

REGISTRO Nro.: 18910

///la ciudad de Buenos Aires, a los 8 días del mes de julio del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente, y los doctores Luis M. García y W. Gustavo Mitchell como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado C.S.J.N., doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la resolución de fs. 135 de la causa n° 9544 del registro de esta Sala, caratulada: "Vestiditos S.A. y otros s/recurso de casación". Representa al Ministerio Público Fiscal el doctor Juan Martín Romero Victorica, al pretense querellante, Pablo P. Bernardou, los doctores Maximiliano A. Rusconi y H. Gabriel Palmeiro, y a la parte defensora los doctores Marcos G. Salt y Natalia Sergi.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Mitchell y en segundo y tercer lugar los doctores Yacobucci y García, respectivamente.

El señor juez doctor **W. Gustavo Mitchell** dijo:

-I-

1º) La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad resolvió declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto por el pretense querellante, contra la resolución dictada por la Juez de Instrucción, Dra. María C. Bertola, que desestimó la denuncia interpuesta por inexistencia de delito.

2º) Contra dicha decisión interpuso a fs. 138/156vta. recurso de casación el pretense querellante, el que fue rechazado, lo que motivó la queja de fs. 229/247 la que concedida a fs. 253/253vta.

3º) El recurrente encauzó su recurso bajo la invocación de ambos supuestos previstos en el artículo 456 del C.P.P.N.

En primer lugar, entendió que el tribunal realizó una errónea interpretación del art. 180 del Código Procesal Penal de la Nación, el que prevé en su último párrafo que la denuncia “...será desestimada cuando los hechos referidos en ella no constituyan delito, o cuando no se pueda proceder. La resolución que disponga la desestimación de la denuncia o su remisión a otra jurisdicción, será apelable, aun por quien pretendía ser tenido por parte querellante”.

Agregó que pese a esa disposición, el *a quo* entendió que era imposible sustanciar el recurso del acusador particular por haber existido un pedido de desestimación del Fiscal, por lo cual, la acción penal no se encontraría legalmente promovida.

Manifestó, que debido a esa errónea interpretación, se le negó la posibilidad de obtener una revisión de la decisión que desestimó por inexistencia de delito la denuncia efectuada.

Alegó, que contrariamente a la posición adoptada por el *a quo*, hay numerosa jurisprudencia que avala su tesitura. En ese sentido, citó un fallo de esta Sala II, “Lih Yuh Lin” en donde se afirmó que “[e]l querellante se encuentra legitimado para impulsar el proceso en solitario desde el comienzo de la causa penal, o en la etapa del juicio, sin que sea necesario, a tal efecto, el acompañamiento del Ministerio Público Fiscal”.

Mencionó en esa misma dirección, varios fallos de las distintas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, causas: “Ascolece, Silvia S.”; “Storchi, Fernando s/nulidad –homicidio culposo”; “Marín, Gastón Ignacio”; “Aramburu, Gustavo”, “Masola, Mirta”, entre otras.

Agregó que la postura sentada por la Corte en el fallo Santillán, no se vio alterada por el posterior dictado del fallo "Mostaccio", que retomó la doctrina de los casos "Tarifeño" y "Cáceres", pues en el primero lo que se discutía en concreto era si, formulada acusación en el debate oral por la querrela (y no por el Ministerio Público), podía el Tribunal igualmente dictar condena, lo cual fue resuelto en sentido positivo, inclinándose por la interpretación más amplia, acorde a una adecuada inteligencia de los tratados internacionales vigentes con jerarquía constitucional.

En definitiva, manifestó que a la luz de la reseña jurisprudencial realizada, y brindando un adecuado alcance a los precedentes de la CSJN, surge de un modo patente que la interpretación realizada por el *a quo* es arbitraria, y que no satisface los requisitos básicos de fundamentación, conculcando de esta manera derechos constitucionales, y tratados internacionales. En virtud de lo expuesto, solicita que se haga lugar al recurso de casación interpuesto y en consecuencia se revoque la resolución recurrida. Dejó expresa reserva del caso federal.

4º) Que a fs. 288 la causa fue puesta en el término de oficina, conforme lo dispuesto en el art. 465 cuarto párrafo y art. 466 del C.P.P.N.

Que a fs. 291/298 vta. se presentaron los defensores particulares de Daniel Erejomovich, Jorge Alberto Erejomovich, Noemí Entebi de Erejomovich, Marcos Entebi y Pedro Russo, quienes solicitaron el rechazo del recurso de casación intentado por el pretense querellante.

Para ello argumentaron que "*permitirle actuar en solitario a la querrela desde un inicio del proceso, implicaría una suerte de "conversión de la acción" de pública en privada, cuando ello, tampoco, se encuentra previsto en el CP en la regulación del ejercicio de la acción (como sí se prevé en otros sistemas jurídicos)*".

Asimismo, que *“tampoco se encuentra previsto en nuestro sistema, ni podría regularse a través de fallos de los tribunales, ningún sistema de control interno de las decisiones de los agentes fiscales, denominado comúnmente “acuerdo de fiscales”. No es posible que los tribunales, con el objeto de continuar con los procesos en donde el fiscal de instrucción propugna el sobreseimiento o la desestimación de la denuncia, “logre” el impulso a través de “un” (cualquier) fiscal superior, inventando un control jerárquico interno dentro de la estructura del ministerio público (que no violente el CN 120) pero que no se encuentra previsto normativamente.”*.

En tal sentido manifestó que en los precedentes “Sotomayor, Oscar s/recurso de casación”, como en “Lurje” y “Storchi” de esta Sala, ya se ha resuelto la temática en el sentido que éste pretende.

Por ello, solicita se rechace el recurso de casación interpuesto.

Por su parte, el pretense querellante se presentó a fs. 300/312, y amplió los fundamentos de su recurso.

5º) Que a fs. 328, se dejó constancia de haberse celebrado la audiencia prevista en el art. 468 del código de forma.

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal considero que el recurso de casación interpuesto por el pretense querellante es formalmente admisible pues satisface las exigencias de interposición (art. 463) y de admisibilidad (art. 444) establecidas en nuestro ordenamiento ritual; y que si bien en principio no se trata de una sentencia definitiva o de aquellos autos señalados en el art. 457 del Código Procesal Penal, cabe equipararla en este caso a tal, pues surge que la decisión impugnada puede ocasionar un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior en la medida que se encuentran en juego garantías de raigambre constitucional (cfr. *mutatis mutandi* CSJN D. 199 XXXI.X, “Di Nunzio, Beatriz Herminia s/excarcelación s/recurso de hecho” rta. el 3/5/05 -

Fallos 328:1108-; B. 320. XXXVII.; "Banco Nación Argentina s/sumario averiguación defraudación" rta. el 10/4/03 –Fallos 326:1106-).

-III-

Compulsadas que fueron las actuaciones, de la lectura de la resolución recurrida y del análisis de las pretensiones del impugnante advierto, en primer término, que le asiste razón al recurrente.

Y ello es así pues partiendo de las especiales circunstancias que rodean el presente caso se torna aplicable lo expuesto al emitir mi voto *in re* "Lurje, Ricardo Amado s/recurso de casación" (Reg. 16543.2 rta. el 3/6/10) y "Storchi, Fernando Martín y otros s/recurso de casación" (Reg. 16836.2 del 15/7/10) -a cuyas consideraciones me remito *mutatis mutandi*-

En virtud del criterio que guardo y que quedara expuesto en los precedentes citados, afirmé que en "Santillán" el Máximo Tribunal aclaró, con carácter previo, que las circunstancias que concurrían en el caso diferían sustancialmente de aquéllas que dieron origen al precedente "Tarifeño" habida cuenta de que en ese caso las partes legitimadas para ello no habían formulado acusación alguna durante el proceso, mientras que en el examinado, pese al pedido de absolución fiscal durante los alegatos, el querellante particular había solicitado en esa ocasión la imposición de una pena.

La Corte invocó la doctrina de Fallos 125:10; 127:36; 189:34, 308:1557 entre otros, según la cual se estableció, al precisar qué debe entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del art. 18 de la CN, que esta norma exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (cfr. Considerando 9º).

Sostuvo que "*de ello se sigue que la exigencia de acusación,*

como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto o contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula (Fallos: 143:5)” (Considerando 10).

Y afirmó con sustento en el derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en esa disposición constitucional y reconocido en los arts. 8º, párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -que alude a la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos: 199:617; 305:2150, entre otros) *que todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma (Fallos: 268:266, considerando 2º) - cfr. Considerando 11-.*

Evocó que tal argumentación ya había sido utilizada por la Corte al resolver en el año 1967 en el conocido precedente “Otto Wald” (Fallos: 268:266), que modificó sustancialmente la jurisprudencia imperante a la sazón de que las garantías constitucionales estaban concebidas sólo a favor del imputado, de conformidad con el criterio propuesto por el Procurador General Eduardo Marquardt -quien siguió la línea de su antecesor Ramón Lascano en “Cincotta” (Fallos 262: 144 -del año 1965-) que había dictaminado a favor de que se concediera la instancia extraordinaria al querellante, con miras a la obtención de una condena.

En efecto, según surge de los considerandos primero y segundo, la Corte atendió la cuestión planteada por el Procurador General con relación a la jurisprudencia según la cual el recurso extraordinario no debía concederse al querellante y apartándose de los pronunciamientos en los que se

afirmaban esas limitaciones, sostuvo que *“todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandante o demandado; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en la Constitución. No se observa, en efecto, cuál puede ser la base para otorgar distinto tratamiento a quien acude ante un tribunal peticionando el reconocimiento o la declaración de su derecho -así fuere el de obtener la imposición de una pena- y el de quien se opone a tal pretensión, puesto que la Carta Fundamental garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento -civil o criminal- de que se trate”* (Considerando 2°).

Es decir, el hecho de que la ley otorgue a un sujeto personería para estar en juicio implica que se halle amparado por la garantía del debido proceso legal a la luz de la cual le asiste el derecho a obtener una sentencia fundada, con prescindencia del rol que cumpla.

Volviendo a “Santillán”, la Corte finalmente expresó *“que ello es así aun cuando el a quo estimase, en el marco de atribuciones que le competen en materia no federal, que la norma procesal ofrece distintas interpretaciones posibles, caso en el cual no debió optar por aquélla que -como en el sub lite- ha ido en desmedro de una adecuada hermenéutica de las normas en juego, con serio menoscabo de los derechos asegurados por la Constitución Nacional al privar al particular querellante, a quien la ley le reconoce el derecho a formular acusación en juicio penal, de un pronunciamiento útil relativo a sus derechos, pues esta interpretación dejaría a aquel vacuo de contenido”* (Considerando 15).

Infiero de los párrafos transcriptos que el Máximo Tribunal, al

reconocer autonomía a la acusación del querellante en la ocasión del art. 393 del CPPN ante el pedido fiscal de absolución, está garantizando concretamente el derecho a la jurisdicción de todo aquel que se sienta ofendido por un delito.

Y lo expuesto en el considerando 10 reviste cabal importancia en cuanto al papel que se le atribuye al querellante particular en los delitos de acción pública al destacar la inexistencia de distingo alguno entre acusación 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 (*iuris dictio*).

A mi ver, y así lo he dejado sentado en esta Cámara, a partir de “Santillán” resulta posible la actuación en solitario de la querrela con miras a 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.

No encuentro razón válida alguna para reconocerle atribuciones durante una etapa del proceso y en cambio, retaceárselas en otras. Tampoco se colige de los considerandos del fallo en cuestión que las facultades reconocidas se encuentren ceñidas exclusivamente al debate. Sostener una hermenéutica contraria implicaría caer en lo que precisamente la Corte intenta impedir con la advertencia formulada en la parte *in fine* del último considerando antes citado.

Siguiendo tal inteligencia he adscripto a un criterio amplio en cuanto a la participación que al ofendido por un delito de acción pública le cabe en el proceso penal, quien podrá vgr. impulsarlo, proporcionar elementos de prueba, proponer diligencias, argumentar sobre los elementos convictivos

incorporados a la causa, recurrir las resoluciones que le causen agravio, en los casos expresamente previstos en el código, facultad incluso otorgada al pretense querellante. Intervención ésta que impone a la jurisdicción la obligación de expedirse con relación a la viabilidad de las pretensiones del querellante, lo que no significa, por más obvio que resulte aclararlo, que los jueces se encuentren obligados a seguir a esa parte en todas sus alegaciones o a acoger favorablemente sus pedidos.

En el último sentido señalado, he sostenido, al votar en varios precedentes de esta Cámara, que tanto el querellante como quien pretende serlo tienen habilitada la vía de impugnación ordinaria contra una resolución desestimatoria precedida de un expreso pedido fiscal en esa dirección. Concluyendo que la desestimación del caso a instancia del Ministerio Público Fiscal no obsta a la prosecución del proceso con el impulso de la querrela en solitario (cfr. mi voto en disidencia *in re* “Gallina, Mario y otros s/ rec. de casación”, causa n° 10194, rta. el 23 /02 /10, Reg. n° 15.921 de esta Sala II, entre otras.).

Y asimismo, que incluso el querellante en ciernes puede interponer recurso de casación contra la resolución que no le reconoce legitimación como tal (Plenario n° 11 de esta Cámara *in re* “Zichy Thyssen, Federico, Ivanissevich Alejandro s/ rec. de inaplicabilidad de ley”, del 23/6/06).

En la misma dirección, al votar *in re* “Li Yuh Lin, s/ rec. de casación” causa n° 5861, rta. el 21/9/05, Reg. n° 7968 de esta Sala, sostuve que “el querellante se encuentra legitimado para impulsar el proceso en solitario desde el comienzo de la causa penal, o en la etapa de juicio, sin que sea necesario, a tal efecto, el acompañamiento del Ministerio Público Fiscal. A ello aduné que “para poder llevar a ese momento -art. 393- los efectos del fallo “Santillán” deben retroceder al período de elevación a juicio, porque de tener asidero la postura que

propicia el recurrente, lo resuelto por la Corte no tendría los alcances indicados”.

En todos esos precedentes he reconocido al querellante amplias facultades en el ejercicio de su pretensión.

-IV-

Se desprende de la doctrina del Alto Tribunal que el querellante se encuentra legitimado para impulsar el proceso en solitario desde el comienzo de la causa penal, o en la etapa de juicio, sin que sea necesario, a tal efecto, el acompañamiento del Ministerio Público Fiscal como acusador y sólo como parte necesaria, por lo que no puede ser apartado.

De ello se colige que el *a quo* realizó al inicio de este proceso una errónea interpretación del artículo 180 del ritual, como aduce el pretenso querellante.

Por lo expuesto, propicio al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto, sin costas, anular la resolución de fs. 135 y en consecuencia remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se dicte un pronunciamiento conforme a la doctrina aquí establecida.

El Señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

-I-

Coincido con el juicio de admisibilidad formal expuesto por el colega preopinante.

-II-

Con respecto a los agravios señalados por la pretensa querrela, debo en primer término considerar a la luz del artículo 180 del C.P.P.N. lo resuelto por el *a quo*.

En efecto, es el propio art. 180 del C.P.P.N. que, en su último

párrafo, regula la cuestión al establecer que *"la resolución que disponga la desestimación de la denuncia o su remisión a otra jurisdicción, será apelable, aún por quien pretendía ser tenido por parte querellante"*.

De conformidad con esa norma, en el presente caso, el recurrente se hallaba legitimado para apelar y, consecuentemente, la Cámara de Apelaciones debió entender en el recurso interpuesto ejerciendo su jurisdicción, siendo que para ello nada obstaba que el representante del Ministerio Público, en la oportunidad que le confiere el art. 180, 2º párr., del C.P.P.N., haya propiciado la desestimación de las actuaciones.

Es que de acuerdo con una interpretación literal, basta con la lectura de la norma para darse cuenta que su letra admite específicamente el derecho de impugnación por parte del pretense querellante respecto de la desestimación de la denuncia. Entonces, no cabe duda de que la Cámara de Apelaciones se encuentra de hecho habilitada para entender y decidir sobre el recurso interpuesto en estos términos.

En el mismo sentido se pronuncian Navarro y Daray, señalando que *"el derecho a apelar del art. 180 se vincula exclusivamente al caso de la ausencia de requerimiento fiscal, lo que explica que sólo se aluda allí al recurso del pretense querellante, silenciando el del fiscal (adversamente a cuanto ocurre en el art. 195)"* (cfr. Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo I, Editorial Hammurabli, 2º edición, Bs. As., 2006, pág. 483).

Sobre la cuestión, tengo dicho que la admisión del querellante particular en los procesos que motivan los delitos de acción pública es una cuestión librada a las leyes procesales respectivas, y su exclusión no compromete principio constitucional alguno (Fallos: 252:195, y sus citas). Por lo demás, esto no se ha visto modificado por la incorporación al orden interno, con jerarquía

constitucional, de los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22 de la C.N.). La interpretación que se propone se condice con nuestro ordenamiento procesal, y la línea jurisprudencial que emana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que progresivamente se ha pronunciado en el sentido de reconocer algunas facultades de la querrela a los fines del impulso del proceso penal en la instancia del debate (*cf.* mi voto en la causa N° 8.184, “Rodríguez Guitán s/ recurso de casación”, rta. 1/07/08, reg. N° 12.074).

Desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el entendimiento que la facultad reconocida por la ley adjetiva a los particulares de constituirse como parte querellante en procesos donde se investigan los delitos de acción pública, no opera como si fuera un derecho de propiedad en el sentido que le brinda la ley civil, sino que se trata de una mera concesión de la ley susceptible de ser suprimida en todo tiempo (Fallos 143:5 y 299:177). Entonces, el querellante no tiene un derecho constitucional para intervenir en la causa criminal como tal, ni ha de promover por sí la condena penal de terceros (Fallos 143:5, 252:195 y sus citas). En su virtud, la admisión de esta figura en el sistema procesal hoy día vigente es un tema que resulta de competencia de las leyes respectivas y su exclusión o limitación, por tanto, no altera derecho constitucional alguno (Fallos 252:195 y sus citas).

Surge de estos presupuestos que resulta evidente que la actividad del particular ofendido dentro del proceso penal no posee fundamento en la constitución histórica y por lo tanto debe ser regulada de acuerdo con las finalidades sistemáticas que le otorgue la ley ordinaria. Y esta circunstancia, como se dijo, no cambió con la suscripción de diversos tratados internacionales, ni con su integración al plexo constitucional tras la reforma de 1994.

En efecto, esos tratados establecen el derecho a acceder a un recurso judicial efectivo que ampare al individuo contra todo acto de agentes del Estado o de particulares que violen sus derechos reconocidos por esos instrumentos, por la Constitución o por la ley (art. 8 de la Declaración Universal

de Derechos del Hombre, art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 2, inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Sin embargo, no existen indicadores de que el recurso al que aluden esos preceptos sea equivalente a un derecho de acusación privada por quien resulta víctima de un delito.

Observo tras el análisis de las actuaciones que ningún representante del Ministerio Público Fiscal ha promovido la instrucción mediante el requerimiento de estilo y, tal como surge a fs. 88/89 vta., el señor Fiscal Mariano Donoso Castex ha propiciado la desestimación de las actuaciones por inexistencia de delito y, luego, a fs. 100/102 obra la sentencia de la Juez de Instrucción que desestimó la denuncia. Asimismo, el fiscal fue notificado de dicha decisión, tal como surge a fs. 102 vta.

Frente a ello, la pretensa querrela interpuso recurso de apelación en solitario contra la desestimación de la denuncia a fs. 120/129 que, concedido a fs. 130, fue declarado mal concedido a fs. 135 por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad en el entendimiento de que *"...toda vez que el ministerio público, único órgano facultado para promover, la acción penal en los delitos como el que aquí se investiga, ha propiciado la desestimación de las presentes actuaciones por inexistencia de delito (cfr. fs. 88/89); no resulta posible sustanciar el recurso interpuesto..."*.

Ahora bien, el Fiscal General ante la Cámara -superior jerárquico del que solicitó la desestimación- no fue debidamente notificado del trámite recursivo iniciado.

Si hubiese sido notificado, podría haber optado entre adherir al recurso o no tomar intervención y guardar silencio. De este último supuesto se hubiese podido inferir, y con carácter concluyente, que el Fiscal General no

encontraba razones para revisar la postura desestimatoria asumida por el Fiscal de instrucción y apartarse de ella, circunstancia que hubiese salvado el debido proceso legal.

Se debe poner de relieve, igualmente, que si bien el último párrafo del art. 180 del C.P.P.N. le reconoce al pretense querellante el derecho de apelación contra la decisión de desestimación de la denuncia, el desenvolvimiento posterior del proceso debe superar un *test* de conformidad con el art. 120 de la Constitución Nacional. Todo ello a la luz de lo resuelto por la Corte Suprema *in re* “Quiroga” (Fallos 327:5863), en donde se dispuso que ninguna Cámara de Apelación, ni siquiera por vía de recurso, podría imponer a los representantes del Ministerio Público la promoción de una acción que estiman no corresponde llevar adelante, y menos aún obligarlos a intervenir en el proceso cuando a su juicio determinaron que no debe haber proceso (ver, entre otros, mi voto en la causa N° 12.341, “Lurje, Ricardo Amado s/ recurso de casación”, rta. 3/06/10, reg. N° 16.543 y el voto del Dr. García al que adherí en la causa N° 9.577, “Baldi, Eduardo Alberto s/ recurso de casación”, rta. 31/03/2009, reg. N° 14.181).

En definitiva, si -como en el presente- el juez de instrucción dispone la desestimación de la acción conforme lo solicitado por el Sr. Fiscal, el querellante -o mejor, quien pretende serlo- podrá interponer el recurso de apelación para obtener la revisión de lo decidido por el juez.

Con esta garantía se satisfacen entonces las exigencias del debido proceso para todos los implicados en el conflicto y se respetan las reglas legales y constitucionales que regulan la cuestión.

Si bien el ámbito jurisdiccional no puede avanzar sobre la autonomía que el art. 120 de la Constitución Nacional otorga al Ministerio Público; la apelación aquí analizada y la consiguiente posibilidad de obtener una vía efectiva de revisión de la opinión del fiscal de instrucción, de acuerdo a la notificación del Fiscal General y el control del *a quo*, encuentran respaldo en el código de rito y atienden al debido proceso.

Aplicando esta doctrina al caso de autos, advierto que aún ante la falta de impulso fiscal, con la resolución de la Cámara de Apelación desestimando el recurso de apelación, el pretense querellante no ha visto satisfecho sus derechos.

Evidentemente, los planteos del recurrente en esta instancia alteran el razonamiento de la sentencia atacada toda vez que no se ha respetado el debido proceso legal. Es por estas razones que considero que la Cámara de Apelaciones no ejerció adecuadamente su control sobre lo resuelto por el inferior ya que no habiéndose notificado correctamente al Fiscal General sobre el recurso interpuesto y no habiendo ejercido el adecuado control sobre la desestimación dispuesta por la juez de instrucción, no se ha satisfecho el objeto del recurso previsto en el último apartado del art. 180 del C.P.P.N.

-III-

Por las razones expuestas en el punto que antecede, adhiero a la solución propuesta en primer término en cuanto hace lugar al recurso de casación, anula la resolución de fs. 135 y remite las actuaciones al tribunal de origen para que proceda conforme a la doctrina aquí establecida, sin costas.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

Concuerdo con los jueces que me han precedido en la votación en que el recurso de casación interpuesto a fs. 138/156 vta. satisface las exigencias de admisibilidad; además el pronunciamiento impugnado cae bajo la enumeración del el art. 457 C.P.P.N. en tanto impide el progreso de la acción, y además, resuelvo de modo definitivo la situación del pretense querellante. Anticipo que

concordaré con la solución que se propicia aunque por las siguientes razones.

-II-

La cuestión debatida reconduce a las que abordé al emitir mi voto sobre el alcance del art. 180 C.P.P.N. por primera vez en el caso “Rodríguez Guitián, José A./recurso de casación”, (causa n° 8184, registro n° 12.074, rta. 01/07/08). Señalé en esa oportunidad que: “[...] *Si hay algo que a mi modo de ver parece evidente es que el legislador no ha querido conceder al pretense querellante un poder autónomo de habilitar la apertura del proceso penal por delitos de acción pública. Esto surge con claridad de la lectura conjunta de los arts. 195, 180, 186, 188 C.P.P.N.*”.

Agregué que: “[...] *En la interpretación de esas disposiciones no encuentro ningún posible conflicto con la Constitución. En efecto, desde antiguo la Corte Suprema se ha pronunciado en el sentido de que el querellante no tiene un derecho constitucional para intervenir en la causa criminal como tal, ni a obtener la condena penal de terceros (Fallos: 143: 5; 252:195 y sus citas.); puesto que la facultad reconocida por la ley a los particulares de hacerse parte querellante en los delitos de acción pública no es un derecho de propiedad en el sentido de la ley civil, sino una mera concesión de la ley susceptible de suprimirse en todo tiempo (Fallos: 143:5; y 299:177) y, en todo caso, la admisión del querellante particular en los procesos que motivan los delitos de acción pública es cuestión librada a las leyes procesales respectivas, y su exclusión no compromete principio constitucional alguno (Fallos: 252:195, y sus citas). Esta discreción concedida por la Constitución, no se ha visto modificada por la incorporación al orden interno, con jerarquía constitucional, de los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN). Si bien en ellos se establece el derecho a acceder a un recurso judicial efectivo que ampare contra todo acto de agentes del Estado o de particulares que violen sus derechos reconocidos por esos instrumentos, por la constitución o por la ley (arts. 8*

DUDH, 25 CADH, 2.3 PIDCP), nada indica que el recurso de 'protección' sea equivalente a un derecho de acusación privada de quien se pretende víctima de un delito. Hasta ahora la jurisprudencia de los órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos de derechos humanos señalados en el art. 75, inc. 22, C.N. no han inferido la existencia de un derecho autónomo de las víctimas, derivado de alguno de esos instrumentos, para perseguir por sí y obtener la condena de los delitos de los que se dicen víctimas".

También expresé allí que: "[...] ni la Comisión ni la Corte IDH han declarado que de los arts. 8 y 25 CADH pudiese inferirse un derecho de toda persona a formular por sí acusación para obtener la condena por un delito. La Comisión IDH ha tenido oportunidad de pronunciarse con relación a las facultades del querellante antes de la entrada en vigencia del actual CPPN, y ha declarado que el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, sólo en los sistemas que lo autorizan, deviene un derecho fundamental del ciudadano (Comisión IDH, informe 28/92, caso 10.147, 'Herrera, Alicia Consuelo', §§ 33 y 34). Más aún, toda la doctrina que puede extraerse de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de la víctimas de violaciones de derechos humanos se sintetiza en la idea de que debe asegurárseles a éstas un derecho de acceso a todas las instancias de los procesos penales, pero de ningún modo la Corte ha llegado a declarar que las víctimas tuviese un derecho de acusación derivado directamente de la Convención. Al respecto sirve de ejemplo la sentencia del caso 'Bulacio' (Corte IDH, 'Bulacio vs. Argentina', 18/09/2003, Serie C, nro. 100). Allí los requirentes -familiares de la víctima- habían pretendido que la Corte IDH impusiera al Estado argentino el deber de 'garantizar que la familia Bulacio sea incorporada a la causa penal como querellante' (confr. § 106, letra a). La Comisión IDH, que había sostenido muchas de las pretensiones de los requirentes, no sostuvo ésta (confr. §§ 107 y

ss.), y la Corte no declaró la existencia de un derecho de ‘querrela’, sino de ‘tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana’ (Ibídem, § 121). En otros términos, el derecho de participación no ha sido entendido como derecho de acusación”.

Agregué que: “ [...] toda la doctrina que se ha elaborado paulatina y evolutivamente, y que ha culminado en la definición del deber del Estado de investigar, perseguir y castigar las graves violaciones a los derechos humanos, tiene su anclaje en la responsabilidad del Estado por no haber cumplido sus deberes de garantía derivados de los arts. 1 y 2 CADH, y más tarde en el derecho a la protección judicial del art. 25 CADH. Existe una distancia muy grande entre sostener que el Estado tiene ese deber de protección judicial como fruto de una obligación propia, y no como mera gestión de intereses particulares, y sostener que el Estado tiene el deber de procurar a los particulares una acción para promover por sí la persecución y la condena de una persona por cualquier delito del que se consideran víctimas. Tampoco el Comité de Derechos Humanos, como órgano autorizado de interpretación del PIDCP, ha inferido del art. 14 que los individuos pudieran reclamar un derecho, de raíz internacional, a que los Estados Partes les reconozcan, en cuanto víctimas, un derecho de acción o acusación penal (HRC, Comunicación nro.213/1986, caso ‘H.C.M.A. v. Países Bajos’, de 30 de marzo de 1989, § 11.6; tb. Comunicación nro. 396/1990, caso ‘M. S. v. Países Bajos’, de 22 de julio de 1992). El Comité ha sido claro en distinguir los dos niveles a los que me he referido en el párrafo anterior, en el sentido de que si bien ‘ha mantenido reiteradamente que el Pacto no prevé que los particulares tengan derecho a reclamar que el Estado enjuicie penalmente a otra persona. [...] no obstante, [...] el Estado Parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables

de esas violaciones' (HRC, Comunicación n° 612/1995, caso 'Villafañe Chaparro, José Vicente y Amado', de 19 de agosto de 1997, § 8.8, con cita de las Comunicaciones Nros. 213/1986 'H.C.M.A. c. Países Bajo', de 30 de marzo de 1989, § 11.6; Nros. 275/1988 'S.E. c, Argentina', de 26 de marzo de 1990, § 5.5; Nros. 343 a 345/1988, 'R.A., V.N. y otros c. Argentina', de 26 de marzo de 1990, § 5.5; y también Comunicación n° 322/1988, caso 'Hugo Rodríguez vs. Uruguay', de 19 de julio de 1994, §§ 6.4, 12.3 y 12.4)".

Asimismo destacué que: "*Es ilustrativo señalar que también en la jurisprudencia y doctrina sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo artículo 6.1 es análogo al texto de los arts. 14, inc. 1 y 8, inc. 1, de los instrumentos internacionales citados, se sostiene en términos coincidentes que el Convenio no garantiza al individuo un derecho a promover, por su propia cuenta, una acción penal (TEDH, 'Helmets c/ Suecia', Serie A, vol. 202-A, § 29). La doctrina sobre ese instrumento explica que ello es así pues el derecho de acceso a la jurisdicción art. 6.1 CEDH no comprende el derecho de los particulares a promover una acusación criminal, en tanto este artículo sólo se refiere a los derechos de personas contra los que se dirige una imputación penal (confr. HARRIS, D.J./ O'BOYLE, M. / WARBRICK, C., Law of the European Convention on Human Rights, Londres-Dublin-Edinburgo 1995, pp. 166 y 197; GOMIEN, Donna / HARRIS, David / ZWAAK, Leo, Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe Publishing, Estrasburgo 1996, p. 157)*". Y agregué que: "*Por lo demás, no debe perderse de vista que la interpretación del derecho a la jurisdicción en los instrumentos internacionales de derechos humanos debe tener en cuenta el marco multilateral en el que esos instrumentos rigen, que comprenden Estados signatarios en cuyas culturas y sistemas jurídicos no existe la institución del querellante u otras análogas, y que una interpretación contraria*

llevaría a declarar que un gran número de los Estados estarían en situación de infracción a esos instrumentos". Por lo que concluí que: "[...] no puede derivarse ni del artículo 18 de la Constitución Nacional, ni de los artículos 8.1 CADH, y 14.1 PIDCP, como derecho inherente a toda persona, el de acusar a otros por los delitos de los que puedan aparecer como víctimas. De allí que la decisión acerca de si debe o no reconocerse a las personas tal derecho, y en su caso de manera adhesiva o autónoma, ha sido librada al razonable marco de discreción del legislador doméstico tanto por la Constitución como por los instrumentos internacionales citados".

Desde esta inteligencia del art. 180 C.P.P.N. que no concede autonomía a los particulares para promover la instrucción de un proceso por delito de acción pública debe abordarse el examen de la pretensión del pretense querellante.

-III-

Aunque los arts. 195 y 180 C.P.P.N. no reconocen al pretense querellante capacidad para promover la instrucción, el último le da sin embargo el derecho de recurrir contra la decisión judicial que desestima la denuncia, y no hay razón para distinguir los casos en los que el fiscal ha instado la desestimación de la denuncia y el juez concuerda, de los casos en los que ha promovido la instrucción y el juez desestima el requerimiento de instrucción. Sin embargo, el último párrafo del art. 180 en cuanto reconoce al pretense querellante el derecho de apelación contra las decisiones de desestimación de la denuncia, debe ser interpretado de un modo que supere un test de conformidad con el art. 120 del Constitución Nacional.

En el precedente "Rodríguez Guitián" antes citado, sostuve que "a la luz de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re 'Quiroga' (Fallos: 327:5863), ninguna Cámara de Apelación, ni siquiera por vía de recurso, podría imponer a los representantes del Ministerio Público la

promoción de una acción que estiman no corresponde promover, ni menos aún, obligarlos a intervenir en el proceso cuando opinan que no debe haber proceso. Si el juez dispone la desestimación de la acción de conformidad con lo dictaminado por la fiscalía, el querellante, o quien pretende serlo, sólo podría interponer recurso de apelación para obtener la revisión por una Cámara de lo decidido por el juez".

Pero advertí que para que esa apelación pueda constituir alguna vía útil de control de la decisión de la fiscalía de promover la desestimación, deberá cumplirse el trámite de los artículos 454 y 455 C.P.P.N. - según ley 23.984-, en el que será obligado dar oportunidad de intervención al Fiscal de Cámara. Si éste opinara en contra de lo dictaminado por el agente fiscal, aquél elemento indispensable que es el impulso del titular de la acción penal estaría cumplido, y el proceso en condiciones de continuar. De lo contrario, si coincidiera con la petición de desestimación la Cámara podrá confirmar la desestimación en caso de estar de acuerdo, pero si entendiese que la desestimación es infundada, deberá declarar entonces que no se puede proceder por falta de instancia de la fiscalía, porque en definitiva el requerimiento de instrucción es un presupuesto procesal para el ejercicio de la jurisdicción.

Destaqué que "este modo de proceder salvaguarda la debida división entre las funciones requirentes y jurisdiccionales, porque de todas formas, aunque el fiscal de cámara requiriera la instrucción, subsistiría la jurisdicción que conserva el tribunal de apelación de confirmar la desestimación. Además constituye una vía apta, que puede inferirse de la necesaria participación del ministerio público en el trámite de la apelación, para habilitar el control interno jerárquico en el ámbito del ministerio público y para asegurar al pretense querellante una revisión por ese ministerio de los méritos de su pretensión".

Esta intervención encuentra asegurada una vía en el Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto establece que, concedido el recurso de apelación se emplazará a los interesados para que comparezcan a mantenerlo ante el tribunal de Alzada, a cuyo fin contarán con un plazo de tres días “*a contar desde que las actuaciones tuvieron entrada en aquél*” (art. 451). Dispone también que “*Siempre que el recurso sea mantenido y el tribunal de alzada no lo rechace con arreglo a lo previsto en el artículo 444, segundo párrafo, se decretará una audiencia*” en la cual “*Las partes podrán informar por escrito o verbalmente*” (art. 454, 2º párrafo). Como se advierte, la ley exige asegurar no sólo al recurrente, sino a todas las partes, la posibilidad de intervenir y ser oídos en el trámite de la apelación. Ello incluye dar posibilidad al Fiscal de Cámara para que se exprese sobre la cuestión traída en recurso. Es esa la oportunidad en la que el Fiscal de Cámara puede expresar si concuerda con la posición de su inferior jerárquico, o si es de opinión que corresponde promover la instrucción del proceso.

Las consideraciones emitidas en el caso “Rodríguez Guitián” pueden considerarse doctrina mayoritaria de esta Sala a partir de la sentencia dictada en la causa n° 9577 “Baldi, Eduardo A. s/recurso de casación” (Reg. n° 14.181, rta. el 31/03/2009). En la sentencia de la causa n° 12.341, “Lurje, Ricardo Amado s/ recurso de casación” (rta. 03/06/2010, Reg. N° 16.543) se explicitó que si el Fiscal General designado ante la Cámara no había tomado intervención y había guardado silencio al ser notificado de la radicación del recurso interpuesto por la querrela, debía inferirse, de modo concluyente, que no encontraba razón para revisar la postura desestimatoria asumida por la Fiscal de instrucción; y que ello impedía entonces que la Cámara impulsara el proceso.

-IV-

Al examinar este caso bajo esos parámetros, observo que el recurso de apelación interpuesto por el pretense querellante había sido concedido,

y había sido en los términos del art. 451 del C.P.P.N.; después de ello el juzgado de instrucción elevó la causa a la cámara (fs. 133vta.). Practicado el sorteo (fs. 134), fue designada la Sala V para intervenir, que, apenas recibidas las actuaciones, sin sustanciación previa, dictó la resolución de inadmisibilidad que viene recurrida en casación (fs. 135).

Así sostuvo que: “[...] *toda vez que el ministerio público, único órgano facultado para promover la acción penal en los delitos como el que aquí se investiga, ha propiciado la desestimación de las presentes actuaciones por inexistencia de delito (conf. fs. 88/89); no resulta posible sustanciar el recurso interpuesto por el acusador particular*”. Agregó que: “[...] *como en este caso la acción no ha sido legalmente promovida, no existe proceso penal; el cual no puede tener su inicio por única iniciativa de la querrela (como en el caso) o quien pretende serlo, por vía de una apelación*”. Y en definitiva concluyó que: “[...] *de conformidad con lo resuelto por el tribunal en anteriores decisiones para supuestos similares [...] corresponde declarar mal concedido el presente recurso, habilitado mediante la providencia obrante a fs. 130*”.

Por cierto, es inherente a la jurisdicción del tribunal de apelación el examen de admisibilidad de los recursos concedidos ante él. Declara el art. 454 que “*Siempre que el tribunal de alzada no rechace el recurso con arreglo a lo previsto en el artículo 444, segundo párrafo, en el plazo de tres días se decretará una audiencia [...]*”. El art. 444 permite denegar el recurso “*cuando sea interpuesto por quien no tenga derecho, o fuera de término, o sin observar las formas prescriptas, o cuando [la resolución] sea irrecurrible*”.

Ahora bien, si bien se mira, no se daba en el caso ninguna de las causales de inadmisibilidad, pues la ley concede al pretense querellante el derecho de recurrir contra la decisión del juez de instrucción que desestima la instrucción (art. 180, *in fine*, C.P.P.N.), y no se señaló ningún defecto formal que

obstase a la admisibilidad de la apelación. De ese modo, se ha procedido de modo arbitrario, prescindiendo del expreso texto legal sin declaración de inconstitucionalidad, y privando de ese modo al pretense querellante de una vía útil para obtener eventualmente una revisión de la instancia desestimatoria del fiscal de la instrucción. En efecto, al declarar in límine mal concedida la impugnación, prescindió la sustanciación, y en particular, privó al Fiscal General de la Cámara de toda posibilidad de intervención a la que tenía derecho según el segundo párrafo del art. 454 C.P.P.N.

Por esa vía, la cámara ha desconocido al pretense querellante un derecho de apelación concedido por la ley y ha frustrado la posibilidad de audiencia al fiscal de cámara, afectando así, no sólo la intervención del pretense querellante, sino también la intervención de la fiscalía en los términos del art. 167, inc. 2º, C.P.P.N., afectándose asimismo la intervención que asignan los incisos a) y b) del artículo 37, de la ley 24.946 -Ley Orgánica del Ministerio Público-, privando de ese modo al pretense querellante de la oportunidad útil que ofrece la ley para que un representante del Ministerio Público revise las razones por las cuales el inferior había instado la desestimación, lo que conduce a declarar la nulidad de la decisión de fs. 135.

-V-

Por estas razones, concuerdo en que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el pretense querellante y, en consecuencia, anular la decisión obrante a fs. 135 reenviando los autos a la cámara de apelaciones para que se proceda conforme aquí se expresa.

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto, **ANULAR** la resolución de fs. 135 dictada por la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, y en consecuencia remitir las presentes actuaciones a dicho tribunal para que proceda conforme a la doctrina aquí establecida (arts. 456, 470, 471, 530 y ss. del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del art. 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y cúmplase con la remisión ordenada sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Fdo: Señores jueces doctores Guillermo J. Yacobucci, Luis M. García y W. Gustavo Mitchell. Ante mí: Gustavo J. Alterini, Prosecretario Letrado C.S.J.N. Secretaría, 8 de julio de 2011.