

LA QUERELLA EN EL PROCESO PENAL.-

He considerado de interés retomar el debate sobre las atribuciones de la actividad del querellante, y, en relación con ello, las facultades del Congreso y de las Provincias. Planteada esta cuestión, nos preguntaremos si el querellante, que fue incorporado a regañadientes por el legislador en los códigos procesales, se transforma de pronto en un actor principal del proceso, capaz de llevar adelante la acción sin la intervención del fiscal. Y en todo caso, si ello es así, cuál es la solución a adoptarse con relación a este funcionario: ¿Qué debe hacer el fiscal si no quiere impulsar la acción?

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

Poder Punitivo.

Para encarar este tema con mayor profundidad y como somos tributarios de la legislación infraconstitucional continental europea, debe recordarse que para poder expandirse y conquistar otras latitudes, Europa debió retomar el ejercicio de un poder que estaba desconcentrado desde la caída de Roma: el poder punitivo. Primer dato a tener en cuenta: esto no siempre fue así en todo

tiempo y lugar. Su característica esencial es la confiscación del conflicto a la víctima, la sustitución del puesto que en un conflicto tiene el damnificado por parte del poder público. La víctima o persona lesionada pasa ser considerada como un dato para facilitar o habilitar la criminalización. A partir de la desvinculación de la lesión a un bien de la víctima con quien debería ser su titular, el poder público adquirió una enorme capacidad de decisión pero también de arbitrariedad: porque es libre para elegir las personas y los casos en que ejercerá el poder y la medida en que lo hará. Se creó así un formidable y verticalizado instrumento de control necesario para vigilar, disciplinar y neutralizar a toda manifestación disfuncional al poder.

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

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

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

De la *disputatio*, se pasó a la *inquisitio*. Como el inquisidor obraba en nombre de Dios y en búsqueda de la verdad, nada podía oponérsele.

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

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

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

En fin, teorías sobre el fundamento y fin del castigo hay muchas y todas han sido criticadas con éxito. Sostener que el Estado tiene un derecho a castigar, *iuspuniendi*, ya sea originario, sea porque lo ha adquirido o porque se lo haya apropiado, ya implica tomar posición al respecto.

En este trabajo se entiende que la “*potestaspuniendi*”, podría ser entendida como el monopolio del ejercicio del poder punitivo que se deriva de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 12°), que le otorga la facultad al Congreso de dictar el Código Penal.-

Un proceso sin fiscal acusador.

Esta situación se presentó y fundamentó en la decisión tomada por la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional en la causa “**Storchi**”.

Se puede sostener que del diseño trazado por el legislador penal y por el procesal, la intervención de un representante del Ministerio Público Fiscal en los delitos de acción pública es esencial y que no hay norma alguna que imponga su apartamiento. Todas las normas que prevén el ejercicio de las acciones penales y las que mencionan las potestades y rol de los fiscales coadyuvan a dicha inteligencia.

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

Naturaleza de la participación de querellante.

Cuenta el Dr. Cafferata Nores, que cuando fue Ministro de Gobierno de la provincia de Córdoba, fue a un barrio, donde notó que hacía falta un policía, y entonces dijo; “**¡Hagan un destacamento policial!**”, y se hizo. Luego, con el tiempo, le tocó ser legislador. Se dirigió a otro barrio el cual también carecía de presencia policial y cuando pensó en decir “**¡Hagan otro destacamento!**”, se dio cuenta de que no podía, y se preguntó entonces qué tenía que hacer. Tuvo que elaborar como legislador, un “proyecto de declaración”, diciendo que “**veía**

con agrado” que en el barrio tal se instalara un destacamento policial. Un viejo amigo político luego le explicaría que esa es la diferencia entre mandar y pedir.

Esta diferencia es esencial, dice Cafferata, cuando hablamos de las atribuciones del querellante. El querellante, siempre pide, nunca manda. Y con esto se responde a las opiniones de las que pareciera que, cuando hay querellante en el proceso penal, el querellante hace lo que se le antoja y los jueces tienen que hacer lo que se le antoja al querellante, y no es eso lo que se sugiere o propone.

Simplemente, se trata de plantear que el querellante pueda pedir. No se piensa que el querellante pueda mandar. Entonces, según lo expuesto por este gran doctrinario, el querellante solo tiene derecho a pedir a los jueces.

Profundización de las facultades del querellante

Veamos cuál fue el sendero que abrió paso a una nueva etapa en las posibilidades del querellante. El fallo “**Santillán**” dictado por la C.S.J.N. el 13 Agosto de 1998 es uno de los más trascendentes de la Corte de los últimos tiempos. No por el carácter innovador de sus fundamentos, sino, más bien, por las cuestiones a las que puede derivar la aplicación extensiva de su doctrina

La cuestión federal introducida radicaba sobre la base del alcance que tiene el artículo 18 de la Constitución Nacional. La problemática que se suscitó fue la siguiente: el fiscal, al momento de alegar sobre la prueba producida en el juicio oral, solicitó la absolución del procesado por considerar atípicos los hechos sobre los cuales se había fundado la imputación; el tribunal de juicio analizando el ordenamiento procesal vigente entendió que la actuación del querellante particular no era autónoma respecto del ministerio público, por ende, postulada la absolución por el titular de la acción pública, el pedido de condena por parte de la querrela no era suficiente para habilitar al tribunal a emitir un pronunciamiento condenatorio. Por tal motivo absolvió a Santillán por inobservancia de una de las formas sustanciales del juicio (falta de acusación).

La Corte entendió que en el caso había cuestión federal suficiente y habilitó la instancia extraordinaria. Declara que el artículo 18 de nuestra Carta Magna exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia; pone de resalto que, con respecto a la acusación, no hay que efectuar distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula.

Trae a colación el “**derecho a la jurisdicción**” como “**la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes**”.

Finalmente, por los fundamentos vertidos precedentemente, resuelve anular el fallo, ordenando la remisión de la causa al tribunal de origen para que, por intermedio de quien corresponda, dicte un nuevo fallo conforme a derecho.

Así pues, a partir de “Santillán” no quedan dudas de que un tribunal de juicio puede condenar a un procesado a pesar del pedido de absolución, por parte del fiscal al momento de los alegatos finales, siempre y cuando exista querrela debidamente constituida y la misma solicite la condena de éste.

Pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán

Con respecto a la desavenencia en la cuantía de las penas solicitadas entre el Ministerio Público y la querrela, traigo a colación el fallo del 28/02/2013, donde nuestra Corte Suprema manifestó lo siguiente:

“En el caso, si bien es cierto que el Ministerio Público Fiscal solicitó quince años de prisión para los encartados, la querrela solicitó condena por veinticinco años de prisión. De modo tal que éste era el tope máximo de pena a considerar en el fallo, tal cual lo expresa la Cámara, en referencia a la graduación de la pena. Y no existe desvío lógico ni legal alguno en tal conclusión, que se apoya en las líneas doctrinarias derivadas del estándar jurisprudencial fijado por el máximo Tribunal de la Nación en “Santillán” en el sentido que la exigencia de la acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en

juicio del justiciable, sin que tal requisito contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula. Conforme el estándar “Santillán”, la Cámara puede condenar, aún en ausencia de acusación fiscal, cuando la querella sí acusa, y obviamente la pena a considerar por el tribunal de juicio será la solicitada por la querella. Analógicamente, no vemos desvío lógico alguno en que en un caso como el de autos, en el cual acusaron tanto el Ministerio Público Fiscal como la querella, sea la pena solicitada por ésta la que constituya el tope máximo a considerar en la sentencia, por ser la condena mayor pedida por los sujetos procesales con potestad persecutoria. Ello en base a que la garantía del debido proceso plasmada en el art. 18 C.N. no hace distingo alguno entre el órgano público o el órgano privado que formule la acusación, por lo que la misma puede ser hecha por todo aquel al que la ley reconoce personalidad para el ejercicio del iuspuniendi. En ese sentido, esta Corte viene sosteniendo y reconociendo la facultad del querellante particular para acusar y requerir imposición de pena aun cuando el fiscal solicite la absolución del sometido a proceso”.

Facultades del Congreso y de las Provincias. Acción penal privada.-

Analicemos seguidamente algunas cuestiones que se presentan con respecto a la actividad o inactividad del querellante en la acción penal privada. El art. 422 del Código Procesal Penal de la Nación establece que se tendrá por desistida la acción privada cuando:

- 1°) El querellante o su mandatario no instaren el procedimiento durante sesenta (60) días.***
- 2°) El querellante o su mandatario no concurrieren a la audiencia de conciliación o del debate.***
- 3°) En el caso de las acciones por calumnias e injurias previstas en el Código Penal, habiendo muerto o quedado incapacitado el querellante, no***

comparecieren los legitimados para proseguir la acción, dentro de los sesenta (60) días de ocurrida la muerte o la incapacidad.

En cuanto a los efectos del desistimiento, el artículo siguiente prevé que cuando el tribunal declare extinguida la acción penal por desistimiento del querellante, sobreseerá en la causa y le impondrá las costas. Normas semejantes están contenidas en los ordenamientos provinciales.

Ahora bien, ¿Cuál es el alcance de las normas procesales provinciales en cuanto a las normativas de culminación de un proceso, en orden, por ejemplo, al desistimiento o inacción de la querrela, sin conculcar o vulnerar las facultades del Congreso constitucionalmente consagradas, para dictar las normas sustanciales penales para el territorio de la Nación?

A este respecto, una norma específica del Código de Córdoba de 1939 fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Merece destacarse que Sebastián Soler, como Procurador General ante la Corte, se expidió en favor de la constitucionalidad de la solución normativa, de naturaleza procesal. Dijo entonces, fijando el alcance de la controversia: ***“Tal como ha sido planteada, pues, la cuestión impone una delimitación precisa y clara de los respectivos campos de acción legislativa de la Nación y de las Provincias, partiendo, al efecto, de la premisa indiscutida de que a la primera le corresponde dictar los códigos de fondo y a las segundas las pertinentes leyes procesales”***. Y añadió enseguida: ***“Ahora bien, quien no quiera errar (...) no ha de perder de vista en ningún momento que el proceso penal presenta características que lo distinguen muy netamente del proceso civil”***.

Subrayó en tal sentido que cuando el juicio penal ya ha sido puesto en marcha mediante la acusación dirigida contra una persona determinada, es preciso un pronunciamiento que ponga término definitivo a la pretensión punitiva ejercida por el acusador, sea público o particular. Y aseveró: ***“Es equivocada, por ello, la posición de quienes, inspirados en principios***

proprios del derecho privado, quieren distinguir un concepto material de la acción penal de otro concepto procesal o formal de la misma". Tal distinción, si válida dentro del juicio civil, no es aceptable dentro del proceso penal que, según nuestra concepción, repudia la absolución de instancia y proclama el "***non bis in ídem***" como principio esencial de garantía. Entonces, la misma naturaleza del proceso penal conduce a reconocer que el acusado tiene derecho a obtener el agotamiento de la acción penal. Y remarcó que, de otro modo, podría mantenerse a una persona bajo proceso durante toda su vida, remitiéndose a la ley 13.569 que dispuso que la prescripción se interrumpía con la secuela de juicio -motivo ya superado en la ley penal vigente-. Ello así, pues hubiese bastado con reavivar el procedimiento con algún acto de procedimiento.

Concluyó entonces en la legitimidad de las prescripciones como las del Código de Córdoba que imponen al querellante por delito de acción privada la obligación de instar el procedimiento dentro de plazos determinados.

Avanzó después en el examen de los efectos de esa inactividad del querellante; nuevamente subrayó las diferencias entre el proceso civil y el proceso penal así como el carácter de irrevocable que reviste la acción penal para sostener la necesidad de reconocer que el acusado tiene derecho a que esa acción se agote en todos los casos, por lo cual se conduce a una única solución, esto es, el agotamiento de la acción penal por vía de una declaración de sobreseimiento definitivo a favor del imputado.

Se hizo cargo de inmediato de la objeción que sustenta que de esa forma resultan modificados los plazos de prescripción del Código Penal ya que el simple transcurso de un mes, por ejemplo, bastaría para dar por extinguida la acción penal. Respondió a ello: "***Pero la objeción carece de fundamento sólido porque reposa sobre un equívoco, equívoco que proviene de no haber reparado que la atribución de las legislaturas locales para legislar sobre el agotamiento de la acción penal cuando ella ya ha sido ejercida, es tan válida desde el punto de vista de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, como la atribución del Congreso para legislar***

sobre las causas que pueden motivar la extinción de la pretensión punitiva”. “Se ha olvidado, en efecto, que los términos establecidos en los Códigos provinciales para provocar el desistimiento de la acción, funcionan una vez que se ha iniciado el juicio por delito de acción privada, es decir cuando el querellante y acusado se han convertido ya en sujetos de una relación procesal cuya duración no tiene en absoluto por qué quedar subordinada a lo que en materia de prescripción de la pretensión punitiva pueda haber establecido el Código Penal, desde que todo lo relativo a la regulación del procedimiento es del exclusivo resorte de las Provincias”.

El respeto debido a la garantía de la defensa en juicio no solamente impone aceptar la validez de aquellas disposiciones que tienen por objeto obligar a la parte acusadora –sobre todo en los delitos de acción privada– a activar el procedimiento, sino que por el contrario, debe inducir a dudar seriamente de la conveniencia y, más aún, de la legitimidad de todo precepto o interpretación que obste al agotamiento de la acción penal, haciendo posible la prolongación indefinida de la situación de procesado.

Proyecciones actuales.-

El histórico debate tiene relevancia indudable en relación con la potestad de las provincias para regular la garantía del plazo razonable de duración del procedimiento penal, los criterios de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba y otras formas alternativas que tienen por efecto la extinción de la acción penal –que genéricamente podremos llamar el consenso en el proceso penal-, de modo autónomo, esto es, sin que lo haya hecho aún el Congreso nacional o de un modo diverso a lo que este pudiera establecer.

Resulta claro que los derechos fundamentales, como principio indiscutible, devienen de la Constitución Nacional. Ella los consagra para todos los habitantes de la Nación, cualquiera sea el lugar en que habiten. La

vinculación que conlleva para las provincias las mandas del artículo 5° exige que, en sus constituciones, ellas cuiden la observancia estricta de lo que aquella ha establecido con jerarquía inderogable. Pero las provincias, tradicionalmente, han elaborado su propio catálogo de derechos fundamentales; el derecho público provincial o 'derecho constitucional provincial', ha avanzado. Las provincias no han podido limitar los derechos fundamentales, ni sus jueces interpretarlos con alcance menor, pero sí se han detenido en enumeraciones más explícitas, más largas y recurrido aun a denominaciones y técnicas innovadoras”.

De un modo sintético, diremos que las provincias no pueden derogar o limitar los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución de la Nación pero pueden acrecerlos. Es lo que nos enseñó Germán Bidart Campos. En el ámbito propio del proceso penal, desde 1939 hasta aquí, es evidente que las provincias se adelantaron al Congreso nacional. El ciclo constituyente que se inició en 1986 con la sanción de la nueva Constitución de Santiago del Estero, en rigor, auspició la reforma federal, de 1994, ésta sucedida cuando ya diez provincias habían concretado las reformas de sus leyes fundamentales.

La duración razonable del procedimiento penal está consagrada como una garantía en el derecho de los derechos humanos que recibieron las constituciones provinciales, a veces en forma expresa, como la Constitución de Chubut. Y, de todos modos, tiene jerarquía constitucional inderogable para las provincias.

A partir de ello, debe adunarse al debate la reflexión acerca de la potestad de las provincias para regular y desarrollar las garantías de los pactos que deben imperar en todo el territorio de la Nación. No es dificultoso concluir en que cuentan con esa potestad, haya o no el Congreso reglamentado determinadas garantías. Y más aún poseen dicha potestad en el ámbito específico del derecho procesal que han retenido históricamente. Resultaría un verdadero contrasentido que alguien planteara la inconstitucionalidad ante la

Corte Suprema, y ésta la declarara, de normas provinciales que se ajustan a los postulados del derecho internacional de los derechos humanos.

En el actual estado de la doctrina se encuentra fuera de discusión la procedencia formal del remedio federal cuando se refiere a la garantía a ser juzgado en un plazo razonable que aseguran la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos con jerarquía constitucional desde 1994, y la duración de la persecución penal permite considerar, prima facie, la posibilidad de su afectación.

Debemos agregar ahora que la regulación del plazo razonable es en verdad materia procesal, propia de las provincias en nuestra inteligencia.

Empero, es todavía necesario dirimir la potencial conflictividad que se atribuye a las diferentes regulaciones que las provincias pueden hacer de la misma garantía y la cuestión que ha dado pie a la doctrina de algunos autores y de fallos de la Corte Suprema, según la cual los plazos de meses que consagran las leyes locales para entender extinguido el procedimiento, chocaría con los plazos de prescripción ya regulados por el Congreso en el Código Penal.

En cuanto a lo primero, diremos que las distintas regulaciones en materias en que las provincias cuentan con facultades para sancionarlas son propias del régimen federal de gobierno adoptado por la Constitución Nacional y del reparto de competencias que ella ha consagrado. En materia de procedimientos no puede pensarse en una ley uniforme porque el Congreso carece de facultades para sancionarla con esos alcances. Las diferencias, en la medida que se entendieran de algún modo inconvenientes o perjudiciales –y no lo imaginamos en el ámbito de esta garantía- solo podrían tener soluciones por vía de la concertación.

En cuanto a lo segundo, solo por error puede entenderse incompatibles el plazo de duración del procedimiento con el de prescripción; es que uno y otro son diferentes y cae cada uno en la esfera de competencia que ha previsto la Constitución. Todos los códigos han fijado siempre plazos de duración del

procedimiento y de sus etapas. Es cierto que no siempre se regularon los efectos que acarrea el vencimiento de los mismos y que los jueces los consideraron meramente ordenatorios –lo que acarreó sin duda, entre otras consecuencias negativas, la eternización de los procesos. Ya en el desarrollo de lo que dio en llamarse legislación procesal penal moderna, algunos códigos previeron el sobreseimiento como efecto de pleno derecho cuando se vencía el plazo de duración de la instrucción, como lo había previsto Clariá en el proyecto uniforme incluido en su Tratado y como se reguló en Río Negro y en Chubut en sus sistemas de enjuiciamiento mixto. Una cosa es el plazo que tiene el Estado para promover la acción penal y otra muy distinta es el plazo de duración del procedimiento cuando ya la acción se ha ejercido y se desarrolla la persecución penal. De lo contrario, de no asumirse esta diferencia, entonces, el plazo razonable sería igual siempre al de la prescripción. Y es esta distinción la que permite, sin dificultad, concluir en que las provincias tienen tanta potestad como el Congreso para regular el plazo razonable de los procedimientos penales, cada cual en la órbita de su competencia constitucional. Ello, sin perjuicio de que merezca otra reflexión específica la cuestión a la que hemos aludido, a saber: si la materia de la acción penal, tal como ella ha sido legislada en el Código sustantivo en 1921, es propiamente competencia del Congreso o resulta ser una indebida apropiación de facultades de las provincias.

Abundamos, a modo de conclusión, recostados en las enseñanzas de Soler y de Clariá: ha de ponerse cuidado en advertir que el proceso penal, cuando se ha puesto en marcha, debe concluir de modo de poner fin a la situación de restricción a la libertad del imputado que él implica. Y que ello supone el derecho de toda persona, imputada en el caso, a exigir un pronunciamiento, de condena o absolución, con todos los efectos del *ne bis in idem*, en un término razonable, el que no puede quedar solamente en la potestad del Estado –MPF- o del querellante particular.

Legitimación de querellante.-

Por último quisiera hacer una consideración personal en lo que hace la legitimación para asumir el rol de querellante. Humildemente sostengo que el artículo 7 de nuestro Código Procesal Penal, debe empezar a considerarse a la luz de una interpretación progresiva y funcional del concepto de “particular ofendido”, u “ofendido penalmente”, como establece nuestro código, y así, puedan incorporarse sujetos no mencionados taxativamente en la ley.

En efecto, el Código Procesal Penal de la Nación en su art. 82 primer párrafo establece 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.**” Por su parte, el tercer párrafo del artículo mencionado, establece que “**Cuando se trate de un delito cuyo resultado sea la muerte del ofendido, podrán ejercer este derecho el cónyuge supérstite, sus padres, sus hijos, o su último representante legal**”.

Conforme a una exégesis integral de la norma y no aislada del párrafo tercero, cabe interpretar que inicialmente -en el primer apartado- se sienta como principio general el derecho de la persona “particularmente ofendida” a querellar y luego, en el tercer párrafo, se establece una disposición particular cuando se produce la muerte de la víctima. Este último precepto hace alusión a personas que sin ser sujetos pasivos del delito, -y estando unidos a éste por una relación familiar o representativa- indudablemente resultan dañadas en forma grave por el hecho.

Ahora bien, esta referencia legal al caso particular de la muerte del sujeto pasivo, no debe interpretarse como una excepción a la regla general establecida en el primer párrafo de la misma norma. Por el contrario, haciendo aplicación de ese principio general, la ley enumera a aquellos sujetos a quienes presume **jure et de jure** como damnificados directos por la muerte de la

víctima, sin que en tales casos se requiera el menor análisis a los fines de que tales personas sean tenidas como querellantes.

En este sentido, este tercer párrafo del artículo analizado no es excluyente de otras personas que, conforme a las circunstancias del caso concreto, puedan considerarse también particulares ofendidos por el delito, en los términos del primer párrafo del art. 82 C.P.P.N., fuera de los grados de parentesco referidos.

En tal orden de ideas ha sostenido la doctrina que “La fórmula “ofendido por el delito” no vedará el acceso al procedimiento penal de aquellas personas o asociaciones que, sin poder verificar exactamente que son portadoras individuales y únicas del interés o bien jurídico protegido por la norma supuestamente lesionada, puedan, según el objeto de la asociación o según la naturaleza del bien jurídico concretamente vulnerado o puesto en peligro, demostrar, en el caso concreto, que ellos sufren una disminución de sus derechos a raíz del delito investigado o les alcanza el daño o el peligro ocasionado hipotéticamente por él”

Cabe interpretar ampliamente aquellos textos legales que conceden una facultad o un derecho en el procedimiento, entre ellos la facultad de querellar, conforme a criterios político-criminales actuales, con arreglo a las nuevas concepciones ampliatorias del contenido primitivo de sus conceptos. Por el contrario, una interpretación restrictiva -y no integrada- de la norma del art 82 del C.P.P.N., como la que subyace en el auto apelado, conlleva el riesgo de no recepcionar las profundas reformas introducidas en la Carta Magna en 1994, y a la vez, consolidar una visión desarticulada del sentido y alcance actual, pues el legislador las ha dictado en otro contexto constitucional y en otra realidad sociológica.

Al influjo de la reforma constitucional de 1994, que en su art 43 consagró la legitimación procesal de entidades intermedias, y sobre todo la integración al mismo nivel que la Ley Fundamental, de diversos instrumentos internacionales que contemplan los derechos de la víctima (art. 75, inc. 22), se fue abriendo

paso una corriente que tiende a ampliar las situaciones de legitimación activa, con fundamento en disposiciones constitucionales.

En este contexto, nótese que el art. 12 del Código Procesal Penal de la provincia de Chubut, contempla que en el caso de muerte, el derecho de querrela podrá ser ejercido, además de los sujetos mencionados en el art. 82 del C.P.P.N., por la persona que convivía con el fallecido, ligada a él por vínculos especiales de afecto, circunstancia que debe demostrar en su pretensión. La doctrina ha interpretado que dada la amplitud de la fórmula, puede admitirse como querellante no sólo al concubino, sino también a un amigo conviviente.

A estos argumentos debe sumarse que la jurisprudencia ha sostenido que la condición de delitos de lesa humanidad impone adecuar el standard de “particularmente ofendido”, parámetros que fueron receptados por la reforma legislativa plasmada en la ley n° 26.550 que incorporó el art. 82 bis del C.P.P.N.

Conclusiones.-

Si el querellante debe seguir solo, el caso no diferiría de cómo se está regulando el principio de oportunidad en diversos ordenamientos: el fiscal lo ejerce y la víctima sigue adelante con la acción penal como si esta fuese privada. Por ejemplo así lo establece el Código para la provincia del Chubut, vigente desde 2006.

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

En la actualidad, por contraste, la preocupación mas extendida en distintas partes del mundo concierne a la tendencia a implantar mecanismos sustitutivos de la acción pública por medio de acuerdos u otros arreglos de tipo consensual o transaccional inspirados en su mayoría en los reconocimientos de culpabilidad negociados, típicos del sistema penal norteamericano, lo que se conoce como “***pleabargaining***”. Algún autor llamó a esa tendencia, la marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo, deplorándola, por considerarla una renuncia a las conquistas fundamentales del estado de derecho.

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

Dr. Roberto David Charcas

Mat. Prof. N° 1447.

Colegio de Abogados del Sur

robertocharcas@hotmail.com

Tel: 03865-15643390