSJN, “Marcilese, Pedro Julio y otros s/ homicidio calificado”, Fallo: 325:2005, (2002).

La propia Cámara Nacional de Casación Penal, en el caso “Bernstein”⁹⁸, consideró que el principio que sienta el fallo “Santillán”, no se ciñe a un determinado momento de la actividad requirente del querellante, sino a toda ella, cualquiera que sea el momento en el que se manifieste. Fallo, que fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁹⁹

Entre otros fallos, podemos citar los casos “Baldi”¹⁰⁰, “Gallina”¹⁰¹ y “Linares”¹⁰², en los cuales, se considera que la querrela tiene legitimación para impulsar el proceso en solitario desde el comienzo de la causa o en la etapa del juicio, sin necesidad del acompañamiento del Ministerio Público Fiscal como acusador, sino sólo como parte necesaria en virtud de la misión que le encomienda el artículo 120 de la Constitución Nacional.¹⁰³

Así, vemos que existe una especie de consenso, en cuanto a la autonomía del querellante para actuar una vez que el fiscal ha iniciado la acción penal pública, pero es todavía discutido, posibilidad de que esa autonomía sea aplicada a la etapa de instrucción.

De los argumentos expuestos, y adelantando opinión al respecto, consideramos que la autonomía del querellante es posible de aplicar a la etapa inicial del proceso, es decir, en la etapa de elevación de la causa a juicio. Pues, sería contradictorio, permitirle a la querrela solicitar la imposición de una pena y prohibirle que apele la desestimación de una denuncia.

4. Doctrina y jurisprudencia

4.1. Criterios en contra del querellante autónomo

Una de las opiniones más respetadas es la expuesta por Maier (2003), quien considera que la única forma de querrela que adecúa a nuestro sistema jurídico, es la querrela adhesiva, pues es el único medio por el cual se evita que la intervención de la víctima represente un

⁹⁸ CNCP, Sala I, “Bernstein, Jorge Héctor y otro s/ rec. de casación”, (2009), voto del Dr. Bisordi.

⁹⁹ CSJN, “Bernstein, Jorge Héctor y otro s/ recurso extraordinario” (2009), B 505 XLIII.

¹⁰⁰ CNCP, Sala II, “Baldi, Eduardo Alberto s/ recurso de casación”, reg.14.181, (2009), voto del Dr. Mitchell que, por sus fundamentos, adhiere a los del Dr. García y del Dr. Yacobucci.

¹⁰¹ CNCP, Sala II, “Gallina, Mario y otros s/ recurso de casación” reg. 15921, (2010), sólo el voto minoritario del Dr. Mitchell.

¹⁰² CNCP, Sala I, “Linares, Martín Maximiliano s/ rec. de casación”, reg. 7.721, (2005).

¹⁰³ Esteve, D. & Oribe, J. J. “Un avance del querellante en el proceso penal”. [versión electrónica]. La Ley 18/10/2010, 7- LALEY2010 – E, 635. Cita Online: AR/DOC/7001/2010

desequilibrio para los derechos del imputado. Este autor considera que es la solución más adecuada, pues la persecución oficial evita la desigualdad procesal que crea un doble acusador, más aun, cuando uno de ellos no se rige por el principio de objetividad.

Vallone (2012),¹⁰⁴ considera que la igualdad de armas (o de partes), estriba en la disposición de la misma cantidad y calidad de medios para hacer valer en el proceso, y eso incluye también la igualdad de adversarios. Considera que la “batalla de dos contra uno”, rompe el equilibrio entre partes y vulnera las garantías procesales del imputado.

Por su parte Almeyra y Báez (2015), expresan que es imposible aceptar la autonomía de la víctima para actuar en los inicios de la instrucción. No obstante, admitir que deben otorgarse mecanismos de control para que la querrela controle a los órganos del Estado, no quiere decir, que tengan una acción directa que puedan ejercer por sí mismos. Su fundamento reside en la necesidad de que el Estado sea quien dirima los conflictos y de esta forma, no se llegue a concretar la venganza.

El jurista Ricardo Lavene, como ya se ha expresado en el capítulo I de este trabajo, se muestra reticente a la figura del querellante, de tal modo que su proyecto original de Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23984) no incluyó tal figura por considerar “inadmisible... que el Estado se ponga al servicio del interés pecuniario y la venganza personal...”¹⁰⁵

Otro autor que se manifiesta en contra del querellante autónomo es Clariá Olmedo (2008), quien considera que el querellante debe ser un acusador conjunto con el Ministerio Público sin autonomía en el proceso penal. No obstante, este jurista coincide con la corriente excluyente del querellante de nuestro sistema jurídico; dicho con sus palabras, considera pertinente “la eliminación de todo atisbo privatista en la persecución penal”.

Por otro lado, Francesco Carnelutti¹⁰⁶ estima que, aun cuando la acusación privada sea lógicamente admisible, la misma presenta peligros, entre ellos, que la acusación esté falta de energía, pues considera este autor que el único móvil que tiene el ofendido en la persecución

¹⁰⁴ Vallone F., “La intervención del querellante en el juicio oral”. Revista de Derecho Penal y Criminología La Ley, año II, N° 1, febrero 2012. Págs. 137-141.

¹⁰⁵ Ver capítulo I, pág. 8.

¹⁰⁶ Soria, Valeria y José, Carlos (2011) “El querellante: ¿Sujeto adhesivo o autónomo?” [*versión electrónica*] Sup. Penal – La Ley 2011-F,1045. Cita Online: AR/DOC/2916/2011.

penal, es la restitución o resarcimiento; por lo que puede suceder que una vez satisfecho o ante la posibilidad de que ese resarcimiento no se concrete, el acusador particular no haga el esfuerzo suficiente para hacer castigar al autor, si es que ese esfuerzo no se extingue absolutamente. Continúa diciendo el autor, que ello sería perjudicial para la justicia, pues la pena es impuesta al autor del delito por razones que van más allá del interés personal de la parte lesionada.

Por último, hay quienes no le niegan los derechos al querellante, pero no admiten su autonomía, pues sería conferirles derechos absolutos e ilimitados y consideran que el Estado se encuentra en mejores condiciones técnicas, estructurales, objetivas y ejerce un poder otorgado por la Constitución Nacional, para llevar adelante la acusación pública y la investigación penal, para el descubrimiento de la verdad real de los hechos, para la realización del derecho penal sustantivo.¹⁰⁷

4.2. Criterios a favor del querellante autónomo

La tendencia dominante se orienta a un “querellante conjunto autónomo”, es decir que no sea simplemente adhesivo, sino que tenga las mismas facultades que el Ministerio Público (Binder, 1999).

Binder (1999), considera que no es veraz que la figura del querellante autónomo sea una vía para canalizar el deseo de venganza de la víctima, pues está demostrado que cuando la víctima ingresa al proceso penal, busca principalmente una reparación.

En el fallo “Storchi”¹⁰⁸, se pueden encontrar los fundamentos de la autonomía del querellante. En este caso se investigaba la muerte de un menor en una pileta de natación perteneciente al club “All Boys” y por el hecho se imputó a la instructora de nado, al guarda-vidas, al presidente del club, al presidente de la firma concesionaria del natatorio y al encargado de la colonia de verano.

¹⁰⁷ Varela Soria, C. J. “El querellante: ¿Sujeto adhesivo o autónomo?” [versión electrónica]. La Ley. Sup. Penal 2011. 9-LA LEY2011-F, 1045. Cita Online: AR/DOC/2916/2011.

¹⁰⁸ CNCrim y Corr, Sala I, “Storchi” – causa 21.229- 8/3/2003.

Los padres del menor, constituidos en querellantes, solicitaron la elevación a juicio de los cinco imputados, mientras que el Ministerio Público Fiscal instó la elevación a juicio sólo del guarda-vidas y la profesora de nado, solicitando el sobreseimiento de los demás imputados.

Lo que la Sala debía juzgar, era si procedía la elevación a juicio un delito de acción pública con la sola acusación del querellante.

El juez Bruzzone respondió afirmativamente, fundamentando su sentencia en base al fallo “Santillán”. Pues consideró que dicho fallo puede ser aplicado a todos aquellos momentos previstos en el código donde se requiere el impulso del Estado constituido en la parte acusadora; por lo que si el querellante impulsa la acción, sin perjuicio de la opinión del Ministerio Público Fiscal, la jurisdicción se ve obligada a analizar la viabilidad del pedido, correspondiendo a la querrela, en forma autónoma, impulsar los procedimientos al comienzo de un asunto. Y continúa diciendo: si el máximo tribunal (siempre refiriéndose al caso “Santillán”) ha investido al acusador privado de la autonomía necesaria para impulsar el proceso hasta el dictado de una sentencia condenatoria, dicha circunstancia lo habilitaría también para requerir la elevación a juicio de las actuaciones, como sucede en autos respecto de tres imputados, en disconformidad con el representante del Ministerio Público Fiscal.

Con lo cual, la Cámara del Crimen permitió, que la causa en cuestión entrara en la etapa del debate con cinco imputados, respecto de los cuales el Ministerio Público Fiscal, había acusado sólo a dos de ellos y el resto fueron acusados por el querellante particular.

Storchi, que fue perjudicado por este fallo, elevó un recurso de casación¹⁰⁹ y la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II ratificó lo decidido por el tribunal inferior. La mayoría del Tribunal sostuvo que “reviste cabal importancia en cuanto al papel que se le atribuye al querellante particular en los delitos de acción pública o privada. Tal aseveración constituye un hito trascendental en lo que respecta al protagonismo de la víctima en el proceso penal quien podrá lograr la condena del imputado aún sin acompañamiento fiscal. Es decir, con su intervención se cumple con una de las formas sustanciales del juicio (acusación) quedando de ese modo impuesta la jurisdicción para decir el derecho. A mi ver, y así lo he dejado sentado en esa Cámara, a partir de “Santillán” resulta posible la actuación en solitario de la querrela con miras a

¹⁰⁹ CNCP, Sala II, Storchi s/recurso de casación, 15/09/2010, reg. 16.836.

impulsar el proceso hasta el dictado de una sentencia condenatoria. Interpreto que si se ha dotado a esta parte de tamaña facultad como es la de acusar durante el juicio a fin de obtener un pronunciamiento condenatorio también puede por añadidura llevar adelante, en solitario, otros actos de menor entidad, de impulso procesal. Simplemente, tan sólo quien puede lo más puede lo menos...”

En lo que refiere a las normas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico, Castex (2010),¹¹⁰ considera que la actuación del querellante no viola el artículo 120 de la Constitución Nacional, pues la norma establece que “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República”. Nada dice de la titularidad de la acción penal. Tampoco encuentra el autor, impedimentos para que la instrucción de la causa pueda tramitarse sin la presencia del agente fiscal.

Por último, Pandolfi (2009),¹¹¹ trata de encontrar una solución intermedia. Expresa que el imputado tiene derecho a defenderse de un discurso penal único. Con lo cual podrían alternarse dos o más acusadores, pero todos deben coincidir en su pretensión. Y en este sentido, propone un litis-consorcio necesario, donde el Fiscal debe subordinarse a las decisiones del querellante. Continúa diciendo, que en delitos que afecten intereses preponderantemente privativos de la víctima, el Fiscal deberá convertirse en una especie de “abogado” de la víctima o bien desempeñar un rol de “vigilante” de la legitimación del juicio. Y en aquellos casos donde los intereses dañados son mixtos (de la víctima y de la sociedad), y la víctima desea impulsar el proceso penal, se debe formar un litis-consorcio activo, en el cual ambos acusadores deben unificar el discurso (teoría del caso, subsunción y prueba), bajo pena de nulidad de la acusación.

5. La nueva normativa – ley 27.063

¹¹⁰ Castex, F. La autonomía del querellante [*versión electrónica*]. Sup. Penal 2010 (septiembre), 168 – Cita Online: AR/DOC/5946/2010

¹¹¹ Pandolfi, O. “El derecho del imputado a un acusador penal único (o a un solo discurso del que defenderse). El Dial, diciembre de 2009.

Respecto del acusador particular, el nuevo código – que comenzaría a regir en 2016 – en el artículo 85¹¹², establece la figura del “querellante autónomo”, de esta forma se pone fin a la discusión jurídica acerca de la legalidad de tal prerrogativa, otorgada de manera pretoriana a través del fallo “Santillán”, entre otros.

La nueva legislación, expresamente le otorga al querellante, la posibilidad de provocar la persecución penal en forma exclusiva, mediante la conversión de la acción pública en privada; habilitándose a que pueda abrir la instancia de juicio, sin que prosiga interviniendo el fiscal. De igual manera, se lo legitima para que pida la prisión preventiva o medidas de coerción. Con lo cual, se supera la concepción pretoriana, la que siempre condicionó esa autonomía del querellante, a que no afecte cuestiones vinculadas a la libertad (Romero Villanueva & Grisetti, 2015).

5.1. Conversión de la acción

El artículo 33¹¹³ - que regula la conversión de la acción pública en acción pública de ejercicio privado – es uno de los principales pasos hacia la justicia retributiva, pues el hecho de que la víctima pase a ocupar el lugar del fiscal, conlleva la asunción de importantes responsabilidades por parte de los acusadores privados (Almeyra & Báez, 2015).

La norma enumera tres supuestos, a) si el fiscal aplica un criterio de oportunidad; b) si el fiscal solicita el sobreseimiento del imputado al concluir la investigación penal preparatoria; y c) en los delitos de instancia privada o de lesiones culposas, cuando el fiscal autorice a la víctima y no se comprometa un interés público. Supuesto, este último, que no ampliaremos por considerar que no se corresponde con esta investigación.

5.1.1. Criterio de oportunidad

Cafferata Nores (2004, pág. 84) define el principio de oportunidad como:

¹¹² Art. 85, Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063.

¹¹³ Art. 33, Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063.

La posibilidad que la ley acuerde a los órganos encargados de la persecución penal, por razones de política criminal o procesal, de no iniciar la persecución o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva (sólo a algunos delitos o a algunos autores y no a todos), o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para “perseguir y castigar”; o la autorización de aplicar penas inferiores a la escala penal fijada para el delito por la ley, o eximirlos de ella a quien lo cometió.

Este criterio de oportunidad puede ser libre, es decir, de libre aplicación por los órganos de acusación a través de un juicio discrecional; o bien puede ser un sistema reglado, es decir, que su aplicación está definida taxativamente por la ley (Cafferata Nores, 2004).

En nuestro sistema jurídico, el único criterio de oportunidad aceptado es el reglado, en virtud de ellos, el artículo 31¹¹⁴, establece los casos en los que el representante del Ministerio Público Fiscal puede aplicar un criterio de oportunidad; a) si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público; b) si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional; c) si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena; d) si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

La aplicación del criterio de oportunidad producirá la extinción de la acción pública con relación a la persona a cuyo favor se decide¹¹⁵. La salvedad, justamente, está dada por el último párrafo del artículo 219¹¹⁶, si el fiscal estimase procedente la aplicación de un criterio de oportunidad, declarará que prescinde de la acción penal pública e informará a la defensa y a la víctima. La víctima, podrá solicitar su revisión ante el superior del fiscal. Lo que da lugar a dos hipótesis, que el fiscal revisor haga lugar a la pretensión de la víctima, disponiendo la continuidad de la investigación; o que el fiscal revisor confirme la aplicación del criterio de

¹¹⁴ Art. 31, Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063.

¹¹⁵ Art. 32, Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063: “Efectos: La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad permitirá declarar extinguida la acción pública con relación a la persona en cuyo favor se decide, salvo que se proceda de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del artículo 219.”

¹¹⁶ Art. 219, Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063.

oportunidad. En este último caso, la víctima, quedará habilitada para solicitar la conversión de la acción pública en privada, y proceder de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 279¹¹⁷.

5.1.2. Sobreseimiento

Otra causal del pedido de conversión de la acción penal pública en acción privada, es el pedido de sobreseimiento por parte del representante del Ministerio Público Fiscal.

Cafferata Nores (2004, pág 481) citando a Vélez Mariconde (1986), lo define de la siguiente manera: “Decisión jurisdiccional que cierra el proceso en forma definitiva e irrevocable a favor del imputado, por no tener fundamento o haberse extinguido la pretensión penal que se hacía valer”.

El artículo 236¹¹⁸, establece las causales en las que procede el sobreseimiento, cuando: a) el hecho no se ha cometido; b) el hecho investigado no encuadra en una figura legal penal; c) el imputado no ha tomado parte en él; d) media causa de justificación, inculpabilidad o ausencia de punibilidad; e) agotadas las tareas de investigación, no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hay fundamentos suficientes para requerir la apertura del juicio; f) La acción penal se ha extinguido; g) se ha aplicado un criterio de oportunidad, conciliación, reparación o suspensión del proceso a prueba, y se han cumplido las condiciones previstas en el Código Penal y en este Código.

Asimismo, el artículo 237¹¹⁹ expresa que si el representante del Ministerio Público Fiscal considera que corresponde dictar el sobreseimiento, lo pondrá en conocimiento de las otras partes y de la víctima, quienes podrán: a) La víctima, objetar el pedido de sobreseimiento

¹¹⁷ Art. 279, Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063: “Promoción: toda persona legalmente habilitada que pretenda perseguir por un delito de acción privada formulará querrela, por sí o por mandatario especial. De igual manera deberá proceder quien resulte víctima de un delito de acción pública y se encuentre habilitado para efectuar la conversión a acción privada, conforme lo dispuesto en este Código. El escrito de querrela deberá contener los requisitos enumerados en los artículos 82 y 241 y se acompañará una copia de aquél y, en su caso, del respectivo poder, por cada querrellado. En los supuestos del segundo párrafo, además se deberá agregar copia fiel de los actos procesales cumplidos que habiliten este procedimiento. La oficina judicial estará a cargo de la custodia del legajo correspondiente y de los elementos probatorios que se hubieren acompañado. Deberá proceder a designar al juez que habrá de intervenir en el caso.”

¹¹⁸ Art. 236, Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063.

¹¹⁹ Art. 237, Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063.

solicitando su revisión ante el superior del fiscal o presentarse como querellante ejerciendo las facultades previstas para éste; b) El querellante, puede oponerse al sobreseimiento ante el juez y, en su caso, formular acusación; c) El imputado, pedir que se modifiquen los fundamentos o se precise la descripción de los hechos por los que se insta el sobreseimiento.

Si no hubiese oposición, el juez deberá dictar el sobreseimiento solicitado por el fiscal.

En su artículo 239¹²⁰, establece que si el querellante actuara conforme al artículo 273 inciso b), y el juez considerara que no procede el sobreseimiento, cesará la intervención del Ministerio Público Fiscal, y en consecuencia, el querellante deberá formular acusación conforme a derecho.

El representante del Ministerio Público Fiscal, deberá comunicar la acusación al querellante, el cual tiene dos posibilidades: a) adherir a la acusación, o b) Presentar una acusación autónoma, cumpliendo con todos los requisitos exigidos al Ministerio Público Fiscal¹²¹.

De esta forma queda legalmente introducida la figura del querellante autónomo a nuestro ordenamiento jurídico, lo que probablemente no concluirá la discusión doctrinaria sobre su conveniencia o no.

6. Conclusión

En este capítulo, nos adentramos a la figura del querellante autónomo, tal cual lo legisla el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27.063), próximo a entrar en vigencia.

Podemos ver, cómo se fue definiendo al querellante autónomo, a través de diversos fallos y especialmente a partir de la reforma constitucional del año 1994. Pues, la influencia que han tenido algunos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, es indudable.

Lo cierto es que, fueron dos fallos los que marcaron el destino de los derechos de la víctima en el proceso penal. Por un lado el fallo “Santillán”, el cual, basándose en el derecho a la jurisdicción, consagrado implícitamente en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional; en el

¹²⁰ Art. 239, Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063.

¹²¹ Art. 243, Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063.

artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, admitió el rol autónomo del querellante. Por otro lado, el fallo “Quiroga” por medio del cual se declara la inconstitucionalidad del artículo 348 del Código Procesal Penal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que vulneraba la autonomía funcional de los fiscales. Pues, este artículo permitía que, si el juez no estaba de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal, o la querrela consideraba que se debía elevar la causa a juicio, aquél debía elevar la causa a la Cámara de Apelaciones, quien en definitiva era quien decidía si dictaba el sobreseimiento o designaba un nuevo fiscal para que prosiga con la acusación. Se infiere que, al ser declarado inconstitucional este procedimiento, surge una nueva posibilidad para la actuación del querellante de forma autónoma.

Numerosos han sido los criterios en contra y a favor de la autonomía de la querrela. Lo cierto es que, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, instituye un querellante autónomo, poniendo fin a la discusión sobre la legalidad de tal facultad otorgada pretorianamente.

En este sentido, el nuevo artículo 33, permite la conversión de la acción cuando el fiscal aplica un criterio de oportunidad; cuando el fiscal solicita el sobreseimiento del imputado; y en delitos de instancia privada o de lesiones culposas, cuando el fiscal lo autorice y no se comprometa el interés público.

Así el querellante autónomo, puede provocar la persecución penal o intervenir en la ya iniciada por el Ministerio Público Fiscal.

CAPÍTULO IV – El Recurso, lineamientos generales.

1. Introducción

Analizada la figura del querellante y definida su intervención en el proceso penal, investigaremos sobre el derecho a impugnar que le asiste. En este capítulo, desarrollaremos la figura del recurso, con el fin de que el lector se interiorice sobre la institución, sus características, sus efectos y la legitimación de las partes en el proceso.

2. Recurso

2.1. Definición

El recurso surge, como una facultad de las personas intervinientes en los procesos penales, para impugnar aquellas sentencias que consideran que se han dictado de forma contraria a derecho. Es decir, a través de esta figura jurídica, se solicita la revisión de una decisión judicial, generalmente, ante un tribunal superior al que dictó la sentencia. A continuación, expondremos algunas definiciones que aporta la doctrina:

Son vías procesales que se otorgan al imputado, al Ministerio Público, al querellante y a las partes civiles, para intentar la corrección de decisiones judiciales que, por ser de algún modo contrarias al derecho (constitucional, sustantivo o procesal), ocasionan algún perjuicio a los intereses que encarnan o representan (Cafferata Nores, 2004).

Ayán, define al recurso desde un punto de vista subjetivo como:

...Una manifestación de voluntad de quien ataca una resolución jurisdiccional, que se considera ilegal y agravante a fin de que el tribunal que la dictó u otro de grado superior (alzada), mediante un nuevo examen, la revoque, modifique o anule (Ayan, 2001, p. 76)

Desde un punto de vista objetivo, este autor, considera al recurso como, “la instancia o solicitud que contiene dicha manifestación de voluntad y que determina un procedimiento encaminado a lograr esa finalidad; es decir, que provoca un nuevo juicio lógico o una nueva fase procesal.”

Y es clásica la definición de Clariá Olmedo, según el cual:

El recurso es un medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable (Clariá Olmedo, 1960, p. 442).

2.2. Características

Según expresa Solimine (2008), los recursos reúnen las siguientes características:

- Tienen por objeto atacar resoluciones judiciales.
- Requieren una declaración expresa de voluntad de la parte que impugna.
- La resolución atacada debe causar un agravio actual el impugnante.
- Tiene por fin, modificar, aclarar, integrar, revocar, sustituir e invalidar el acto judicial que entiendan erróneo o injusto.
- Es un acto facultativo de quien tiene la facultad de recurrir y susceptible de ser renunciado.

2.3. Clasificación

La clasificación más importante de los recursos es la que los divide en “recursos ordinarios” aquellos que son planteados y resueltos por tribunales comunes, sus motivos son ilimitados, pueden subsanar cualquier tipo de errores, de derecho y de hecho, estos son, los recursos de reposición, apelación y queja. Y los “recursos extraordinarios”, que son aquellos que proceden ante un tribunal específico y por motivos taxativamente expresados en la ley. Son extraordinarios los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión (Maier, Bovino, & Díaz Cantón, 2004).

2.4. Principios generales

Existen principios generales que definen y delimitan el ejercicio del derecho al recurso, son presupuestos impuestos por el ordenamiento jurídico como una manera de concretar las garantías constitucionales reconocidas a los justiciables. Entre ellos, se destacan: el principio dispositivo, la limitada competencia del tribunal de alzada y la prohibición de la “reformatio in peius”.

El principio dispositivo¹²², tiene que ver con la autonomía de la voluntad que tienen las partes en materia de impugnación procesal. Pues son ellas, quienes provocan la intervención del tribunal superior que de otro modo, no tiene acceso a la causa. Por otro lado, son también las partes quienes limitan el conocimiento del ad quem. En virtud de este principio, las partes pueden atacar parcialmente la resolución, desistir el recurso interpuesto, e incluso, tolerar pacíficamente la resolución adversa (Maier, Bovino, & Díaz Cantón, 2004).

La limitada competencia del tribunal de alzada, es una consecuencia del principio dispositivo, pues el tribunal ad quem se encuentra limitado a los puntos definidos en el recurso interpuesto por la parte. Es decir, que el objeto de conocimiento del tribunal, es el objeto de la impugnación y no puede apartarse de éste, por más que advierta errores no planteados en el recurso. La única excepción a este principio es cuando el tribunal interviniente advierte alguna nulidad absoluta, es decir aquellas nulidades que impliquen una violación a normas constitucionales (Maier, Bovino, & Díaz Cantón, 2004; Cafferata Nores, 2004)

Y por último, la prohibición de la reformatio in peius, establece que cuando la resolución hubiese sido recurrida solamente por el imputado, o a su favor, ésta no podrá ser modificada en su perjuicio. Su fundamento está dado por la necesidad de dar garantías a la libertad del imputado de recurrir, es decir, que pueda recurrir de manera tranquila, sabiendo que el recurso que interponga, no podrá perjudicarlo más que la resolución atacada (Maier, Bovino, & Díaz Cantón, 2004; Cafferata Nores, 2004).

2.5. Efectos

Los efectos de la interposición de un recurso son básicamente tres:

a) Efecto Devolutivo: está dado por la calidad del Tribunal interviniente. Este tipo de recursos deben ser decididos por un tribunal superior (*Ad quem*) al tribunal que dictó la resolución que se pretende impugnar (*A quo*). En este sentido, tienen efecto devolutivo los recursos de apelación, casación, inconstitucionalidad y revisión.

b) Efecto Suspensivo: este efecto está relacionado con la necesidad de “evitar que la posible injusticia con el acusado emanada de la resolución recurrida se comience a consolidar

¹²² Art. 303, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 27.063. “Competencia: Los jueces con funciones de revisión a quienes corresponda el control de una decisión judicial serán competentes en relación a los puntos que motivan los agravios y al control de constitucionalidad. Las impugnaciones interpuestas por los acusadores permitirán modificar o revocar la resolución aun a favor del imputado”

durante el trámite del recurso” (Maier, Bovino, & Díaz Cantón, 2004, pág. 42). En virtud del efecto suspensivo, se dispone que se suspenda la ejecución de lo resuelto por el pronunciamiento recurrido, hasta la sustanciación del recurso. Este efecto se encuentra establecido en el artículo 300 del Código¹²³, el cual expresa que “las decisiones judiciales no serán ejecutadas durante el plazo para impugnar y mientras tramite la instancia de control, salvo disposición en contrario. Tampoco serán ejecutadas si se hubiera ordenado la libertad del imputado o condiciones menos gravosas.” De esta manera, se puede decir que el efecto suspensivo es la regla, la cual sólo cede ante disposición expresa en contrario.

c) Efecto Extensivo: “tratándose de recursos a favor del imputado, si la decisión del tribunal ad quem le es favorable, este efecto se extiende a los coimputados que no recurrieron, salvo que se sustente en razones personales del recurrente” (Cafferata Nores, 2004, pág. 597).

El efecto extensivo está expresado en el artículo 301,¹²⁴ y establece que “si en un proceso hubiera varios imputados o civilmente demandados, el recurso interpuesto en interés de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se fundara no fueran exclusivamente personales.”

2.6. La constitucionalización del derecho al recurso

A partir del Pacto San José de Costa Rica, y más aun, con la reforma constitucional de 1994, el derecho al recurso se ha profundizado, pues ahora es definido e impuesto por el artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹²⁵.

De igual manera, el derecho al recurso es definido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.5.¹²⁶

Ambos Tratados, otorgan el derecho a recurrir el fallo ante Juez o Tribunal superior, con la particularidad que más allá de la adscripción a dichos tratados, los mismos han adquirido

¹²³ Art. 300, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 27.063.

¹²⁴ Art. 301, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 27.063.

¹²⁵ Art. 8, Convención Americana de Derechos Humanos, año 1969. “Garantías judiciales. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...”

¹²⁶ Art. 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, año 1966. “...5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley.

jerarquía constitucional a través del artículo 75, inc 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994, lo que implica la adaptación del derecho interno a lo que las normas internacionales citadas establecen.

3. Interpretación del derecho al recurso según la Corte Suprema de Justicia de la Nación

3.1. La doble instancia antes de los pactos internacionales

En un comienzo, la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, consideró que el recurso no formaba parte del debido proceso legal, garantizado por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Y por mucho tiempo, siguió insistiendo en que la doble instancia, no era un requisito constitucional de la defensa en juicio, lo que llevo a rechazar un sinnúmero de recursos extraordinarios. De esta manera, los tribunales inferiores, aceptaron la interpretación y acotaron aún más el derecho al debido proceso, considerando que se limitaba al derecho a ser oído, lo que se veía satisfecho más allá de la cantidad de instancias que establecía la ley (Gozaini, 2004).

3.2. La doble instancia después de los pactos

Aún antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia, comenzó a reconocer el derecho al recurso. Pues, consideró que la sola incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al ámbito interno, llevaba a respetar y reconocer el derecho al recurso por ella establecido. No obstante, la Corte fue cediendo de manera muy lenta, y estableció que si bien no constituía una garantía constitucional, mientras sea determinada por ley, devenía exigible por el justiciable (Solimine & Pirozzo, 2008).

Fue con el fallo “Jáuregui”¹²⁷, donde la Corte consideró que, la Convención Americana de Derechos Humanos imponía la garantía de doble instancia y por lo tanto debía ser respetada. Y de esta manera estableció que, el recurso extraordinario federal, cumplía con la exigencia determinada en el Pacto. A pesar de ese avance, tiempo más tarde, la Corte Internacional de

¹²⁷ CSJN, “Jáuregui, Luciano A.”, Fallo 311:274, (1988).

Derechos Humanos señaló que dicho remedio era insuficiente para cumplir con la garantía de doble instancia.¹²⁸

3.3. La doble instancia luego de la reforma constitucional de 1994

Un nuevo giro en la jurisprudencia nacional, se dio con el fallo “Girolodi”¹²⁹, dejando atrás la doctrina sentada en “Jáuregui”, que determinaba que el recurso extraordinario federal satisfacía la garantía de doble instancia. La Corte sostuvo, en aquél fallo, que la reforma constitucional de 1994 – al incorporar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al bloque constitucional – le otorgaba al recurso raigambre constitucional. También, estableció que debe declararse la inconstitucionalidad del artículo 459 inciso 2 del Código Procesal Penal de la Nación¹³⁰, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena. Explicó que, el recurso extraordinario federal ya no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia. Pues, la reforma de los tribunales inferiores, introducida por las leyes 23.984 y 24.050 incluyó la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal, y esto modificó la organización del Poder judicial de la Nación existente al momento del dictado del fallo “Jáuregui”. Determinó, que tal Cámara de Casación Penal ha sido creada para conocer, vía recurso de casación e inconstitucionalidad, las sentencias que dicten tanto los tribunales orales en lo criminal como los juzgados en lo correccional. Y esto, permite cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el Estado nacional.

¹²⁸ Informe 17/94, caso 11.086, “Maqueda”, 9/2/1994 e Informe 55/97, caso “Abella”, 18/11/1997.

¹²⁹ CSJN, “Girolodi, Horacio y otro”, 07/04/1995 (Fallo 328:514). El Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 de la Capital Federal, condenó Horacio Girolodi, a la pena de un mes de prisión en suspenso, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa. Contra este pronunciamiento, la defensora oficial interpuso recurso de casación y con el fin de fundar la admisibilidad de dicho remedio, afirmó que era inconstitucional el límite impuesto por el artículo 459, inc 2, del CPPN, por contrariar lo dispuesto en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el planteo de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declaró inadmisibile el recurso de casación; invocando el caso “Jáuregui” de la CSJN. Contra tal pronunciamiento, la defensa interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que dictó el fallo aquí analizado.

¹³⁰ Art. 459, Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984. “Recurso del imputado. El imputado o su defensor podrán recurrir: ... 2) De la sentencia del Tribunal en lo criminal que lo condene a más de tres (3) años de prisión, doscientos mil australes (A 200.000) de multa o cinco (5) años de inhabilitación...”

En fin, lo trascendente del fallo “Giroidi”, es que la Corte reconoce que el criterio del caso “Jáuregui” merecía ser revisado en virtud de la constitucionalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, para asegurar la garantía de doble instancia, la Corte declara la inconstitucionalidad del artículo 459 inciso 2 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad al recurso, en razón del monto de la pena y confirió a la Cámara Nacional de Casación Penal la función garantizadora de asegurar “la doble instancia” (Solimine & Pirozzo, 2008).

4. Legitimación para impugnar

4.1. Legitimación del imputado

El artículo 63 del Código Procesal Penal de la Nación¹³¹, define al imputado como la persona a la que se le atribuye la autoría o participación de un delito de acuerdo con las normas de ese cuerpo normativo.

El imputado, tiene pleno goce de las garantías constitucionales de defensa, y entre ellas, el derecho a la revisión. Puede impugnar cualquier tipo de sentencia o auto, con el único presupuesto de haber sufrido un agravio, exceptuándose, de esta manera, aquellas que le han resultado favorables (Romero Villanueva & Grisetti, 2015).

El artículo 305,¹³² establece las causales por la cuales podrá instar la etapa impugnativa. Pero es totalmente indudable, que nuestra ley procesal le ha otorgado una legitimación recursiva amplia.

4.2. Legitimación del acusador público

El fundamento del recurso concedido al Ministerio Público, no se encuentra en una “garantía procesal”, pues las garantías convencionales amparan a los ciudadanos y no al Estado. Pero ello no obsta, a que los sistemas legales le confieran, si considerasen necesario, tal facultad recursiva. Y esa prerrogativa, se encuentra fundamentada en el “control de los actos del Estado” (Solimine & Pirozzo, 2008).

¹³¹ Art. 63, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 27.063.

¹³² Art. 305, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 27.063. “Legitimación del imputado. El imputado podrá impugnar: a) La sentencia condenatoria y la pena que se le hubiera impuesto; b) Las medidas de coerción y demás cautelares y la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba; c) La revocatoria del sobreseimiento; d) La decisión de aplicar a un proceso las normas de los artículos 293 y siguientes y la denegatoria de dicha aplicación si ésta hubiese sido solicitada por el imputado; e) Las decisiones que se tomen durante la ejecución de la pena.

El artículo 308,¹³³ establece las decisiones judiciales que podrá impugnar el Ministerio Público Fiscal, cuyas limitaciones objetivas se analizarán de forma conjunta con la legitimación del querellante, por ser análogas.

4.3. Legitimación del querellante

De similar manera, el Código establece la legitimación de la querrela para impugnar en el artículo 306,¹³⁴ estableciendo que: “el querellante podrá impugnar el sobreseimiento, la absolución y la condena si la pena aplicada fuere inferior a la mitad de la pena pretendida. También podrá impugnar las demás resoluciones que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen las actuaciones y la denegación o revocación de medidas cautelares, cuando no hubiese habido dos pronunciamientos en el mismo sentido...”

Dicho artículo le reconoce, al querellante, la posibilidad de impugnar, pero limitando dicha facultad a un conjunto de actos procesales determinados por el legislador previamente, más allá del carácter autónomo de que goza el querellante, quien puede impulsar el proceso en solitario, proporcionar elementos de prueba, proponer diligencias, argumentar sobre los elementos convictivos incorporados a la causa y recurrir de manera limitada las resoluciones en las que el Código, expresamente, lo habilite (Romero Villanueva & Grisetti, 2015).

Según expresa Romero Villanueva & Grisetti (2015), el derecho a querrellar tiene raigambre constitucional y por ello, no se puede privar de legitimación procesal a la víctima de un delito. Ello, a partir de la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos a nuestro ordenamiento jurídico, pues el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos otorga ese derecho a “toda persona” y no sólo al imputado. Y es aquí donde se produce la gran discusión dogmática, pues existen posiciones contrarias respecto del alcance del artículo citado, lo que se desarrollará posteriormente.

¹³³ Art. 308, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 27.063. “Legitimación del representante del Ministerio Público Fiscal. El representante del Ministerio Público Fiscal podrá impugnar las decisiones judiciales en los siguientes casos: a) Los sobreseimiento y demás resoluciones que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen las actuaciones y la denegación o revocación de medidas cautelares, cuando no hubiese habido dos (2) pronunciamientos en el mismo sentido; b) La sentencia absolutoria; c) La sentencia condenatoria, si la pena aplicada fuera inferior a la mitad de la pena pretendida; d) Las decisiones que se tomen durante la ejecución de la pena. Estos límites no regirán si el imputado es funcionario público y el hecho se ha cometido en el ejercicio de la función o en ocasión de ella.

¹³⁴ Art. 306, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 27.063.

Dentro de los actos procesales impugnables que delimita la norma, se le permite al querellante, impugnar la sentencia de sobreseimiento.

Recordaremos que el sobreseimiento, es la decisión jurisdiccional que cierra el proceso en forma definitiva e irrevocable a favor del imputado, por no tener fundamento o haberse extinguido la pretensión penal que se hacía valer (Cafferata Nores, 2004).

En todo caso, el sobreseimiento se dicta a través de una sentencia y que como tal, tiene los mismos efectos que la sentencia absolutoria y una vez firme reproduce los efectos propios de la cosa juzgada. De allí, la facultad recursiva del querellante frente a una resolución adversa a sus pretensiones.

De igual manera, se le otorga derecho a recurrir la sentencia absolutoria y la sentencia condenatoria si la pena aplicada fuere inferior a la mitad de la pena pretendida.

En este caso, la absolución como la condena son sentencias definitivas, pues deciden el litigio en su fondo, poniendo fin al proceso.

En el caso de sentencia absolutoria – la cual ordenará, cuando fuese el caso, la libertad del imputado y la cesación de la restricciones impuesto provisionalmente, o la aplicación de medidas de seguridad, o la restitución o indemnización demandadas –, la resolución contraria a la pretensión acusatoria habilita la instancia de control sin más limitaciones que las formales e instrumentales de la impugnación.¹³⁵

En el caso de sentencias condenatorias, la facultad de recurrir, se limita a que la pena impuesta sea inferior a la mitad de la pretensión punitiva ejercida durante el juicio oral.¹³⁶

Esta limitación está fundamentada en razones de orden práctico, en consideración también de economía procesal y celeridad. En este sentido, el legislador admite la impugnación de la sentencia condenatoria sólo en casos importantes, donde la pretensión de la querella se vea lesionado por la condena en virtud de la individualización de la pena (Romero Villanueva & Grisetti, 2015).

De esta manera, se pone en evidencia el contraste que existe entre la amplitud del recurso otorgado al imputado y la limitación a la que se ve sometido el querellante frente a su pretensión.

¹³⁵ Art. 306, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 27.063.

¹³⁶ Art. 306, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 27.063.

Otras resoluciones que pueden ser recusadas por el querellante, son aquellas que pongan fin a la acción o a la pena.¹³⁷

Son resoluciones definitivas aquellas que dirimen la controversia poniendo fin al pleito o haciendo imposible su continuación, equiparándose a ellas, los autos que ponen fin a la acción, a la pena o hacen imposible que continúen las actuaciones o denieguen su extinción, conmutación o suspensión de la pena. El concepto de sentencia definitiva no debe limitarse a lo que técnicamente constituye una sentencia, sino que debe comprender todos los supuestos en que el acto impugnado defina con igual efecto a una sentencia (Romero Villanueva & Grisetti, 2015).

El artículo 306, por otro lado permite el recurso contra aquellas resoluciones que hagan imposible continuar las actuaciones. Se trata de aquellas equiparables a sentencia definitiva, dado que lo decidido ocasiona un perjuicio de difícil, imposible o tardía reparación ulterior e impide la continuación del proceso e impide lograr el dictado de la sentencia (Romero Villanueva & Grisetti, 2015).

Y finalmente, puede el querellante, impugnar la denegación o revocación de medidas cautelares contradictorias. En este sentido, siempre son revisables los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares, esto es la demostración de un grado, mas o menos variable de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en la demora.

5. Fundamento de existencia de mecanismos de control

El debido proceso legal, implica una concatenación de actos procesales que permiten avanzar hacia la culminación del mismo con el dictado de la sentencia. Ahora bien, todas las resoluciones judiciales adoptadas por el juez durante el proceso, pueden estar afectadas por vicios o errores, que conducen al juzgador a una desviación de sus razonamientos o motivaciones (Solimine & Pirozzo, 2008).

De esta manera, el fundamento de los recursos está marcado por razones de legalidad y justicia. No obstante, a decir de Solimine & Pirozzo (2008), se pueden hallar fundamentos más precisos: como garantía del ciudadano y como control de los actos de gobierno.

5.1. Recurso como garantía del control de los actos de gobierno

¹³⁷ Art. 306, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 27.063.

Es en este sentido que se le otorga al Ministerio Público Fiscal legitimación para recurrir, y no en virtud de una “garantía procesal”; de esta manera, lo que motiva su legitimación es justamente esa necesidad de control sobre los actos del Estado, en este caso los actos del Poder Judicial.

Si bien, hoy, este fundamento ha quedado eclipsado por la mutación del recurso como una “garantía procesal”, es cierto que siguen cumpliendo con su función de control jerárquico en una organización judicial vertical (Solimine & Pirozzo, 2008).

5.2. Recurso como garantía del imputado y de la víctima

De la interpretación del artículo 18 de la Constitución Nacional, el cual establece las garantías del debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio, y de los Tratados de Derechos Humanos incorporados a nuestro bloque constitucional, surge que se debe brindar protección contra las decisiones judiciales arbitrarias, tanto al imputado como a la víctima.

5.2.1. Garantía de doble instancia

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8°, apartado 2°, establece que “toda persona” tiene derecho en plena igualdad de condiciones a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.¹³⁸

Por su parte, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.5 dispone que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley”.¹³⁹

De esta manera y teniendo en cuenta la redacción de ambas normas, se produce una interpretación ambigua del derecho al recurso, pues parte de la doctrina considera que ese derecho le pertenece solamente al imputado, mientras que otra parte de la doctrina interpreta que

¹³⁸ Art. 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos, noviembre de 1969. “Garantías judiciales... 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...”

¹³⁹ Art. 14.5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, diciembre de 1966.

es un derecho que comprende no sólo al imputado, sino también a la víctima del delito constituida en querellante, lo que analizaremos más adelante.¹⁴⁰

5.2.2. *Garantía de la tutela judicial efectiva*

Esta garantía, se encuentra prevista también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual establece que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...”¹⁴¹

De igual manera, esta garantía surge del artículo 8.1., del mismo cuerpo normativo,¹⁴² el cual prescribe que toda persona tiene “derecho de ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley... para la determinación de sus derechos y obligaciones de cualquier carácter.”

El derecho a la “Tutela judicial efectiva” tiene como contenido básico el de obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas y que dicha respuesta no sea arbitraria ni irrazonable.

La tutela judicial efectiva, comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute (Cafferata Nores, 2004).

A decir de Cafferata Nores (2004), esta garantía tiene un papel decisivo en la protección de la víctima. Pues, si la principal razón del Estado para perseguir el delito es garantizar el derecho a la justicia, sería un absurdo, privar de tal garantía a la víctima constituida en el proceso como acusador.

En este sentido, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en su informe 28/92 apartado 32, expresa que “el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, en los

¹⁴⁰ Remitimos al Capítulo V de esta investigación.

¹⁴¹ Art. 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos, noviembre de 1969.

¹⁴² Art. 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos, noviembre de 1969.

sistemas que lo autorizan como el argentino, deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulso y dinamizador del proceso criminal.”

Así, señalan Solimine & Pirozzo (2008), que al hallarse el querellante contemplado en la legislación federal argentina, el derecho al recurso emerge como una arista evolutiva del “derecho a la jurisdicción” o “derecho a la tutela judicial efectiva”, pues, se deriva de aquel derecho fundamental del ciudadano, que la víctima constituida como querellante en el proceso penal, tendrá derecho al recurso con base constitucional. Caso contrario, sin control sobre lo que se decida en un caso concreto, la tutela judicial que se le brindaría lejos de ser “efectiva”, resultaría “ilusoria”.

Por lo que estos autores concluyen, que el derecho al recurso es una garantía procesal del ciudadano y que la bilateralidad de la garantía ampara al imputado y al querellante, aunque se trate de teorías controvertidas en la doctrina.

6. El problema del recurso sobre sentencia absolutoria

El recurso de la querrela sobre la sentencia absolutoria, ha tenido un argumento en contra, demasiado poderoso. Lo que se cuestiona, en realidad es que esa posibilidad de impugnación no afecte los derechos del imputado, especialmente el referido al doble juzgamiento, protegido por el principio “*ne bis in ídem*”.

Al respecto, encontramos dos posturas diferentes:

La primera posición, inspirada en el modelo anglosajón, sostiene que el recurso contra una sentencia absolutoria, es un nuevo juicio, por lo tanto afecta el “*ne bis in ídem*”, pues le otorga la posibilidad al Estado de obtener una nueva sentencia condenatoria en contra del imputado que fue absuelto en el juicio originario.¹⁴³

En este sentido, Maier (2003), considera que la concesión del recurso acusatorio implica la renovación de la persecución penal fracasada, es decir, significa para el imputado, el sometimiento a un nuevo riesgo en relación a la aplicación de la ley. Y más aún, considera que ello llevaría a un infinito de impugnaciones, pues, si se admite el recurso contra la sentencia

¹⁴³ Mahiques, I. (2011). “La facultad de recurrir la sentencia absolutoria y su compatibilidad con la garantía constitucional del *ne bis in ídem*”. [versión electrónica]. La Ley 25/04/2011, 1-LALEY2011-B, 1133. Cita Online: AR/DOC/1104/2011

absolutoria, y en consecuencia se dicta una condena; ésta para ser legítima, debería ser impugnada por el imputado y si de ello surgiera una absolución, sería nuevamente apelable; y así sucesivamente, no encontrando nunca su final.

Y la segunda postura, de tradición europea, considera que el Ministerio Público Fiscal y la querrela, en virtud del principio del debido proceso, están facultados para recurrir la sentencia absolutoria, cuando se verifique un incumplimiento de las formas sustanciales del juicio.¹⁴⁴

Esta corriente, se apoya en la tutela judicial efectiva, la cual tiene como finalidad, la de obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas. Constituyendo una garantía, para las partes que intervienen en un proceso, de que sus pretensiones tendrán una respuesta razonablemente jurídica.

Ha de entenderse entonces, que la querrela y la fiscalía, como parte de un proceso penal, están amparadas por esta garantía, lo que les permite, impugnar una sentencia absolutoria, sin violar ningún precepto constitucional. No obstante, es un derecho que debe interpretarse restrictivamente. Sólo es posible para control de los actos del poder jurisdiccional, no permitiéndose impugnar la valoración de la prueba o para cuestionar cuestiones de interpretación. La excepción está dada, por las sentencias arbitrarias, sea porque el debate previo estuviere viciado por defectos esenciales no atribuibles al acusador o porque la decisión del tribunal, no resulta una decisión razonada del derecho vigente.¹⁴⁵

6.1. Concepción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación – ley 27.063.

El artículo 312,¹⁴⁶ determina en que casos será posible impugnar una sentencia absolutoria. Cuando no se observara el derecho a la tutela judicial de la víctima; o cuando se hubiese aplicado erróneamente la ley; o si la sentencia careciere de motivación suficiente, o fuese contradictoria, irrazonable o arbitraria; o bien cuando no se cumplieran los requisitos esenciales de la sentencia.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ Art. 312, Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063. “Sentencia absolutoria. La sentencia absolutoria podrá impugnarse por los motivos siguientes: a) si se alegara la inobservancia del derecho a la tutela judicial de la víctima; b) si se hubiera aplicado erróneamente la ley; c) si la sentencia careciera de motivación suficiente, o ésta fuera contradictoria, irrazonable o arbitraria; d) si no se cumplieran los requisitos esenciales de la sentencia.”

Como puede observarse, el recurso de la víctima no se trata de un derecho a la revisión integral del fallo que la perjudica, sino que se trata sólo de una impugnación limitada a cuestiones de derecho sustantivo, que no impliquen el reenvío a un nuevo juicio. Imposibilitando de esta forma, la revisión de los hechos (Romero Villanueva & Grisetti, 2015)

De las causales de impugnación, cobra especial importancia, el inciso a), el cual protege el derecho de tutela judicial de la víctima. Derecho tutelado, en el artículo 12 del Código Procesal Penal de la Nación.¹⁴⁷

7. Conclusión

Este capítulo contiene los lineamiento generales sobre el recurso. Entendido éste, como una facultad de las personas intervinientes en los procesos penales, para impugnar aquellas resoluciones judiciales que sean contrarias a derecho.

Estos recursos, se rigen por algunos principios generales que delimitan su ejercicio. En primer lugar, encontramos el principio dispositivo, por medio del cual cobra relevancia la autonomía de la voluntad, pues, son las partes quienes provocan la etapa impugnativa y son las partes, también, quienes limitan el conocimiento del tribunal. De ello surge la limitada competencia del tribunal de alzada, quien no puede apartarse del objeto de la impugnación, siendo la única excepción, la advertencia de alguna nulidad absoluta. Y finalmente, la prohibición de la reformatio in peius, por medio de la cual una resolución que haya sido recurrida por el imputado, o por el Ministerio Público Fiscal, a su favor, no podrá ser modificada en su perjuicio. Es decir, que el recurso que interponga, no podrá perjudicarlo más que la resolución atacada.

Aquí, también tuvo gran importancia la reforma constitucional de 1994, pues los Tratados Internacionales de Derechos Humanos influyeron en nuestro sistema procesal penal. De tal manera, que se produjo la constitucionalización del derecho al recurso, por medio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ambos tratados, otorgan el derecho a recurrir el fallo ante Juez o Tribunal superior.

¹⁴⁷ Art. 12, Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063. “Derechos de la víctima. La víctima tienen derecho a una tutela judicial efectiva, a la protección integral de su persona, su familia y sus bienes frente a las consecuencias del delito, a participar del proceso penal en forma autónoma y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto. Las autoridades no podrán, bajo pretexto alguno, dejar de recibir sus denuncias o reclamos y de poner inmediatamente en funcionamiento los mecanismos legales previstos para su tutela efectiva.”

Dentro de los fundamentos de esta institución, encontramos al recurso como garantía de control de los actos del gobierno y el recurso como garantía del imputado y de la víctima. Indudable es el derecho al recurso del imputado, la discusión doctrinaria se da en torno al derecho al recurso de la víctima. Y en su defensa es que surge la tutela judicial efectiva, también prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por medio de la cual, “toda persona” tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención... De igual forma, el mismo cuerpo normativo prescribe que “toda persona” tiene derecho de ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley...para la determinación de sus derechos y obligaciones de cualquier carácter. Con lo cual y adelantando opinión respecto de esta investigación, es indudable que el derecho al recurso pertenece también a la víctima.

CAPÍTULO V – ¿Existe un derecho fundamental al recurso?

1. Introducción

En el último capítulo, analizaremos el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho al recurso, tratando de determinar si existe un derecho fundamental al recurso otorgado al querellante.

2. Análisis del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-9/87, expresó que el artículo 8¹⁴⁸ consagra los lineamientos del “debido proceso legal”, entendido como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.”¹⁴⁹

¹⁴⁸ Art. 8, Convención Americana de Derechos Humanos, noviembre de 1969. “Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

¹⁴⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, op. cit., párr. 27; Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, op. cit., párr. 69 y Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 156.

De igual manera, este Tribunal, considera que el artículo en cuestión también consagra el derecho de acceso a la justicia, el cual es una norma imperativa de Derecho Internacional.¹⁵⁰ Derecho que no se agota en los procesos internos, sino que exige que el Estado garantice la satisfacción de los derechos que tienen las partes en el mismo, en un tiempo razonable. Por otro lado, el Estado tiene la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas (Steiner & Uribe, 2014).

Por ello, debe quedar en evidencia que las garantías judiciales, no establecen un derecho al recurso, sino un amplio derecho al acceso a la justicia que regula la manera cómo esa justicia debe impartirse.¹⁵¹

Ante el interrogante de quiénes son los titulares de estas garantías judiciales, Steiner & Uribe (2014), consideran que tales garantías son exigibles en dos supuestos:

a) para “toda persona en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella” es decir para el acusado.

b) para “toda persona para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Así, en principio, las garantías judiciales “deben observarse en las instancias procesales con el fin de proteger el derecho de los individuos a que se resuelva con la máxima justicia posible”, por un lado, la culpabilidad o inocencia y, por el otro, “las controversias que se susciten entre dos partes –sean ellas particulares u órganos del Estado y sea que se refieran a materias que estén o no en el ámbito de los derechos humanos.”¹⁵²

¹⁵⁰ Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131.

¹⁵¹ Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párr. 2. Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú.

¹⁵² Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párr. 2. Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha enfatizado que “el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona”¹⁵³ por igual,¹⁵⁴ independientemente de su condición como parte acusadora,¹⁵⁵ acusado¹⁵⁶ o incluso tercero en el marco de un proceso (Steiner & Uribe, 2014).

En el caso “Genie Lacayo vs. Nicaragua, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “para determinar la violación del artículo 8 era preciso, en primer término, establecer si en el proceso para determinar la responsabilidad de los posibles autores de la muerte del joven Genie Lacayo se respetaron las garantías procesales de la parte acusadora”.¹⁵⁷

Según expresó la jueza Medina, en esta sentencia “se dio una modalidad que introdujo el tema de terceros que podían tomar parte en el proceso penal y se asoció este derecho al derecho a la verdad que tienen ciertos familiares de las víctimas y a una manera de reparar a las víctimas” (Steiner & Uribe, 2014).

Es claro que a nivel del sistema interamericano, en aquellos casos de graves violaciones de derechos humanos, el Tribunal ha dispuesto que la alegada violación al derecho a las garantías judiciales, se analiza respecto de los familiares de la víctima, a quienes el Estado debe garantizar el acceso a la justicia.¹⁵⁸

El párrafo 1 del artículo 8, se refiere a las garantías judiciales generales exigibles en el marco de un proceso, esto es: el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, dentro de un plazo razonable y con las debidas garantías. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el artículo 8.1 debe interpretarse de manera amplia, y dicha interpretación debe apoyarse tanto en el texto literal de la norma como

¹⁵³ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 143.

¹⁵⁴ Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 209.

¹⁵⁵ Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 75.

¹⁵⁶ Corte IDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 146, y Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204, párr. 84.

¹⁵⁷ Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, op. cit., párr. 75.

¹⁵⁸ Corte IDH. Caso Blake vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 97, y Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit., párr. 207.

en su espíritu. Además debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c)¹⁵⁹ de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno (Steiner & Uribe, 2014).¹⁶⁰

Respecto del artículo 8.2, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que establece las garantías mínimas que, deben ser aseguradas por los Estado a toda persona durante el proceso, en plena igualdad, en función de las exigencias del debido proceso legal.¹⁶¹

Por otro lado, cabe resaltar que si bien la redacción del artículo se refiere al derecho de “toda persona inculpada de delito”, conforme la jurisprudencia del Tribunal, las garantías mínimas establecidas en este artículo se aplican a otros órdenes distintos del penal, esto es, al civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.¹⁶²

En cuanto al inciso h del artículo en cuestión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que el derecho de recurrir el fallo es “una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”, que “procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho”.¹⁶³

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “sin perjuicio de que cada uno de los derechos contenidos en la Convención tiene su ámbito, sentido y alcance propios,¹⁶⁴ la falta de garantía del derecho a recurrir del fallo impide el ejercicio del derecho de defensa que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de

¹⁵⁹ Art. 29, Convención Americana de Derechos Humanos, noviembre 1969. “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ...c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno...”

¹⁶⁰ Corte IDH. Caso Blake vs. Guatemala. Fondo, op. cit., párr. 96.

¹⁶¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, op. cit., párr. 24, y Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados, op. cit., párr. 84.

¹⁶² Corte IDH. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 149; Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, párrs. 69 a 71, y Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit., párr. 157.

¹⁶³ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, op. cit., párrs. 158 y 161, y Caso Mohamed vs. Argentina, op. cit., párr. 97.

¹⁶⁴ Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 171, y Caso Mohamed vs. Argentina, op. cit., párr. 119.

protección de otras garantías mínimas del debido proceso que deben asegurarse al recurrente, según correspondan, para que el juez o tribunal superior pueda pronunciarse sobre los agravios sustentados”.¹⁶⁵

2.1. La cuestión acerca de la persona a quien se le reconoce este derecho, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

A esta altura, no quedan dudas respecto de la jerarquía constitucional que tiene este derecho al recurso, mediante la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos al bloque constitucional por el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna.

Lo que sí genera dudas y diversas corrientes doctrinarias, es la extensión que tiene tal derecho. De una lectura rápida de la letra de la ley, se puede inferir que este derecho al recurso, sólo es reconocido al condenado. Es decir, se lo instituye como una garantía propia del imputado excluyendo al querellante y al acusador público. Y en ese sentido, parece encaminada la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso “Castillo Petruzzi”,¹⁶⁶ entendió que “el derecho de recurrir el fallo implica: una revisión de los hechos objeto de la causa, un estudio acabado del juicio, dando de esta forma garantías reales a los acusados de que su causa será vista y sus derechos serán garantizados en conformidad con los principios del debido proceso establecidos en el artículo 8 de la Convención.”

De manera similar, la Comisión en su informe 55/97¹⁶⁷, determinó que: “la razón por la cual tanto en el sistema interamericano como en el europeo, existe una disposición que desarrolla las garantías procesales consagradas en beneficio del acusado, reside en el convencimiento de los Estados en el sentido que una eficaz protección de los derechos humanos requiere además de la debida observancia de derechos sustanciales, la consagración de garantías procesales que aseguren la salvaguardia de los mismos.” Y continúa diciendo: “Un aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o re examine la legalidad de

¹⁶⁵ Corte IDH. Caso Mohamed vs. Argentina, op. cit., párr. 119.

¹⁶⁶ Corte IDH. Caso “Castillo Petruzzi y otros” del 30 de mayo de 1999, serie C, Resoluciones y Sentencias N° 52.

¹⁶⁷ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos n°55/97. Caso 11.137, “Juan Carlos Abella vs Argentina” del 18 de noviembre de 1997.

toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal.” Finalmente, la Comisión determinó que “es importante destacar que la Convención Americana [...] consagra ampliamente el derecho de apelación. La Comisión considera que este recurso, establecido en favor del inculpado, le permite proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa. El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto lograr la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de impugnar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de garantía y de la aplicación correcta de la ley penal.”

De esta manera quedaría demostrado que la interpretación de los órganos de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre el artículo en cuestión, se inclinaría a otorgar legitimación sólo al imputado.

Por su parte nuestro máximo Tribunal, se ha expresado en el caso “Arce”,¹⁶⁸ en el sentido de que el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una garantía propia del acusado. Pues en su considerando 7º, expresa que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fue utilizado como instrumento preparatorio de la Convención, lo cual habilita a utilizarlo como medio de interpretación.¹⁶⁹ Y en virtud de ello, la CSJN considera que de la conjunción de ambas normas, se desprende que el derecho a recurrir, ha sido consagrada, sólo en beneficio del inculpado.

Lo que resulta claro, luego de analizar algunas jurisprudencias al respecto, es que el criterio adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es mucho más amplio que el expuesto por la CSJN. De hecho, y adelantando opinión, no existe en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciamiento expreso en contra del recurso como garantía del acusador.

¹⁶⁸ CSJN, “Arce, Jorge Daniel s/ Recurso de Casación”, Fallo 320:2145, (1997).

¹⁶⁹ Aclaremos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 inciso 5 expresa: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley.”

3. Posiciones doctrinarias

3.1. Criterios a favor del recurso del querellante

Dentro de los principales expositores de esta corriente, se encuentran Solimine & Pirozzo (2008), quienes expresan que, de considerar una redacción laxa del artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que alude a “toda persona”) cabe también considerar amparado en dicha garantía al víctima constituida en querellante.

Estos autores consideran que el derecho al recurso es bilateral y por lo tanto, ampara tanto al imputado como a la víctima. Pues, no caben dudas que el recurso es una garantía constitucional que asiste al imputado, tomando al imputado como beneficiario expresa, directo e incuestionable, en virtud de la doble instancia. Pero sin grandes esfuerzos, la interpretación de esos mismos Tratados Internacionales que establecen el derecho al recurso, permite concluir que ese derecho también ampara a la víctima de delito. Tomada la víctima como beneficiaria central de la “Tutela judicial efectiva” en los modelos donde se admite la figura del querellante; o bien, beneficiaria de la garantía de la “doble instancia” en su versión más amplia (Solimine & Pirozzo, 2008).

Para Barberá de Riso (2007), la fundamentación del derecho al recurso acusatorio, está dada por una “aparente” coalición de normas. Considera, esta autora, que el artículo 8 inciso 1,¹⁷⁰ le otorga a determinadas personas – el ofendido por el delito de acción pública, sus herederos forzosos, representantes legales y mandatarios – el derecho a ser oídas. Pero por otro lado, el artículo 8 inciso 2 apartado h), expresa el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, la cual es imperativa pero solamente para el inculpado. El recurso del querellante, debe ser admitido en virtud de que, el inciso 1 del artículo 8, no alude a un carácter particular del derecho u obligación, sino a cualquiera. La víctima, que goza de igual derecho a la jurisdicción que el imputado, en el sentido que le está garantizado que un juez o tribunal competente determine, o lo que es igual tome una resolución o decida sobre su derecho a lograr un pronunciamiento sobre la responsabilidad de los partícipes del delito que ha sufrido.

Continúa diciendo la autora, que para que el derecho a la tutela judicial efectiva – que comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a la utilización de los recursos, y el derecho a que la sentencia se ejecute –

¹⁷⁰ Art. 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos, noviembre de 1969.

sea efectivo y no tenga mera existencia formal, se exige que sea adecuado (que la función del recurso sea idónea para proteger la situación jurídica infringida) y eficaz (capaz de producir el resultado para el cual el recurso ha sido concebido).

Por otro lado, la razón principal de la función represiva del Estado es la obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas. Por lo tanto ante el caso concreto, deben conjugarse junto al derecho del imputado, la tutela judicial de la víctima y el interés de la sociedad en la aplicación de la ley. De lo contrario, se vulneraría la garantía de idéntico rango que sitúa al damnificado y la imputado en un pie de igualdad ante la actuación de la justicia¹⁷¹ (Barberá de Riso, 2007).

No se puede hablar del derecho de acceso a la justicia o a la tutela judicial efectiva, o el derecho a una vía útil del querellante para defender sus derechos, si no se le acuerdan amplias facultades, para defender sus intereses. Privarlo de la atribución de provocar, por sí solo, el contralor por el órgano jurisdiccional de una decisión que entiende arbitraria, significa conculcar el derecho de acceso a la jurisdicción de la víctima (Barberá de Riso, 2007).

Por su parte, Nestor Sagues¹⁷² argumenta que, si de lo que se trata es de arribar a fallos justos, tanto se perjudica a la justicia en una sentencia de primera instancia por una condena arbitraria, como por una absolución o sobreseimiento improcedente.

Cafferata Nores,¹⁷³ considera que la razón por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de cumplir con su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las

¹⁷¹ Art. 16, Constitución Nacional Argentina. “Igualdad personal e impositiva. La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.” Art. 14.1, Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.”

¹⁷² Sagues, Nestor. “La instancia judicial plural en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica” [*versión electrónica*]. La ley T. 1988 – E – III p. 160. Citado por Cafferata Nores. “Fundamentos y Límites del Recurso Acusatorio contra la sentencia absolutoria.” Revista de Derecho Penal Integrado, Año I – N° - 2000.

¹⁷³ Cafferata Nores. “Fundamentos y límites del recurso acusatorio contra la sentencia absolutoria.” Revista de Derecho Penal Integrado, Año I – N° - 2000. Ed. Mediterránea.

víctimas.”¹⁷⁴ Y a éstas además se le reconoce el derecho de que un tribunal competente, imparcial e independiente, establezca la existencia de la violación de su derecho e imponga “las sanciones pertinentes a los responsables”,¹⁷⁵ resulta difícil admitir que se prive al querellante, la posibilidad de interponer recursos. Por otro lado, expresa Cafferata Nores, para sostener que el recurso del acusador contra la sentencia de absolución vulnera el “*Ne bis in idem*”, esa sentencia absolutoria debería estar firme. Hablar de sentencia firme, significa que ésta, o bien era una sentencia susceptible de ser recurrida y no lo fue, quedando por ello “firme”; o bien pese a ser recurrida, resultó “confirmada” por el tribunal competente en el recurso.

Para Chiara Díaz,¹⁷⁶ “el doble conforme tiene lugar para las partes, en condiciones de igualdad de armas en resguardo de sus derechos y pretensiones, como garantía básica del debido proceso”. Considera que también está incluido el Ministerio Fiscal, pues de lo contrario habría una contradicción en nuestro sistema institucional que, por medio del constituyente, le otorga y le impone la función de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República”, y por otro lado, permitiría que el legislador ordinario, en una ley procesal, le impidiera impugnar las decisiones judiciales contrarias a sus pretensiones en defensa de la legalidad y de los intereses de la sociedad.

3.2. Criterios en contra del recurso del querellante

Dentro de los principales expositores en contra del recurso del querellante, se enrola Maier, quien considera que las garantías del imputado no pueden ser utilizadas en su contra, invalidando una resolución que le ha sido favorable. Por ello, resulta inadmisibles el recurso acusatorio contra una sentencia absolutoria (Maier, Bovino, & Díaz Cantón, 2004).

Por otro lado, considera Maier (2003), que otorgarle al acusador un derecho de recurso contra la sentencia absolutoria sería una clara violación al principio del “*ne bis in idem*”. Pues, este principio correctamente interpretado, debería conducir a impedir que el Estado, una vez que ha decidido provocar un juicio contra una persona por medio de sus propios tribunales, pueda

¹⁷⁴ Corte IDH, informe n° 34/96, casos 11.228 y otros.

¹⁷⁵ Corte IDH, informe 5/96, caso 10.970.

¹⁷⁶ Chiara Díaz, Carlos A., Castex, Francisco, Almeyra, Miguel A. “Cuestiones conflictivas del proceso penal. Actuación del querellante – Garantía del doble conforme – Elevación a juicio e intervención del juez de instrucción”. [versión electrónica]. La Ley 25/20/2012, 3 – LA LEY2012-F, 782. Cita Online: AR/DOC/5367/2012.

evitar la decisión del tribunal de juicio mediante un recurso en contra de ella, que provoca una nueva persecución penal en pos de la condena o de una condena más grave, con lo cual somete al imputado a un nuevo riesgo de condena y, eventualmente, a un nuevo juicio.

La concesión del recurso al imputado contra la condena, como una garantía procesal en contra de su persecución penal, según lo reconocen las convenciones internacionales de derechos humanos es incompatible con la concesión de un recurso al acusador contra las sentencias de juicio – “sistema bilateral de recursos” – pues, implica la renovación de la persecución penal fracasada. Esto es, someter al imputado a un nuevo doble riesgo en relación a la aplicación de la ley penal. Es por ello que, considera este autor, el recurso acusatorio contra las sentencias de juicio, representa un *bis in idem*, y nuestra legislación que lo acepta constituye una violación al principio que prohíbe la persecución penal múltiple (Maier, 2003).

Por otro lado, conceder un recurso al acusador contra la sentencia que no concede lo que él pretendía, no solo implica una tercera instancia, sino más bien un “*regressus in infinitum*”, pues con la concesión bilateral del recurso, siempre es posible que el acusador consiga una condena ante el tribunal de última instancia, y contra esa condena siempre se deberá respetar el “derecho al recurso”, a desencadenar la prueba del “doble conforme” del condenado (Maier, 2003).

Sigue fundamentando este jurista, y hace una alusión al Derecho de los EE.UU. – al cual ha mirado nuestra Constitución Nacional a la hora de establecer la forma básica de enjuiciamiento penal – donde el fiscal conoce que una vez aceptada su acusación, esa será la única oportunidad de lograr una condena, convenciendo al jurado; de lo contrario, de fracasar – aun por motivos injustos – no puede someter al imputado, después del sobreseimiento o la acusación, sobre la base de la misma imputación a un riesgo múltiple de un fallo condenatorio y de sufrir una pena (*double jeopardy*).¹⁷⁷

Por su parte, Díaz Cantón¹⁷⁸ expresa que la doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia¹⁷⁹ – que está dando lugar a una consideración bilateral del derecho al recurso – mediante

¹⁷⁷ Green vs.U.S., 1957, U.S. vol. 355, ps. 184 y ss. (“...es uno de los principios elementales de nuestro derecho penal que el Estado no puede obtener un nuevo juicio por medio de una apelación aun cuando la absolución pueda aparecer como errónea.”)

¹⁷⁸ Díaz Cantón, Fernando. “La relación entre el recurso de casación penal y el recurso extraordinario federal: panorama y prospección” [*versión electrónica*], 9/10/2006. Suplemento Penal de ElDial.com (El Dial, DC9E4).

la cual asegura a acusador y a acusado por igual las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso, olvida que el diseño constitucional del proceso penal fue proyectado para compensar la desigualdad estructural entre el Estado, en el ejercicio del poder penal y el imputado, que lo soporta. Y es en virtud de ello, que surgen las garantías procesales tendientes a neutralizar esa desigualdad.

Por último, Sienna Martinez (2001), también niega el recurso del acusador basándose en la prohibición de la *reformatio in peius*. Ella, con una concepción amplísima del principio, considera que la plena vigencia de la prohibición alude a la imposibilidad absoluta de agravar la situación que resulte de la sentencia, llegando a la negación del recurso acusatorio, en tanto el límite máximo siempre estará dado por la conformidad con la sentencia de condena originaria.

4. ¿Qué principios se verían vulnerados por el derecho al recurso del acusador? Nuestra posición.

4.1. Ne bis in idem

El principio “*ne bis in idem*”, a pesar de parecer una garantía individual moderna, es un derecho que ha sido reconocido desde la antigüedad. De hecho, e la Enmienda V de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, dispone que “nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de pérdida de la vida o de algún miembro” (Maier, 2003).

Internacionalmente se lo ha reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual en su artículo 14.7, reza: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”

Más precisamente en Latinoamérica, ha sido receptado por el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual expresa que “el inculpado por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

¹⁷⁹ Por ejemplo en el caso “Recurso de hecho deducido por Jesús Eijo S.R.L. en la causa Otto Wald s/ artículo 302 del CP” la CSJN expresó: “todo aquel a quien la ley le reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sea actúe como acusador o como acusado, como demandante o demandado...”

En la Constitución Nacional, el principio “*ne bis in ídem*” no fue expresamente receptado, no obstante, con arreglo a su artículo 33,¹⁸⁰ se lo ha reconocido como una de las garantías no enumeradas, pero que surgen del sistema republicano y del Estado de Derecho (Maier, 2003).

Para que proceda el mencionado principio, deben darse tres presupuestos. En primer lugar, identidad personal, es decir, debe tratarse de una misma persona física, que vuelve a ser perseguida en otro procedimiento penal, que tiene por objeto la imputación de un mismo hecho. En segundo lugar, ha de darse el presupuesto de identidad objetiva; esto significa que la imputación debe ser idéntica, y es idéntica cuando tiene el mismo comportamiento atribuido a la misma persona. Y finalmente, se debe concretar la identidad de causa, la cual es sinónimo de identidad de pretensión ejercitada, no existirá esa identidad si la posterior persecución basada en el mismo hecho, contiene una pretensión de naturaleza jurídica no penal (Cafferata Nores, 2004).

Ya hemos visto, la posición que toma Maier¹⁸¹, respecto de éste principio. Pero, debemos resaltar que según establecen los Tratados sobre Derechos Humanos mencionados, la sentencia debe ser una sentencia “firme” para que proceda la prohibición de persecución penal múltiple. Y en este sentido, se expresa de manera más clara Cafferata Nores, que como también ya lo anticipáramos, explica que “para hablar de violación a dicho principio, necesariamente debe existir una sentencia “firme”. Pues, si no está firme, su revisión y consecuente reformulación no constituye un nuevo juicio, sino que estaríamos ante la continuación del juicio anterior.

4.2 La prohibición de la reformatio in peius

Ya en el capítulo IV, anticipamos este principio que ampara al imputado. La prohibición de reforma en perjuicio, es una limitación que le impone al tribunal de alzada, por medio de la cual se le impide modificar la resolución impugnada en perjuicio del imputado, cuando hubiese sido recurrida solamente por éste o en su favor, es decir, hubiese sido impugnada por él, por su defensor o aún por el Ministerio Público Fiscal en su interés.¹⁸²

¹⁸⁰ Art. 33, Constitución Nacional. “Derechos y Garantías implícitos. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

¹⁸¹ Ver apartado 3.2 de éste capítulo.

¹⁸² Art. 304, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 27.063. “Reforma en perjuicio. Si la resolución hubiera sido impugnada sólo por el imputado o en su favor, no podrá modificarse en su perjuicio”.

La prohibición ha sido vinculada por la CSJN con el principio de inviolabilidad de defensa en juicio que surge del artículo 18 de la Constitución Nacional, procurando evitar la indefensión del imputado frente a un fallo más gravoso para sus intereses, cuando la intervención del Tribunal de alzada ha sido provocada exclusivamente por él (Maier, 2003).

Al exponer la doctrina contraria al derecho de recurso del querellante, vimos cómo algunos autores, utilizan este principio de una manera muy amplia, incluso extendiendo tal principio más allá de lo que la propia ley establece.¹⁸³ Vimos como Sienna Martínez, entre otros autores,¹⁸⁴ la vigencia de tal prohibición, entendida como la imposibilidad absoluta de agravar la situación del imputado, lleva a negar absolutamente el recurso acusatorio.

En este sentido, si el instituto protege al imputado recurrente sólo cuando él impugnó la sentencia (o alguna persona legitimada en su favor), no puede hacerse una aplicación extensiva a punto tal que se pretenda proteger una situación que el propio instituto no tiende a proteger (Solimine & Pirozzo, 2008).

En definitiva, esta garantía reconocida al imputado, se aplica para que él pueda recurrir una sentencia desfavorable y no agravar su situación judicial. Pero de ninguna manera, se ve vulnerada tal garantía, por un recurso interpuesto por la parte acusadora, sea el Ministerio Público Fiscal o el querellante.

4.3 La garantía del plazo razonable

Nuevamente, Maier (2003), habla del “*regressus in infinitum*”, esto es, una cadena de recursos y reenvíos que podría llegar a darse, lo que afectaría la garantía de plazo razonable. Pues, es que como dice este jurista, tras un pronunciamiento liberatorio, la nueva sentencia obtenida por el acusador, paradójicamente se transforma en primera sentencia, contra la cual podría recurrir el condenado y así sucesivamente. De esta manera, queda en evidencia, que no se podría cumplir con la garantía de plazo razonable que establece el artículo 18 del Código Procesal Penal de la Nación.¹⁸⁵ Para refutar este argumento, expresan Solimine & Pirozzo

¹⁸³ Art. 304, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 27.063.

¹⁸⁴ Entre otros, Jauchen, Eduardo M. “Derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior” Revista de Derecho Procesal Penal Ed. Rubinzal Culzoni, 2006 -2 pág 68.

¹⁸⁵ Art. 18, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 27.063. “Justicia en un plazo razonable. Toda persona tiene derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable, conforme los plazos establecidos en este Código. El

originaria. Lo (2008), basta con determinar que el doble conforme, se integra por dos tribunales que resuelven la misma cuestión, así si se dictara una segunda absolución – aunque la primera hubiese sido revocada –, ya existirá el doble conforme y a su vez, estaría resguardado el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima. Afirmación que, se encuentra expresamente mencionada el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063.¹⁸⁶

Por otro lado, siempre que la ley adjetiva, le otorgue al querellante mecanismos de revisión, no existirá vulneración a la garantía de plazo razonable.

4.4. Garantía de tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva es un derecho humano fundamental, con reconocimiento convencional y constitucional. El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otros recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...”¹⁸⁷ Es decir, a través de este artículo 25, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece la obligación de los Estados de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado.

Su contenido es amplio, lleva implícito un derecho de acceso a la justicia, es decir, a ser parte en un proceso promoviendo una pretensión determinada. Por su parte, los jueces tienen el deber de remover cualquier obstáculo que se encuentre frente a ese derecho de acceso a la jurisdicción.

retardo en dictar resoluciones o las dilaciones indebidas, si fueran reiteradas, constituirán falta grave y causal de mal desempeño de los magistrados”.

¹⁸⁶ Art. 317, Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063. “Reenvío. En todos los casos, los jueces de revisión deberán resolver sin reenvío. Si éste fuere inevitable, no podrán intervenir los jueces que conocieron en el juicio anulado. Si el reenvío procediere como consecuencia de la impugnación del imputado, o del Ministerio Público Fiscal en su favor, en el nuevo juicio no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero. Si en el nuevo juicio se obtuviere una segunda absolución, esta decisión no será susceptible de impugnación alguna.”

¹⁸⁷ El cual guarda relación con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con el artículo 2.3 a) del Pacto Internacionales de Derechos Civiles y Políticos.

Dentro del contenido de la tutela judicial efectiva, encontramos también un derecho a obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión, aun cuando ella sea contraria a la pretensión que si debe garantizarse que esa sentencia sea razonable, es decir fundada y motivada.

También, el derecho a la doble instancia es una consecuencia propia del acceso a la justicia, ello, y como lo venimos sosteniendo, es un derecho reconocido por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Y comprende el derecho a una revisión de las resoluciones judiciales, en cuanto a los hechos y al derecho aplicable por parte de otro juez o tribunal superior.

Y finalmente, requiere que esa sentencia se cumpla oportunamente, pues de lo contrario, el reconocimiento de tales derechos sería en vano. Por ello, esta claro que la tutela judicial efectiva protege no sólo el derecho de acceso a la justicia, sino también se encuentra presente durante todo el desarrollo del proceso y aún en la etapa de ejecución de sentencia.

No obstante, la doctrina se encuentra nuevamente dividida respecto del alcance de esta garantía, en efecto parte de la doctrina se encuentra a favor del recurso como parte de la tutela judicial efectiva,¹⁸⁸ y parte de la doctrina que lo niega.

En ese sentido, Pastor (2001), señala que la voz “recurso efectivo” que contienen los pactos al consagrar esta garantía, no se refiere al derecho al recurso en su sentido procesal restringido, es decir, como instrumento para intentar la revocación de resoluciones judiciales adversas; sino que es utilizada como sinónimo de demanda, remedio o reclamo ante una autoridad judicial para que contemple una pretensión del actor. Considera que es importante esta distinción, pues en la práctica existe la tendencia a equipararlos.

A ello, responden Solimine & Pirozzo (2008) que le asiste razón. Pero lo que se debe debatir, es si en aquellos sistemas como el nuestro, que prevén la figura del querellante, se debe considerar como contenido “adicional” al derecho de tutela judicial efectiva, el derecho a interponer recursos.

Así enfocado el tema, continúan diciendo estos autores que, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, luego de reconocer que la figura del querellante no está prevista en los pactos, recordó que muchos sistemas procesales penales de América latina lo consagran, y en virtud de ello, concluye que en estos “el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un

¹⁸⁸ Entre otros, Cafferata Nores, Solimine y Pirozzo, Chiara Díaz.

delito... deviene un derecho fundamental del ciudadano”.¹⁸⁹ Y en este sentido, el instituto del querellante surge como una arista evolutiva de la tutela judicial efectiva, consagrando un mejor estándar de protección para la víctima de delito, que ya no puede ser revocado. Más aun, es nuestro propio ordenamiento jurídico, el que le ha dado al querellante la facultad recursiva y ello lleva a concluir que “la víctima que asume el rol de parte en el proceso penal, tendrá derecho al recurso con base constitucional”.

5. Conclusión

Finalmente, en este capítulo se indagó sobre el derecho fundamental al recurso. Analizamos como primera medida, el tan controvertido artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El cual consagra el derecho al debido proceso legal, reconocido, según palabras de la propia Corte Internacional de Derechos Humanos, “a toda persona, por igual, independiente de su condición como parte acusadora, acusado o incluso tercero en el marco de un proceso.”

No obstante, divide el artículo en dos partes, el primer párrafo que refiere a las garantías judiciales exigibles en todo proceso, y la misma Corte, sugiere interpretarlo de una manera amplia. Y un segundo párrafo, establece las garantías mínimas que deben reconocerse a “toda persona inculpada de delitos”, pero aclara, que se aplica también a otros órdenes distintos del penal.

Refiriendose puntualmente al inciso h), la Corte señala que, el derecho al recurso es un derecho primordial, sin dar mayores explicaciones sobre los sujetos legitimados para ejercitarlo.

Por último, se hace referencia a los derechos que se verían vulnerados si se reconociera el derecho al recurso del querellante. El principal argumento de la corriente que niega tal derecho, es el “ne bis in idem”, seguido por la “prohibición de la *reformatio in peius*” y la garantía del “plazo razonable”, todos argumentos que han sido refutados por parte de la doctrina, principalmente a través del derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁸⁹ Comisión Americana sobre Derechos Humanos, informes 28/92 y 29/92.

CAPÍTULO VI - Conclusión

1. Conclusión

El querellante, es una figura jurídica que ha surgido como consecuencia de una transformación social y jurídica a través del tiempo, hasta llegar a la actual concepción como autónomo. Muchas han sido las voces, que se han alzado en contra de esta figura y particularmente, de esta nueva concepción autónoma. De hecho, es una cuestión que ha sido ampliamente debatida, tanto en la doctrina como en nuestra jurisprudencia, como hemos expuesto en este trabajo.

A lo largo del capítulo I, fuimos describiendo la concepción de la víctima hasta llegar a adquirir el derecho de querrela. Vimos como, en un principio la víctima era dueño del destino de quien le había ocasionado un daño, hasta el advenimiento de la “composición”, lo que permitía llegar a un acuerdo económico con el infractor. En esta etapa, la víctima era la protagonista exclusiva del proceso penal, el cual sólo funcionaba en caso de fracasar la composición. Posteriormente, el sistema de la Inquisición, se apropió de las facultades de la víctima, y con influencia de la Iglesia, el Estado se convirtió en el único posibilitado para investigar y juzgar a los infractores de las leyes. Aquí, el agravio a la víctima pasó a un segundo plano, pues lo que importaba era la ofensa a Dios o al Rey, convirtiéndose en un sistema de control estatal sobre el pueblo. Finalmente, la víctima es reinsertada en el proceso penal, a través de la figura del querellante, pero sus facultades eran muy acotadas, como simple adherente al Ministerio Público Fiscal, quien detendrá a partir de allí, el ejercicio exclusivo de la acción penal pública. No obstante, esta incorporación también fue discutida por nuestros juristas, al punto tal, que el autor del actual Código Procesal Penal de la Nación, había excluido la figura del querellante en su proyecto. Logrando ser incorporado, luego, por la revisión de la Cámara de Diputados.

En el derecho comparado, podemos ver cómo las reformas procesales de la mayoría de los países latinoamericanos, tienen como base común el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Con el cual, se intentó lograr una uniformidad legislativa, es decir un conjunto de mecanismos aptos para solucionar conflictos sociales, que se presentan de manera similar en los países de la región.

Ese proceso de reformas, en lo que al tema de investigación respecta, ha ido definiendo un querellante al cual, cada vez se lo dota de mayores derechos, derivándose de ello, un querellante con facultades más autónomas que adhesivas.

Con el querellante ya inserto en el proceso penal, se comenzó a cuestionar los alcances de sus facultades procesales. Su inserción en el sistema penal argentino fue, como un simple colaborador del Ministerio Público Fiscal, quien era el único poseedor de la facultad acusatoria. De allí que sus facultades eran acotadas, de manera tal que durante mucho tiempo, fue utilizado como una suerte de testigo del hecho que le causó el daño, debiendo adaptarse y aceptar las decisiones que imponía el Fiscal.

Surge así, la posibilidad de la querrela autónoma. Como ya explicamos, una concepción que se ve reflejada en los sistemas latinoamericanos modernos.

En nuestro sistema procesal, el querellante autónomo, se empezó a delinear de manera pretoriana a partir de la reforma constitucional de 1994. Circunstancia que, obligó a los tribunales judiciales a adecuar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a las leyes internas del país, en virtud de la incorporación de tales Instrumentos al bloque constitucional de la Nación.

El tema ha sido discutido intensamente por la doctrina. El mayor argumento que se ha expuesto en contra de la autonomía del querellante, es el de “doble acusador”. A través de este postulado, se pretende demostrar que la intervención del querellante, duplica la acusación que pesa sobre el imputado. Así, si el imputado debe soportar la acusación del fiscal y del querellante, con todo lo que ello implica, se estaría dando una controversia de dos contra uno, rompiendo con la igualdad procesal y agravando la situación de inferioridad, que de por sí tiene el imputado frente a los poderes del Estado. En este sentido, se puede indagar ¿qué ocurre cuando varios imputados deben defenderse de un solo acusador? Aquí, ¿se aplica la igualdad de partes de manera idéntica? A nuestro entender, lo que se debe tener en cuenta con respecto a la igualdad de partes que suplica esta teoría, es la afectación al derecho de defensa. Es decir, determinar si existe multiplicidad de acusaciones contradictorias hacia el imputado, que afecte esa garantía constitucional de defensa, y no hacer referencia a la cantidad de acusadores, pues esto no afectaría la constitucionalidad de la acusación.

Entre otros argumentos, se ha dicho también que admitir al querellante como acusador autónomo presenta peligros tales como, que la acusación no llegue a su final, pues el único móvil

de la víctima en la persecución penal es la restitución o resarcimiento, por lo que al verse satisfecho o ante la hipótesis de que ese resarcimiento no se concrete, el interés posiblemente decline y no prosiga con la acción penal hasta el castigo del infractor; o que la persecución sea motivada por la única razón de obtener venganza.

Ante tales argumentos, se puede decir en primer lugar, que la facultad autónoma del querellante, no implica la libertad absoluta del Ministerio Público, el cuál conservaría sus funciones, en otro rol. De hecho, el artículo 85 del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, expresamente establece que la participación de la víctima como querellante, no alterará las facultades concedidas por la ley al representante del Ministerio Público Fiscal, ni lo eximirá de sus responsabilidades. Y en segundo lugar, la subjetividad de la pretensión del acusador es irrelevante. Tal como sucede con la acusación del Ministerio Fiscal, el acusador pide y el juez decide. Que el querellante posea autonomía, no significa que su pretensión sea la verdad absoluta, ni que aquello que solicite se otorgue sin objeciones.

Debe tenerse en cuenta que, en todo conflicto, la víctima es un sujeto primario y esencial del proceso penal, junto con el imputado. La autonomía del querellante, lejos de ser inconstitucional, contrario a los derechos del imputado, debería ser lo normal, pues, es a la víctima de un hecho delictivo a quien se le debe dar respuesta en primer lugar. Permitir que intervenga en el proceso, tiene connotaciones positivas, como evitar venganzas o reacciones ilegales. Canalizando de esta forma sus deseos, respecto del responsable de delito, a través de instituciones legales, aportando a la pacificación social.

El alcance de esa facultad autónoma, es lo que en la actualidad ha generado la discusión doctrinal. Se puede decir que, de manera mayoritaria, la autonomía del querellante ha sido aceptada. El problema se produce, al momento de determinar si esa autonomía existe desde el inicio de la acción, o si sólo es factible luego de instada la elevación de causa a juicio por parte del Fiscal.

Claramente, hay dos posturas bien definidas. Quienes niegan, arguyen la propia letra de la ley, la cual instituye al Ministerio Público Fiscal como el único legitimado para ejercer la acción penal pública. Consideran que permitir la acusación sin intervención del Estado, equivaldría a otorgarle derechos absolutos e ilimitados. Por otro lado, explican que el Estado se encuentra en mejor posición técnica, estructural y objetiva para llevar adelante la investigación y la acusación pública.

Otro de sus argumentos es la objetividad que debe regir la acusación penal, objetividad de la cual no goza el querellante. En general, se esbozan los mismos argumentos que se utilizaron para oponerse a la esta figura, desde un principio.

Ante ello, cabe considerar, que en virtud de los Tratados Internacionales, el derecho a querellar ha pasado a formar parte de los derechos constitucionales de los argentinos. Y esos Tratados Internacionales incorporados, obligan a los Estados parte a adoptar las medidas legislativas o de cualquier otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades en ellos reconocidos, tal como reza la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 2.

Hay que tener en cuenta que, el derecho es una ciencia dinámica, en constante cambio, por lo que arraigarnos a la letra de la ley, nos llevaría a un exceso de ritualismo manifiesto, el cual conspira con el verdadero objetivo de ella.

Por ello es que, la institución del querellante ha evolucionado de manera pretoriana, y es el caso “Santillán” el encargado de otorgar las primeras facultades autónomas para la víctima. El fallo citado, ha tenido una doble interpretación en sus aplicaciones posteriores.

Pues, parte de la doctrina, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, interpretan que la autonomía de actuación que se le reconoce al querellante, es de impulso procesal, condicionada a previa solicitud de elevación de causa a juicio, por parte del Ministerio Público Fiscal. Es decir, que el querellante puede seguir impulsando la acción penal pública de manera autónoma, siempre y cuando esa acción haya sido instada por el Fiscal. Para esta corriente, el derecho a ser oído que asiste a la víctima, ante la desestimación de la denuncia, se verá satisfecho, por la intervención, revisión y control, que previamente realizó el Ministerio Público Fiscal. De esta manera se verían realizadas las exigencias del debido proceso legal.

No obstante, coincidimos con la doctrina minoritaria, la cual se muestra a favor de la autonomía del querellante en cualquiera de sus etapas. Simplemente, porque, como expresa el Dr. Mitchell en el mismo caso, “quien puede lo más, puede lo menos”. Y porque, no encontramos fundamento, para permitir al querellante, en solitario, lograr una sentencia condenatoria y no permitirle instar la acción de la misma manera. Nos preguntamos: ¿Por qué permitirle usar facultades autónomas en algunas etapas procesales y no en otras? Acaso, ¿no es más grave asentir que el querellante, pueda obtener una condena por sus propios medios; que permitirle solicitar la elevación de la causa a juicio?

Entendemos que el querellante, si puede requerir y lograr la elevación a juicio. Si se le reconoce autonomía de acusación, en el momento de los alegatos, ¿por qué no se le podría reconocer la misma autonomía de acusación frente al desistimiento de la acusación del fiscal? Y aquí, juega un papel importante, el derecho al recurso. Tema también discutido arduamente por la doctrina. ¿Existe un derecho fundamental al recurso para el querellante?

En este sentido, hay que poner especial atención, a los ya mencionados Tratados Internacionales de Derechos Humanos, pues es a partir de ellos, que el derecho al recurso se ha ampliado. Ya es indudable la existencia de un derecho fundamental al recurso, pues por medio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha reconocido expresamente, y a partir de allí, se ha vuelto obligatorio su reconocimiento por parte de los Estados. No obstante, nos volvemos a preguntar: ¿el derecho al recurso ampara sólo al imputado? ¿O se le reconoce también a la parte acusadora?

Resulta innegable, que esta garantía ampara al imputado. Ello surge, de la simple lectura del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, que expresamente menciona que “toda persona declarada culpable de un delito, tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley.” La duda se genera cuando se analiza el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo en cuestión, es algo confuso en su redacción. Se divide en dos partes, el primer párrafo del artículo 8, refiere a las garantías mínimas que se deben garantizar a toda persona en un proceso legal y el derecho de acceso a la justicia. Derechos que deben ser reconocidos y asegurados en su aplicación, por los Estados parte. Y en este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera que el debido proceso legal, es un derecho que debe aplicarse por igual a todas las personas, sin tener en cuenta su rol, como imputado, acusador o tercero.

En su segundo párrafo, el artículo 8, refiere, a los derechos propios del inculpado de un delito. Lo que genera confusión, es que refiere nuevamente a “toda persona” en igualdad de condiciones. Según la interpretación de la Corte Interamericana, el derecho al recurso o doble instancia, es un derecho propio del imputado, pues implica una revisión de los hechos objeto de la causa, dando garantías reales a los acusados, de que sus derechos serán garantizados en conformidad con los principios del debido proceso. Teniendo en cuenta esta interpretación y la

interpretación realizada en los diversos fallos del Alto Tribunal, el derecho al recurso es considerado un derecho exclusivo del imputado, el cual excluye a otros justiciables.

No obstante, la cuestión acerca de la persona a quien se le reconoce este derecho al recurso, es un tema también discutido, por la doctrina.

La corriente que sostiene, que es un derecho exclusivo del imputado, considera que las garantías otorgadas a éste, no pueden ser utilizadas en su contra; que otorgarle al acusador tal derecho sería una clara violación al principio “*ne bis in ídem*”, pues representa la renovación de la persecución penal fracasada, sometiéndolo de este modo, a un nuevo riesgo de aplicación de la ley penal. Desde otro punto de vista, conceder el recurso acusatorio, no sólo implica una tercera instancia, sino más bien representa un “*regresum al infinitum*”, pues contra cualquier sentencia, siempre se deberá respetar el derecho al recurso bilateral, con lo cual nunca se terminaría de apelar. Entre otros argumentos, esta corriente recuerda que el diseño constitucional del proceso penal, tuvo como inspiración al imputado, para compensar la desigualdad estructural que se produce entre éste y el Estado, en ejercicio de su poder estatal. De igual manera, refieren al principio de “*reformatio in peius*”, por medio del cual haciendo una interpretación amplísima, consideran que existe una imposibilidad absoluta de agravar la situación del imputado.

La posición contraria, a la cual adherimos, considera que es posible extender ese derecho al recurso a la parte acusadora. Teniendo en cuenta que el artículo en discusión, alude a “toda persona” y basándonos especialmente, en el derecho de tutela judicial efectiva. Dentro de esta corriente, se sostiene que el derecho al recurso, tiene la característica de ser bilateral, amparando tanto al imputado como a la víctima. Si bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, claramente se ha inclinado a una interpretación rígida del artículo en cuestión, el derecho al recurso del querellante, puede encontrar respaldo en la primera parte del mismo artículo y en otros artículos de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como ya analizamos, el primer párrafo del artículo 8, refiere a las garantías mínimas que se deben respetar en un proceso penal, sin hacer referencia a una calidad de justiciable, sino que es aplicable a “toda persona”. Debe tenerse en cuenta que el querellante, goza de igual derecho a la jurisdicción que el imputado, por lo que tiene el derecho a que un juez o tribunal competente, tome una decisión acerca de su derecho a lograr un pronunciamiento sobre el delito que ha sufrido. Por otro lado, el derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene por fin inmediato obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta a las pretensiones planteadas, está pensado como

garantía de protección de la víctima. Y esa tutela comprende, el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada, el derecho a la utilización de los recursos y el derecho a que la sentencia se ejecute.

Asimismo, consideramos que la concepción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hace referencia a un derecho al recurso, atenta con el derecho a la igualdad de recursos procesales de las partes. ¿Por qué se le sigue negando la posibilidad del recurso a la querrela? En principio, la Convención Americana, establece una garantía mínima, nada obsta a que el Estado, le otorgue ese derecho. Más teniendo en cuenta que el debido proceso legal y el acceso a la jurisdicción, son derechos reconocidos por la propia Corte Suprema de Justicia, a ambas partes de un proceso penal.

Si pensamos que, el recurso acusatorio, viola el principio del “*ne bis in ídem*”, nos olvidamos que para que proceda tal violación, se deben dar tres presupuestos: la identidad personal, identidad objetiva e identidad de causa. Es decir, que debe existir cosa juzgada, vale decir, debe tratarse de una sentencia firme. Y en el caso del recurso acusatorio, siguiendo la posición de Cafferata Nores, la sentencia no estaría firme, por lo tanto su revisión no constituiría un nuevo juicio, sino una continuación del anterior.

Si tomamos, el principio de prohibición de la reforma en juicio como un derecho del imputado vulnerado, tampoco tenemos presente que ha sido interpretado de una manera excesiva, desvirtuando el verdadero fin de la figura jurídica. Este principio, que fue instituido como un límite al tribunal de alzada, impidiéndole modificar la resolución impugnada – por el imputado o por el Ministerio Público en su favor – en perjuicio de aquél; ha sido interpretado como una imposibilidad absoluta de agravar la situación del imputado, cuando no es ese, el fin que ha establecido la propia ley. Esta garantía es muy clara al hacer referencia que no se podrá agravar la situación judicial del imputado, cuando éste impugna una sentencia desfavorable. Con lo cual, no se entiende la razón por la cual se hace extensivo al recurso acusatorio.

Por último, se habla de una garantía de plazo razonable, lo que no vería garantizado con el recurso del querellante. Pues, se produciría una cadena de recursos y reenvíos, que llevaría a un “*regressus in infinitum*” según palabras de Maier. Es decir, ante cada sentencia obtenida, se debería respetar el recurso bilateral, con lo cual nunca se terminaría de llegar a una resolución final. A ello, debe responderse con una simple afirmación, la doble instancia se desarrolla a

través de dos tribunales que resuelven la misma causa, por lo que, si con el recurso acusatorio, se obtuviera una segunda absolució, se obtiene una sentencia firme.

En síntesis, a lo largo de la investigación, vimos las diferentes posturas que rodean al querellante, en general. Vimos, como en primer lugar se discutió sobre su incorporación al sistema jurídico, encontrando muchas voces en contra. Vimos, como luego de incorporada la figura del querellante, se empezó a discutir sus facultades. Luego, observamos, como se comenzó el debate sobre el alcance de esas facultades, hasta donde llegaba su autonomía. Y finalmente, vimos como se discutió la facultad recursiva que le asiste.

Lo cierto es que, la consideración de la víctima en el proceso penal ha pasado a un primer plano, de alguna manera, se está volviendo a la restitución del conflicto a la víctima, no ya como el sistema totalitario que tenía en sus inicios, sino a través de instituciones jurídicas. Y ello, no tiene que menoscabar, necesariamente, los derechos del imputado. Por el contrario, es una manera de permitir a la sociedad, la participación en el ejercicio del poder.

Y muestra de ello, es el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, el cual ha dotado a la víctima de una mayor protección procesal. Se ha puesto fin a la discusión acerca de su autonomía. Pues, se ha regulado un querellante autónomo, el cual podrá dirigir el proceso penal en forma exclusiva, en aquellos casos donde el Ministerio Público Fiscal, considere conveniente aplicar un criterio de oportunidad o bien solicitar el sobreseimiento del imputado. El nuevo sistema, le ha otorgado a la víctima, una nueva herramienta, para lograr la recomposición del daño que ha sufrido; la conversión de la acción pública en acción pública de ejercicio privado. Facultad que, consideramos importantísima, si tenemos en cuenta la injusticia que representa para la víctima la aplicación de un criterio de oportunidad, donde es la propia ley la que le permite al Fiscal, no iniciar la persecución penal o suspender la ya iniciada, o limitarla o incluso hacerla cesar definitivamente.

La aplicación del criterio de oportunidad, producirá la extinción de la acción pública, y lo novedoso del nuevo sistema, es que la víctima tendrá derecho a proseguir con el proceso penal de manera autónoma.

Lo mismo ocurre, cuando el Ministerio Público Fiscal solicita el sobreseimiento del imputado.

Así, queda claro que el nuevo rol del querellante, es un rol autónomo, sustitutivo del Ministerio Público Fiscal, quien en principio conserva el ejercicio de la acción penal pública.

Como vemos, esta conversión de la acción, regulada en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063), le permite al querellante iniciar por sí, de manera autónoma, un proceso que ha descartado el Ministerio Público, con lo que encontramos otro argumento a favor del alcance amplio de la facultad autónoma. Pues, siempre que el fiscal desestime la denuncia – tomando la acepción general de la palabra – el querellante, puede solicitar proseguir con el proceso penal, formalizando la elevación de la causa a juicio, en solitario.

Respecto del derecho al recurso, vimos que tanto la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconocen un derecho fundamental del recurso, pero sólo se han pronunciado respecto del imputado. Es decir, interpretan que el derecho a la doble instancia, es un derecho exclusivo del acusado por un delito penal, evitando hasta la fecha pronunciarse sobre el derecho al recurso, que consideramos, le corresponde de igual manera, al querellante.

En este sentido, ya expresamos la importancia de la tutela judicial efectiva de la que goza la víctima, la cual comprende un derecho a la jurisdicción igual al que goza el imputado. Con lo cual consideramos que ese derecho, a la doble instancia, le está garantizado también al querellante. Y aquí, el nuevo texto del Código Procesal Penal de la Nación, nos da nuevamente la razón. Pues, el artículo 312 establece que será posible impugnar una sentencia absolutoria y establece las causales, entre ellas, se destaca la siguiente: “cuando no se observare el derecho a la tutela judicial de la víctima.” Como ya expusimos, este derecho comprende entre otros, el derecho a utilizar los recursos. Y el nuevo Código, va más allá, regulando este derecho a la tutela judicial efectiva, en su artículo 12, expresando que: “la víctima tiene un derecho a una tutela judicial efectiva, a participar del proceso penal en forma autónoma y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto”.

Más allá de las posiciones a favor y en contra, consideramos que la nueva normativa es un gran avance para la víctima. Pues, le permite sortear las cuestiones de política criminal o procesal, que muchas veces la deja sin una reparación justa, frente al daño soportado.

Definida nuestra posición, no olvidamos que, el derecho penal nació para impedir la venganza privada, sustituyendo a la víctima por un tercero imparcial. Pero también creemos, que el olvido que ha sufrido aquella, sumado a la ineficacia del sistema procesal penal en la práctica, nos lleva a justificar la autonomía del querellante y su legítimo derecho al recurso.

Sólo falta ver, la aplicación que harán nuestros tribunales de la nueva normativa y si ello posibilitará una mayor protección a la víctima.

BIBLIOGRAFIA

I. Doctrina

- Almeyra, M. A. (2003). El desplazamiento del querellante conjunto ¿apelación o excepción? *Revista de Derecho Procesal: defensas y excepciones*, 235-248.
- Almeyra, M. A. & Báez, J. C. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: La Ley.
- Ayan, M. N. (2001). *Recursos en materia penal, principios generales*. Córdoba: Lerner.
- Ayan, M. N., Cafferata Nores, J. I., Montero, J. R., & Ferrer, C. F. (1992). *Estudio sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba*. Córdoba: Lerner.
- Barberá de Risa, M. C. (2007). *Derecho al recurso – No es abandono de los requisitos formales*. Córdoba: Alberoni.
- Binder, A. M. (1999) *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Bovino, A. (1998). *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Cafferata Nores, J. I. (2000). *Fundamentos y límites del recurso acusatorio contra la sentencia absolutoria*. *Revista de Derecho Penal Integrado*, año I – N° - 2000.
- Cafferata Nores, J. I. (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad.
- Castex, F. (2010). *La autonomía del querellante*. [versión electrónica] *Sup. Penal* 2010 (septiembre), 168 – Cita online: AR/DOC/5946/2010.
- Castex, F. (2013). *Sistema acusatorio material*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Castro Milani, J.O. (2012). *Las facultades del querellante en la instrucción*. *La Ley* 2014-a, 681 – *Sup. Penal* 2014 (febrero), 6. Cita Online: AR/DOC/21/2014
- Chiara Díaz, C. A., Castex, F. & Almeyra M. A. *Cuestiones conflictivas del proceso penal. Actuación del querellante – Garantía del doble conforme – Elevación a juicio e intervención del Juez de instrucción*. *La Ley* 25/2/2012,3 – LALEY2012-F, 782. Cita online: AR/DOC/5367/2012.

- Clariá Olmedo, J. A. (2008). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Clariá Olmedo, J. A. (1960). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediar.
- D´Albora, N. F. (2014). *La necesaria reforma del Código Procesal Penal de la Nación (Una nueva oportunidad para saldar una deuda pendiente)* [versión electrónica]. La Ley 03/11/2014, 1- LA LEY2014-f-744. La ley on line, AR/DOC/3975/2014, 1-16.
- Díaz Cantón, F. (2006). *La relación entre el recurso de casación penal y el recurso extraordinario federal: panorama y prospección*. 9/10/2006. Suplemento Penal de ElDial.com (El Dial, DC9E4)
- Esteve, D. & Oribe, J.J. *Un avance del querellante en el proceso penal*. La Ley 18/10/2010, 7- LALEY2010 – E, 635. Cita Online: AR/DOC/7001/2010
- Franceschetti, G. D., & Gamba, S. B. (2014). *El Querellante – La reivindicación de la víctima en el proceso penal*. Rosario: Nova Tesis.
- González Álvarez, D. (2007). *Derecho Procesal Penal Costarricense*. San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.
- Gozaini, O. A. (2004). *El Debido Proceso*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni
- Hernández De Lamotte, D. (2013). *La participación de la víctima y del querellante particular en la persecución de delitos*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- Jauchen, E. M. (2006). *Derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior*. Revista de Derecho Procesal Penal Ed. Rubinzal Culzoni, 2006 – 2.
- Lavene, R. (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Depalma.
- Maier, J. B. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del puerto.
- Maier, J. B., Ambos, K., & Woischnik, J. (2000). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Maier, J. B., Bovino, A. & Díaz Cantón, F. (2004). *Los recursos en el procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Namer, S. E. (2009). *Autonomía del querellante y el Derecho a la jurisdicción. El sistema penal de las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos.*, 319-352.

- Pandolfi, O. (2009). *“El derecho del imputado a un acusador penal único (o a un solo discurso del que defenderse)”*. Buenos Aires: El Dial.
- Pastor, D. (2001). *La nueva imagen de la casación penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Romero Villanueva, R. A., & Grisetti, R. A. (2015). *Código Procesal Penal de la Nación comentado*. Buenos Aires: La Ley.
- Sagues, N. (2000). *La instancia judicial plural en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*. La Ley T. 1988 – E – III p. 160.
- Sienra Martínez, A. (2001). *La facultad del Ministerio Público de recurrir la sentencia en contra del imputado: su inconstitucionalidad*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Solimine, M. A., & Pirozzo, J. D. (2008). *Recursos y otros remedios para el control de las decisiones de jueces y fiscales*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Soria, V. & José, C. (2011). *El querellante: ¿Sujeto adhesivo o autónomo?* [Versión electrónica] Sup. Penal - La Ley 2011. F. 1045. Cita online: AR/DOC/2916/2011.
- Steiner, C., & Uribe, P. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*. Plural Editores.
- Vallone, F. (2012). *La intervención del querellante en el juicio oral*. Revista de Derecho Penal y Criminología. La Ley II- N°1. Córdoba: La Ley
- Varela Soria, C.J. (2011). *El querellante: ¿Sujeto adhesivo o autónomo?* Suplemento Penal 2011. 9-LALEY2011-F.
- Vivas Ussher, G. (1999). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Alveroni.

2. Jurisprudencia

- CSJN, 13/8/1998 “Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación”. (Fallos 321:2021)
- TSJ, “Maldonado, Jonathan Roberto y otro p.ss.aa. lesiones graves calificadas, etc. – Recurso de Casación (Sac 1337076).” Resolución 170, Año 2015, Tomo 5, Folio 1316 – 1324.
- CNCP, Sala II, 15/7/2010, “Storchi, Fernando y otros”. Registro 16.836.
- CSJN, 23/12/2010, “Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4.302”. (Fallos 327:5863)

- CNACC, Sala I, “Storchi, Fernando” 8/3/2003. Causa 21.229.
- Corte IDH. Opinión consultiva OC-9/87, op. cit., párr. 27; Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, op. cit, párr. 69 y Caso Nadage Dorezema y otros vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 156.
- Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131.
- Corte IDH. Caso Vélez Loo vs Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 143.
- Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2010, Serie C No. 112, párr. 209.
- Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 75.
- Corte IDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 146, y caso Dacosta Cadogan vs Barbados. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C No. 204, párr. 84.
- Corte IDH. Caso Blake vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C No. 36, párr. 97.
- Corte IDH. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 149; Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, párr. 69 a 71.
- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, op. cit. párr. 158 y 161, y Caso Mohamed vs. Argentina, párr. 97.
- Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 171.
- Corte IDH. Caso Mohamed vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2012, párr. 119.

- Corte IDH. Caso “Castillo Petruzzi y otros” del 30 de mayo de 1999, serie C, Resoluciones y Sentencias No. 52.
- CSJN, “Arce, Jorge Daniel s/ Recurso de Casación”, Fallo 320:2145, 14/10/97.
- CSJN, “Jáuregui, Luciano A.”, 15/3/1988, Fallo 311:274.
- CSJN, “Girolodi, Horacio y otro”, 07/04/1995, Fallo 328:514.
- CSJN, “Marcilese, Pedro Julio y otros s/ homicidio calificado. 15/08/2002. Fallo: 325:2005
- Green vs. U.S., 1975, U.S. vol. 335, ps. 184 y ss.
- Informe 17/94, caso 11.086, “Maqueda”, 9/2/1994 e Informe 55/97, caso “Abella”, 18/11/1997.

3. Legislación

- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, resolución 40/35, Asamblea General, 1985.
- Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984.
- Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063.
- Código Penal de la Nación, ley 11.179.
- Código Procesal Penal de Córdoba, ley 8.123.
- Código Procesal Penal de Santa Fe, ley 12.734.
- Código Procesal de Entre Ríos, ley 9.754.
- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Código Procesal Penal de Guatemala, Decreto 51-92.
- Código Procesal Penal de la República de Costa Rica, ley 7.594.
- Código Procesal Penal de la República de Chile, ley 19.696.
- Convención Americana de Derechos Humanos, año 1.969.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, año 1966.
- Constitución de la Nación Argentina.