

Taller de Estudios en Derecho Penal y Procesal Penal

El Particular damnificado

Nos introduciremos al análisis del presente instituto, abordando inicialmente su aspecto normativo, para continuar con las diversas posturas dogmáticas que lo circundan, y finalizar con el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia a través de su historia.

Culminada con dicha labor proyectada, y luego de un pormenorizado estudio del tópico en tratamiento, se han planteado cuestiones que gestaron debates en el propio Plenario, arribándose en algunos supuestos a conclusiones claras y concretas, mientras que en otros han de quedar como puntales esenciales, motivadores de un nuevo laboratorio.

Como fuera estructurado, ha de principiarse con el marco normativo, y en dicho sentido tenemos, que en fecha 21 de Agosto de 1991 se aprobó el proyecto de reforma del CPPN impulsado por el Dr. Ricardo Levene (h) con las modificaciones introducidas desde el Ministerio de Justicia a cargo del Dr. León

Carlos Arslanian. El proyecto en su origen no contemplaba la figura del querellante, es decir, suprimía a la víctima como acusadora en los delitos de acción pública y aceptaba sólo su inclusión como actor civil. Antes de convertirse en ley vigente, el proyecto sufrió una modificación trascendental. Debido a la presión ejercida por los colegios, que reclamaban una participación aún mayor de la víctima, se incluyó en el mentado proyecto al querellante.-

Actualmente, el Código de Procedimiento Penal Nacional en su Art. 82 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”*. Esto encuentra su correlato con el Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, en su Art. 77 que establece que *“Toda persona particularmente ofendida por un delito de los que dan lugar a la acción pública tendrá derecho a constituirse en calidad de particular damnificado”*. En consonancia con ello, el art. 71 del Código Penal se ocupa de distinguir los tipos de acción que pueden dar inicio a un proceso penal –pública, privada y dependiente de instancia privada-.

Por su parte la doctrina se ha ocupado extensamente del particular. Para definirlo, podemos acudir a las

proyecciones de Mario Oderigo quien sostiene que se trata del “acto por el cual una persona legítimamente autorizada ejercitando la acción penal pone en conocimiento del Juez la noticia que tuviera acerca de la comisión de un delito”; Bartoloni Ferro sostiene que es “el acto procesal por el cual se ejercita la acción penal por uno o más delitos determinados contra sus sindicados autores ante el juez o tribunal competente proveyendo los medios de su comprobación y solicitando las medidas asegurativas de las personas responsables de sus bienes”; Claria Olmedo nos enseña que es la “petición o reclamo producido con las formalidades legales y ante la autoridad jurisdiccional, esencialmente por el querellante , quien continuara como tal durante la totalidad de la tramitación del proceso”; D’albora va mas allá sosteniendo que el concepto de querellante debería ser unánime en toda la legislación Nacional, en cuanto el Código Civil se ocupa del particular en su Art. 3982 bis: “ *Si la víctima de un acto ilícito hubiere deducido querella criminal contra los responsables del hecho, su ejercicio suspende el término de prescripción de la acción civil, aunque en sede penal no hubiere pedido el resarcimiento de los daños. Cesa la suspensión por terminación del proceso penal o desistimiento de la querella.*” El art. 1097 sostiene que “*La acción civil no se juzgará renunciada por no haber los ofendidos durante su vida intentado la acción criminal o por haber desistido de ella, ni se entenderá que*

renunciaron a la acción criminal por haber intentado la acción civil o por haber desistido de ella. Pero si renunciaron a la acción civil o hicieron convenios sobre el pago del daño, se tendrá por renunciada la acción criminal.” y finalmente, en el Art. 842 del citado cuerpo legal se establece que *“La acción civil sobre indemnización del daño causado por un delito puede ser objeto de las transacciones; pero no la acción para acusar y pedir el castigo de los delitos, sea por la parte ofendida, sea por el ministerio público”*. Es entonces en razón de ello que el referido autor sostiene que si la legislación nacional se ocupa del tema, no resultaría pertinente que los códigos de forma lo hagan, en cuanto estos no podrían ir más allá de lo sostenido por la primera, en razón de la jerarquía de cada una de ellas.-

Si bien las diversas denominaciones que han sido asignadas al Instituto a través de los distintos doctrinarios son en mayor o menor medida afines, se ha planteado el interrogante sobre el carácter de parte del querellante. De una simple lectura de la normativa procesal vigente –referida en el primer párrafo- surge que en el ordenamiento Nacional se le consigna explícitamente el carácter de parte, situación que no se encuentra contemplada en el ordenamiento Provincial de modo literal, más allá de las diversas interpretaciones que se puedan enarbolar sobre el punto.-

Sobre ello, Maier entiende que el querellante sería un “tercero coadyuvante”. El Código de Procedimiento Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sostiene en su artículo 10 que “Los organismos del Estado no podrán ser querellantes cuando el Ministerio Público Fiscal ejerza la acción. No obstante, podrán participar en el proceso como terceros coadyuvantes”. Al respecto afirma el citado autor al hablar del “acusador no estatal en el delito por acción pública” que “conforme a lo expuesto no existe en principio manera alguna de sostener que el ofendido, víctima o portador de un bien jurídico que la norma penal infringida tiende a proteger, sea por el derecho positivo Argentino, un legitimado sustancial para perseguir penalmente en los delitos denominados de acción pública”. El tema también fue tratado en igual sentido por Alsina y Palacios quienes sostuvieron que “la intervención adhesiva simple también denominada coadyuvante se verifica cuando un tercero en razón de tener un interés jurídico coincidente con el derecho a alegar de cualquiera de las partes originales participa del proceso con el objeto de coadyuvar al éxito de la pretensión o de la oposición. Este coadyuvante carece de legitimación procesal para litigar frente al adversario de la parte a quien adhiere, residiendo la institución meramente en la conveniencia de brindar al tercero la posibilidad de colaborar en la gestión procesal de alguna de las partes originarias...”.-

De lo expuesto se colige sin más que el único titular de la acción penal resulta ser el Ministerio Público Fiscal. Al respecto, téngase presente que del art. 5 del CPPN se desprende que: “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”, a lo cual deberá aditarse lo enunciado por el Art. 71 del Código Penal, ya referido en el desarrollo del presente. Al respecto Claus Roxín sostiene que “La interposición de la acusación le corresponde al estado. Para ello, está representado por la fiscalía. Ella tiene, en principio, el monopolio de la acusación; la única excepción, precisamente, son los casos de acción privada” para luego referir al Ministerio Público Fiscal como el “guardián de la ley”, sosteniendo entonces que “de este modo, una condena presupone que dos autoridades –fiscalía y tribunal- consideran, de forma coincidente, que un comportamiento es punible...”

Clara Olmedo, por su parte formula una clasificación del Instituto, diferenciando entre querellante exclusivo, conjunto, subsidiario y adhesivo. Dicho autor sostiene que nuestros códigos procesales penales contemplan dos formas de querellante, es decir dos modalidades de acusador particular. Una de ellas es excluyente en forma absoluta de la actividad del ministerio fiscal, y

está prevista en todos los códigos, como consecuencia de tratarse de una previsión del derecho sustancial realizador que conforme a nuestro sistema institucional ha de ser acatado por las normas procesales. Cita el art. 31 CN, en cuanto a los códigos provinciales que debe ser extendido al código procesal nacional.

La otra, presupone la actuación del acusador público interviniendo como sujeto esencial del proceso. Por eso se le da el nombre de querellante particular conjunto, pero es distinto del subsidiario y del adhesivo de los sistemas austriaco y alemán, pues si bien se muestra en el proceso como un sujeto eventual, su actuación es autónoma con respecto a la del acusador público aunque presuponga su presencia.

Decíamos entonces que el llamado querellante o acusador privado subsidiario es característico del procedimiento penal austriaco y no se registra en nuestros códigos, aún cuando en el de Buenos Aires se advierte un atisbo de él. Conforme a este sistema, quien se considere ofendido por el hecho delictuoso contenido en la imputación formulada por el acusador público, sólo puede actuar como querellante acusador cuando el ministerio fiscal abandone temporaria o definitivamente el ejercicio del poder de acción. Mientras este actúe, aquel no podrá intervenir en el proceso con la calidad de acusador.-

La legislación alemana ha instituido también el acusador o querellante adhesivo como otra forma típica de intervención de los particulares en la acusación. Por este sistema se da al particular ofendido la facultad de adherirse (tercero adherente) a la acusación y a las conclusiones del ministerio fiscal.-

El querellante particular conjunto se muestra en el proceso como un sujeto eventual, su actuación es autónoma con respecto a la del acusador público aunque se presuponga su presencia. Esta modalidad existió antes en toda la legislación argentina hasta la vigencia del Código para San Luis en el año 1908 y después en el de Buenos Aires en 1915.-

Entonces para CLARIA OLMEDO, los querellantes pueden ser:

1. EXCLUSIVO: Sólo puede actuar cuando el Ministerio fiscal abandone temporaria o definitivamente el ejercicio del poder de acción Mientras el fiscal actué, no podrá intervenir en el proceso con la calidad de acusador. Previsto para delitos de acción privada o instancia privada. Hace valer ante la jurisdicción una pretensión penal que el Estado, no obstante ser titular del poder de acción, sólo hace suya en la medida del interés del particular. Este es dueño del ejercicio de la acción, pero carece del poder en sí; por eso, si bien puede

renunciar a ese ejercicio retirando la pretensión, no podrá transigir, ceder o enajenar en cualquier otra forma el poder sustentador de la actividad. El proyecto de Soler, hacía caducar el derecho si a los 3 meses no instaba la acción. Desistimiento. Si desiste del procedimiento, con conformidad del querellado. Los códigos prevén el desistimiento tácito, si:

- 1) no insta el proceso en 5 días (CPPN. Art. 174).
CPP Córdoba 1 mes. (art. 449 inc. 1). Fue declarado inconstitucional el desistimiento tácito en Córdoba, ya lo había expuesto Nuñez. (1950 publicó una nota en Revista de Derecho procesal (argentina) VIII, 1950, N. II, parte p. 83. También la CSJN declaró la inconstitucionalidad del artículo de legislación cordobesa. Fallos t, 219, p. 400. (la renuncia por mera inactividad no constituye materia procesal).
- 2) desistimiento por inasistencia:
- 3) fallecimiento o incapacidad del querellante. (se prevé un código para proseguir a los herederos)

2. CONJUNTO: Permite la intervención de la posible víctima del hecho durante toda la tramitación del proceso para que con su actividad haga valer desde su inicio la pretensión penal, ejercitando la acción juntamente con el órgano acusador público, cuya presencia es INEVITABLE.

Es un sujeto procesal pero no puede ser incluido dentro de los esenciales por cuanto el proceso no lo requiere imprescindiblemente para su validez.

Nos viene desde muy antiguo, como resabio del sistema germano de acusación, conservado durante la Edad Media y recibido por la legislación española de la cual ha pasado a nuestros códigos a través del proyecto del Dr. Obarrio.-

Lo recepta el código nacional (arts. 14 y 170 CPPN) adoptado por todas las provincias salvo San Luis y luego en Provincia de Buenos Aires.-

La corriente innovadora iniciada en el código de Córdoba de 1940 (art. 5 CPP Córdoba), lo rechaza. “Art. 5 La acción penal es pública y se ejerce exclusivamente por el ministerio fiscal.”.

Los procesalistas proponen mantenerlo: Según Eduardo Augusto García “no es posible impedir al damnificado su

intervención como acusador al lado del ministerio fiscal, por cuanto le asiste el derecho natural de pedir al Estado por medio de sus órganos de justicia, que se castigue a quien ha violado la ley penal afectando un bien jurídico suyo protegido por esas normas, mientras su actuación se mantenga dentro de lógicos límites para asegurar un justo castigo; y desde un punto de vista práctico se afirma que el acusador particular conjunto ha de ser un eficaz cooperador del ministerio fiscal, ante la información que tiene sobre el hecho y todas sus circunstancias, siendo un poderoso estímulo para la diligente y correcta actuación del acusado público estatal, impidiéndole burocratizarse y alterar el sentido de justicia que debe orientar su actuación”..

Quienes niegan la posibilidad de permitir la intervención del ofendido, afirman que el sistema del querellante es un resabio del originario sistema de acusación privada, cuando el Estado aún no se había hecho cargo de la persecución penal, más remotamente todavía, reminiscencia de la venganza individual no obstante ser controlada por el Estado. (Jofré, Tomás.).

Como posiciones intermedias encontramos a Alcalá Zamora y Levene, quienes en su obra conjunta, discrepan: Levene se orienta por la abolición. Alcalá Zamora: propone mantenerlo, siempre que:

- 1) Sea facultativo
- 2) Su intervención no retarde ni entorpezca la marcha del proceso.
- 3) Los gastos de la intervención del particular no deben repercutir ni directa ni indirectamente sobre el imputado.

Enrique Díaz de Guijarro concluye limitando la actuación del querellante privándolo de acción propia y autónoma pero coadyuvando con el ministerio fiscal en su tarea acusadora por intermedio del juez.

3. SUBSIDIARIO (Característico del Procedimiento Penal Austríaco Código penal Austríaco 1873) y no se registra en nuestros códigos, salvo un atisbo en el de la Prov. de Buenos Aires.

4. ADHESIVO (tercero adherente) Puede adherirse a las facultades del Fiscal (Ordenanza alemana apartado I). Se muestra como un colaborador del acusador público, y del querellante privado o principal. Carece de las atribuciones del principal.

La legislación argentina da entrada a los dos primeros. La primera (exclusivo) es excluyente en forma absoluta de la actividad del Fiscal. La otra (conjunta), presupone la actuación del acusador público interviniendo como sujeto esencial del

proceso, por eso es querellante particular o conjunto. Existió antes en toda la legislación argentina, hasta la vigencia de código San Luis 1908, y después en Buenos aires en 1915, que introdujeron un sistema morigerado. Muchas provincias ahora (Córdoba, Sgo. Del Estero, San Luis, Mendoza, Jujuy, Catarmaca, eliminan y sólo permiten la introducción del damnificado como mero actor civil.

En Buenos Aires: El Código Jofré y el de San Luis de 1908, consagran un curioso sistema, tránsito hacia la supresión del querellante conjunto, que tiende a reducir las atribuciones del ofendido en los procesos por delitos en los cuales se impone la acusación por el órgano estatal.

Las acciones se ejercitan por Fiscal y los particulares damnificados no son partes por más que puedan velar por el descubrimiento de la verdad.

Igualmente tenía facultad de excitar la jurisdicción, aunque el ministerio fiscal no mantuviera el recurso en la alzada, hasta tanto el tribunal de segundo grado dicte sentencia, salvo deserción del damnificado impugnante.

Para Binder los querellantes serían:

1.PRIVADO O PARTICULAR: Puede actuar cuando el Ministerio Público no tiene por qué hacerlo, ni puede actuar de oficio, el juez (injurias).

2.CONJUNTO: En los casos en que el acusador privado participa en el proceso junto con el Ministerio Público, que puede ser AUTÓNOMO O ADHESIVO

2.1. CONJUNTO: Cuando tiene atribuciones similares a las del Ministerio Público y las ejercer en forma PARALELA.

2.2.AUTÓNOMO: Trabaja como tercero coadyuvante del Ministerio Público es decir, DETRÁS.

En cambio MAIER sostiene que:

Querellante puede ser exclusivo o particular.

Querellante (adhesivo), tercero adherente simple o coadyuvante el caso de la acción oblicua. (para poder él hacer efectiva la obligación incumplida del patrimonio de su deudor que omite activar su expectativa de crecimiento legítimo).

Querellante (conjunto)

Querellante sustituto: (Código procesal de Guatemala). Pag. 664 nota 168 Regula el sistema de acciones

penales, admitiendo la transformación en privada de la acción oficial cuando el ministerio público ha decidido no perseguir por ausencia de interés público (criterio de oportunidad),

En relación a las facultades que le son propias al querellante o particular damnificado en su caso, el Art. 6 del CPPBA sostiene que *“La acción penal pública corresponde al Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de la participación que se le concede a la víctima y al particular damnificado. Las peticiones del particular damnificado habilitarán al Juez o Tribunal a abrir o continuar el juicio, a juzgar y a condenar con arreglo a las disposiciones de éste Código. La participación de la víctima como del particular damnificado no alterará las facultades concedidas por la ley al Ministerio Público, ni lo eximirá de sus responsabilidades. El ejercicio de la acción no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley.”*. Nótese que, sin perjuicio de lo ut supra señalado, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, al hablar de la declaración del imputado (Art. 308 y sig.) no está prevista la presencia y participación del querellante.-

En el orden Nacional, el Art. 180 del CPPN le otorga al querellante la posibilidad de apelar ante la Cámara de Apelaciones la desestimación por parte del Agente Fiscal de la

denuncia formulada, y el Art. 348 sostiene en su parte pertinente que *“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 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.”*. Dicho artículo ha sido objeto de diversos planteos de inconstitucionalidad –los cuales se analizarán en el desarrollo del presente a través del fallo “Quiroga” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 23 de Diciembre de 2004-.

El Art. 348 del CPPN encuentra su correlato en el ámbito Provincial en el Art. 326, el cual, con una redacción más moderna, establece que *“Si el juez no estuviere de acuerdo con la petición de sobreseimiento formulada por el Fiscal, se elevarán las actuaciones al Fiscal de la Cámara de Garantías. Si éste coincidiera con lo solicitado por el inferior, el Juez resolverá en tal sentido. En*

caso contrario, el Agente Fiscal que se designe formulará el requerimiento de elevación a juicio.”.-

Es por lo expuesto que se podrá sostener que la irrupción del derecho penal en el mundo de la negación de las conductas sociales del estado con sus instituciones características básicas de la pena y la persecución penal, generó que fuera el estado el que determinó la necesidad de su intervención como presupuesto básico para la iniciación del proceso. Sin perjuicio de ello, al día de hoy, no se ha podido zanjar sin un amplio margen de discusión las potestades conferidas a este tercero, ya sea querellante o particular damnificado, según la legislación de la que se trate.-

Continuando con los lineamientos dados al inicio del presente, se analizará la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación al objeto de estudio. Respecto de ello, es conveniente recordar que el alto tribunal, cuando no actúa en jurisdicción originaria sino apelada y especialmente en la extraordinaria, no es juez de las causas sino de las cuestiones federales que en ellas se ventilan y se someten a su conocimiento mediante un recurso que fija su competencia (arts. 31, 116 y 117 de la CN; art 14 de la ley 48) A fines didácticos, se dividirá la misma en cinco etapas:

- Primera etapa: en ella la Corte no dio cabida al querellante, limitándolo exclusivamente a aquellos casos donde estuviese involucrado un interés constitucional. A los particulares no se les reconocía la facultad de interponer recurso extraordinario con miras a obtener una condena penal. Son característicos de esta época los fallos Egues, Ignacio Julio, y otro S/ recurso extraordinario 1962; T. 252 P. 195; Silveira Márquez, Carlos c/ Clemente, Oscar Leocadio S/ recurso extraordinario; 1962; T. 253 P. 31; Parera, Andrés y otros S/ recurso extraordinario 1960; T. 254 P. 353; Boscana, Bernardino c/ Pérez, Julian 1964; T. 259 P. 388, entre otros, donde la Corte se ocupa de sentar el posicionamiento descripto, fundado este en la carencia de legitimación. Esta etapa concluye en 1964.-
- Segunda etapa: comprende los años 1964 a 1967, pudiéndosela considerar como una transición. Aquí se empieza a viabilizar un cierto grado de participación del querellante pero solo en relación al recurso extraordinario y específicamente con el gravamen institucional – entendido como todo aquello que supera el mero interés de las partes y afecta a la comunidad en su conjunto- Al respecto debe considerarse los fallos “Toculescu Esteban y otro” y “Cincotta Juan José”.-

- Tercera etapa: comienza en el año 1967 y concluye en el año 1998, donde la posibilidad que se daba de forma excepcional en la etapa anterior pasa a ser la regla, no siendo ya necesaria la viabilidad de gravamen institucional. Como fallos de referencia en el presente se encuentran Otto Wald (268:266), el cual sirvió posteriormente de precedente para el fallo Santillán, tratado en la próxima etapa, y que introduce la cuestión del derecho a la jurisdicción. Hay que destacar que la opinión del Procurador General de la Nación, era correspondiente a la doctrina adoptada por el Supremo Tribunal de Justicia en “Toculescu, Esteban y otro”, así Eduardo H. Marquardt decía: “...comparto las razones en cuya virtud mi predecesor en el cargo estimó pertinente, al dictaminar en el caso, de Fallos,262:144, aconsejar que se revisara la jurisprudencia de la Corte Suprema según la cual, a menos de existir interés institucional, es improcedente el recurso extraordinario deducido por particulares con miras a obtener una condena penal”. En este caso, la Corte no sigue los lineamientos anteriores ni la opinión del Procurador General y, ésta con composición distinta, inicia un nuevo camino interpretativo: “Que en tal sentido, esta Corte no comparte, en su actual composición, las

limitaciones afirmadas, en los pronunciamientos mencionados pues considera que 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 consagrada en el artículo 18 de la C.N., 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, cual 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”.

- Cuarta etapa: Inicia con el fallo “Santillán”. La cuestión federal allí introducida radicaba sobre la base del alcance que tiene el artículo 18 de la Constitución Nacional. Allí se planteaba la situación que el fiscal, al momento de alegar sobre la prueba producida en el juicio oral, solicitó la

absolución del procesado por considerar atípicos los hechos fundados en 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. Sostuvo 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. 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 uno nuevo conforme a derecho. Asimismo, aquí situamos el fallo “Quiroga” de la CSJN del 23-12-04. En

él se resuelve y se pone fin a la cuestión tan debatida de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art. 348 del CPPN, tal como se anunció en el desarrollo del presente. La problemática consistía en que el artículo en cuestión, en su parte pertinente, chocaba contra el actual artículo 120 de la Constitución Nacional toda vez que el órgano jurisdiccional no tiene potestad para inmiscuirse en la esfera de acción del Ministerio Público: *“los poderes que necesariamente deben serle acordados al juez de instrucción con relación a las personas y los bienes a fin de que puedan cumplir su obra entrañan riesgos inevitables; su objetivo debe ser el triunfo de la verdad y la justicia, pero un paso más o menos convierte un acto en injusto, y a veces el exceso de celo lo enceguece, lo alucina y no puede distinguir las dos opuestas zonas de la justicia y la injusticia”* Y cabe agregar también que: *“la separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás...La garantía de la separación así entendida representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad del juez respecto de las partes de la causa, que, (...) es la primera de las garantías*

orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación” Así se entendió que, mediante el procedimiento de elevación a consulta a la Cámara de Apelaciones, las funciones de acusar y juzgar quedaban confundidas en un mismo órgano: “Que ello es así por cuanto en el marco de un sistema procesal regido por el principio de legalidad procesal, en el cual la pretensión penal pública es llevada adelante por dos representantes del Estado (el fiscal y el juez), la exigencia de que las funciones de acusar y juzgar se encuentren, al menos formalmente, en cabeza de funcionarios distintos queda completamente diluida si también el tribunal de alzada puede, en contra del criterio del Ministerio Público, decidir, por sí solo, que se produzca la acusación y la apertura del debate”. La Corte entendió también que la desaparición del procedimiento de consulta ante la Cámara no torna, al obrar del Ministerio Público, en omnipotente y así lo expresó: “Que no es posible alegar, en contra de tal conclusión, que la desaparición del mecanismo de consulta permitiría al Ministerio Público una libertad absoluta, incompatible con la situación en que se encuentra todo funcionario dentro de un estado

derecho. Ciertamente, el sistema republicano supone que los funcionarios estén sujetos a algún mecanismo de control institucional relativo a cómo ejercen su función, pero ello no puede llevar a autorizar su sustitución en las funciones que le son propias por parte de quienes son ajenos a ellas. Por lo demás, el argumento de la "falta de control" es inadmisibile, puesto que la ley procesal permanentemente somete a los fiscales al control jurisdiccional, en cuanto son los jueces quienes tienen la facultad de decidir si corresponde que la persecución penal siga progresando". A su vez "Que el deber del Ministerio Público de actuar 'en coordinación con las demás autoridades de la República' no puede ser convertido en subordinación, a riesgo de neutralizar el sentido mismo de su existencia. La posición contraria (...), es la que conduce, finalmente, a admitir la consecuencia extrema de que en el debate la imputación provenga, en definitiva, del propio tribunal que debe juzgar sobre su admisibilidad" y "Que, finalmente, corresponde aclarar que lo dicho precedentemente no resulta aplicable a los supuestos en los que la discrepancia se plantea entre el fiscal que se manifiesta en favor del sobreseimiento y el querellante, que pretende que la causa sea elevada a

juicio. En tales casos, en principio, no es posible suponer una afectación genérica de la imparcialidad del tribunal, en la medida en que su intervención quede limitada a asegurar que el querellante pueda ejercer el derecho que la ley le concede a ser oído en juicio oral y público (conf. doctrina caso "Santillán", Fallos: 321:2021) ni una afectación intolerable a la independencia del Ministerio Público". Lo llamativo en relación al particular resulta ser que, pese a la inconstitucionalidad decretada a través del fallo materia de análisis, al día de hoy la normativa en cuestión no ha sufrido modificación alguna – ello pese al carácter restrictivo que tiene como tal la declaración de inconstitucionalidad-.-

- Quinta etapa: parte desde el fallo “Storchi”, donde resultando de aplicación el CPPN –el cual contempla expresamente la legitimación autónoma del acusador particular- llegan los acusados a la instancia del Juicio Oral y Público en virtud del requerimiento de elevación a juicio realizado exclusivamente por la parte querellante, no obstante la oposición de los representantes del Ministerio Público, tanto en primera instancia como ante la Cámara de Apelaciones, a mantener la acción penal contra estos, dictándose en consecuencia un veredicto condenatorio, lo

cual motivó los agravios que dieron pie a la interposición del pertinente recurso. La problemática principal del fallo radica en dos aspectos fundamentales: por un lado la legitimación del acusador privado para ejercer la acción penal en delitos de acción pública de manera autónoma, y por el otro, si ello implica la creación impropia de normas jurídicas en desmedro de la división de poderes, que otorga al legislador dicha función. En su oportunidad -08 de Marzo del 2004-, se expidió la Sala I de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, donde el voto del Dr. Bruzzone, al que adhiere el Dr. Elbert con algunos fundamentos mas, analiza al querellante desde el comienzo de su introducción en la reforma al proyecto de Levene (h) hasta llegar a la posición adquirida por éste luego del caso “Santillán”. El magistrado entiende que *“(...) como se advierte, la capacidad de rendimiento del precedente ‘Santillán’ retrotrae sus efectos a todos aquellos momentos previstos en el código donde se requiere el impulso del estado constituido en la parte acusadora; es decir: al comienzo de la instrucción en relación a lo previsto en los arts. 180 y 188, CPPN; al final de la instrucción en relación a lo previsto en los arts. 346 y 348 de ese cuerpo legal; como fue expresamente resuelto en el*

fallo en cuestión, al momento de lo dispuesto en el art. 393, CPPN, y, por último, en el ámbito recursivo correspondiente (...) Ahora bien, para poder llegar a ese momento –el del art. 393, CPPN–, los efectos del fallo ‘Santillán’ deben retroceder a las situaciones indicadas más arriba, porque, de lo contrario, lo resuelto por la Corte no tendría los alcances indicados”. El voto en disidencia lo efectúa Donna. De acuerdo a su opinión debe darse dentro del propio Ministerio Público un control interno que ante la corrupción de los órganos encargados de se apliquen las sanciones previstas a tal fin. Entiende que la persecución y sanción de los delitos y la imposición de pena a los autores y cómplices es una función del estado y que, con ello, además, se evita el hecho de la venganza privada a través de los propios jueces. Por su parte, Elbert, sostuvo: “El nivel de corrupción de las sociedades del siglo XXI no permite tampoco garantizar que no pueda haber connivencia entre funcionarios para cerrar definitivamente alguna causa. En el caso del Ministerio Público podría ocurrir, por ejemplo (imagino una hipótesis) que, deliberadamente, no se apelase una resolución, para dar por concluido un proceso, sin que los particulares afectados, puedan hacer otra cosa que

contemplar, en el colmo de la impotencia. He aquí una situación en la cual el carácter eminentemente público de las acciones puede resultar un arma de doble filo y la esperanza del castigo de los malos funcionarios un consuelo vano (...) La etapa histórica que atraviesa el país y la debilidad de sus instituciones, en medio del desprestigio de las estructuras judiciales, hacen aconsejable asegurar al ciudadano todas las formas posibles de impulso procesal, (aunque ello no pueda conformar una regla general ni compulsiva) para compensar su debilidad real, su insignificancia frente a la abrumadora hegemonía de estructuras estatales que, lamentablemente, no gozan, como dije, del mejor predicamento. En mi modesta opinión, los automatismos que puedan fulminar la vida de la acción penal, por loables que pudieran ser las intenciones sistémicas que los impulsen, abren espacios que aumentan el poder de los funcionarios, en desmedro de los particulares, inermes y eternamente postergados ante la justicia.”. Llegados dichos obrados a la Cámara Nacional de Casación Penal, en Julio del año 2010, la mayoría de la Sala II, representada por los jueces Mitchel y Rodriguez Basavilbaso, se pronunció en cuanto a la legitimidad

autónoma del acusador privado, tanto para requerir la elevación a juicio como para acusar, y la interpretación sistemática de las normas legales y constitucionales, descartando que esta legitimación implique creación de normas jurídicas, ello fundado en el Art. 18 de la CN, el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del fallo Santillán, de la CSJN. Por el contrario, la minoría, representada por el voto del juez Yacobucci, se pronunció por la ausencia de legitimidad autónoma del acusador privado y equiparó una inteligencia contraria a una creación pretoriana de derecho en desmedro del sistema republicano de gobierno que faculta solo al poder legislativo a crear leyes, tomando para ello como fundamento también al fallo Santillán, sosteniendo que *“...en el precedente Santillán la apertura del juicio había contado con un requerimiento fiscal –acompañado por el de la querella- de modo tal que se había cumplido acabadamente con el impulso esencial exigido por la normativa procesal ordinaria en consonancia con los requisitos del art. 18 de la CN. No es este el supuesto que ha sido materia de agravio por los recurrentes en este expediente. En este proceso no existe esa pretensión esencial del acusador público, sino por el contrario, este*

se ha pronunciado desincriminando a tres de los imputados, dos de los cuales luego fueron condenados por el tribunal oral, sin la existencia de intervención del representante del Ministerio Público que es parte esencial en el proceso.”, sumado a una particular interpretación de precedentes de la Corte –entre ellos el caso Bulacio-. La problemática del fallo fue resuelta entonces, restringiendo la intromisión del juzgador en la función persecutoria, ello para garantizar el derecho de defensa, ampliando la participación de quien tenga interés legítimo como acusador privado, para garantizar así el derecho a la jurisdicción. Vale la aclaración que dichos obrados fueron analizados por la CSJN, la cual terminó pronunciando un veredicto absolutorio.

Ya desde el punto de vista internacional, se pueden encontrar, entre otros, el Caso “Bulacio Vs. Argentina”, del 18 de septiembre de 2003: la Corte I.D.H resalta el derecho de acceso a la justicia que tiene toda víctima de violaciones a derechos humanos y de los familiares de aquellas, consagrado en el art. 8.1 de la CADH: *“Esta Corte ha señalado en diversas ocasiones que el Estado parte de la Convención Americana tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y sancionar a*

las autores y a quienes encubran dichas violaciones. Y toda persona que se considere víctima de éstas o bien sus familiares tienen derecho de acceder a la justicia para conseguir que se cumpla, en su beneficio y en el del conjunto de la sociedad, ese deber del Estado.” Y agrega: “Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.”.

Asimismo “Los familiares de la víctima deberán 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”; como así también el Caso “Kawas Fernández Vs. Honduras”, Sentencia de 3 de Abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas) donde una vez más la Corte I.D.H. ratifica el derecho que tiene toda víctima a participar en todas las etapas del proceso con plena capacidad de acceso y actuación en los mismos:

“Con base en la jurisprudencia de este Tribunal, el Estado debe asegurar que las víctimas del presente caso tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de las investigaciones y procesos internos, de manera que puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses. Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación...”.-

Tal como se enunciara al comienzo del desarrollo del presente, reunidos la totalidad de los opinantes en un nuevo Laboratorio, y habiéndose sometido a consideración del pleno el tema materia de análisis y luego de un profundo y extenso debate, sentando cada uno de los miembros que componen el Taller su posición sobre el mismo, se arriban a tres posibles extremos:

A) Posición mayoritaria que argumenta en pos de un particular damnificado sometido a la actividad desplegada por el Ministerio Público, al menos en lo que respecta al curso de la Investigación Penal Preparatoria:

La comisión de un delito y el consecuente inicio de un proceso penal enfrentan por un lado a la víctima, quien sufrió un menoscabo a sus bienes jurídicos protegidos por la norma y, por

el otro al imputado quien soporta el motor de la persecución penal que, enciende contra él, el Estado mismo. Para que sus derechos, que a propósito resultan contrapuestos desde un primer momento, no se vean alterados, sin que se menoscabe la dignidad humana y el respeto por la persona del hombre, el ordenamiento jurídico reconoce, en cabeza de ambos, ciertas garantías como modo más perfecto de protegerse ante una eventual vulneración de los mismos.-

Del análisis de la normativa legal vigente no son tantos los interrogantes que emergen respecto de las potestades de la parte en cuestión durante la tramitación del Debate Oral, - surgiendo claramente de la ley de forma la posibilidad dada a aquel de asistir al juicio, plantear su teoría del caso, y solicitar pena, incluso cuando no lo haga el fiscal-, como si lo son en las etapas previas al mismo.-

El Art. 6 del Código de Rito Bonaerense delimita la competencia exclusiva del Ministerio Público Fiscal en los delitos de acción pública, "... sin perjuicio de la participación concedida a la víctima y al particular damnificado...". En su segundo párrafo, establece las facultades que le serán acordadas a este durante la tramitación del juicio oral, permitiéndole que sus peticiones sean oídas por el Juez o Tribunal, dando mérito ello a

abrirlo o continuarlo, a juzgar y a condenar con arreglo a las disposiciones allí establecidas. Pero párrafo seguido dispone expresamente que la participación de la víctima como del particular damnificado *no alterará* las facultades concedidas por la ley al Ministerio Público, ni lo eximirá de sus responsabilidades. Esta regla al decir de Maier *“se completa en su significado con su consecuencia procesal, el llamado principio de legalidad. Él comprende la afirmación, contenida en las leyes procesales penales, del carácter obligatorio de la persecución penal para los órganos estatales predispuestos para ese fin...”*.

El art. 79 del CPPBA determina, de modo taxativo, los derechos y facultades que le son acordadas a quien invoque el carácter de particular damnificado dentro de un proceso penal.-

Mas allá de la actividad desplegada por el Ministerio Público, de forma paralela este solo podrá instar a la revisión en caso que el Fiscal dispusiera el archivo de la causa, no contando en el ordenamiento formal con –por lo menos de modo expreso- algún otro tipo de potestad con ese carácter durante la tramitación de la investigación.-

En consonancia con ello el Art 334 bis del citado cuerpo legal, le da la posibilidad de requerir la elevación a

juicio de la investigación en el caso que el representante de la sociedad solicitara el sobreseimiento, extremo en el cual se deberá interpretar que la investigación la concluye el Ministerio Público Fiscal, no habiendo actividad del Particular Damnificado durante el curso de la instrucción extraña a la órbita del Ministerio Público. Solo recién a partir de ese momento podrán conjugarse las previsiones de la segunda parte del art. 6 del CPPBA.-

No podemos dejar de mencionar, como límite claro impuesto por el legislador el hecho que el particular damnificado carece de facultad para asistir a la audiencia prevista por el Art. 308 del CPPBA.-

Que considerando que el derecho procedimental resulta ser reglamentario de nuestra Constitución Nacional, si buscamos allí referencias sobre el tema materia de estudio, debemos iniciar nuestro análisis desde el preámbulo, el cual determina como finalidad de nuestra Carta Magna “el afianzamiento de la justicia”, para luego transitar al art. 18, el que versa sobre el derecho de defensa en juicio (respecto del cual entendemos que este cuando reza “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”, nos dice *que toda persona* tiene el derecho de defenderse, en el marco de un proceso, ante los ataques efectuados contra ella o sus derechos, no colocando en cabeza de determinado

sujeto la titularidad de ese derecho por lo que abarca la atribución de tener libre acceso a los tribunales para procurar y lograr el reconocimiento y la protección, aún penal, del derecho que se afirma violado, o de poder resistir la pretensión de restricción de derechos que implica la imposición de una pena), como así también el Art. 75 inc. 22 el cual nos abre al ámbito internacional, respecto de aquellos tratados con jerarquía Constitucional que son incorporados a nuestro ordenamiento a partir de la reforma de 1994, dentro de los cuales, podemos citar a modo de ejemplo el art. 8 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales normativizan el derecho de los ciudadanos de acudir a la Justicia para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.-

En el ámbito bonaerense, el art. 15 de la Constitución Provincial refiere en su parte pertinente que “La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia (...)”, extremo que implica, tal como sucede con el derecho de defensa, que dicha previsión abarque tanto a aquel sindicado como autor de un delito, como a aquel que resulto víctima.-

Si bien la participación de la víctima encuentra asidero Constitucional, entendemos que ello refiere meramente a la

potestad de intervenir en el proceso, pero con límites claramente marcados, debiéndose considerar y respetar en todos los casos a los derechos y garantías que la ley acuerda al imputado en un proceso penal –principalmente en lo que hace a su derecho de defensa en juicio-.

Resulta de extrema utilidad –teniendo en cuenta el lineamiento histórico planteado en el desarrollo del tema al tratar la evolución jurisprudencial en relación al instituto- tomar en consideración el precedente Storchi, particularmente en lo que hace al voto del Dr. Yacobucci quien entiende que “...la admisión del Querellante Particular en los delitos de acción pública es cuestión librada a las leyes procesales respectivas y su exclusión no compromete principio constitucional alguno...”...”...En lo restante, la actividad jurisdiccional juega un rol significativo en la integración, al menos axiológica, del sistema. Por eso lo primero a lo que corresponde atender es si la Constitución Nacional ha discernido un derecho a querellar por parte de las víctimas de delitos de acción pública. Lo segundo remite a verificar si esa cuestión aparece definida en la estructura básica del CPPN expresada a través de los enunciados de sus normas y la consiguiente búsqueda de sistematicidad entre estas. Luego, en virtud de las deficiencias ya apuntadas, es necesario analizar las orientaciones de la jurisprudencia constitucional sobre el tema. En esa línea cabe

evaluar los criterios expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diferentes precedentes –no siempre concordantes y definatorios- que, de todos modos, no establecen ni podrían lograrlo, el funcionamiento pleno de lo que es atributo de un sistema codificado. Asimismo, en lo que hace a la normativa internacional vigente sobre la materia, sostiene “...que si bien en esa normativa 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), no existen indicadores de que el recurso al que aluden esos preceptos resulte equivalente a un derecho de acusación privada por quien resulta víctima de un delito...” Que entonces, el citado concluye que “El querellante no tiene un derecho constitucional para intervenir en la causa criminal como tal ni a obtener la condena penal de terceros. En virtud de ello, su admisión en el sistema procesal que disciplina la investigación de los delitos de acción pública es tema que resulta competencia de las leyes respectivas y su exclusión por ende, no altera principios constitucionales”.-

Asimismo, se deberá merituar el valor que se le debe asignar a la Investigación Penal Preparatoria, la que se puede entender que presenta la característica de preliminar, en cuanto sus actuaciones no podrán ser utilizadas para fundar la condena del

imputado, siendo que únicamente aquello que deberá ser valorado por los jueces que asistan al juicio es la prueba efectivamente producida en tal ocasión, o bien como acto central del proceso. Entonces, mas allá de la tesitura adoptada, dificulta la operatividad del sistema el admitir medidas de prueba llevadas adelante por el querellante de modo paralelo al fiscal, desarticulando de ese modo el consorcio acusatorio, en cuanto este no solo carece del deber de objetividad, sino que tampoco cuenta, por ejemplo, con la facultad – de extrema importancia en lo que respecta al debido proceso y al derecho de defensa en juicio- de someter a un testigo al juramento de decir verdad.-

Sin perjuicio de la autonomía que la ley le concede por ejemplo en lo que respecta a aportar prueba a la instrucción, ello no implica su renuncia al consorcio acusatorio que conforma con el estado, por lo que se deberá desestimar su accionar de modo paralelo al Fiscal, lo cual lo convertiría prácticamente en un titular privado de la vindicta publica, lo que implicaría una seria afectación al ius puniendi.

Dentro del campo de estudio de la criminología, desde el iluminismo hasta el funcionalismo critico, se enrolan en contra de la tesitura de ampliar las potestades del acusador privado, negándole la posibilidad de perseguir delitos de modo autónomo al

menos en lo que respecta a los delitos de acción pública, puesto que la misma naturaleza que entraña esa clase de delitos, importa el interés y la participación del estado.

El proceso penal, y en mayor medida en este aspecto el derecho penal, han limitado las legítimas expectativas de la víctima, toda vez que la vigencia del ius puniendi dentro de nuestro estado de derecho importa la expropiación del conflicto penal a fin de demarcar límites dentro del mismo y evitar la venganza privada, dándole a las partes intervinientes determinados derechos y garantías dentro del procedimiento. Así las cosas, resulta difícil imaginar un proceso penal en el cual, impulsado solo por un particular damnificado, sin la participación estatal, exista otra finalidad que no sea la búsqueda de venganza. De útil consideración resultan las palabras de Donna, quien refiere *“insisto con la idea que la persecución y sanción de los delitos y la imposición de la pena a los autores y cómplices es una función del Estado, que además de lo ya expresado con anterioridad evita la venganza. Me resisto a pensar que ser moderno y progresista es volver a darle a la parte privada el derecho de la venganza por intermedio de los jueces”*.

Cabe concluir que las divergencias existentes entre las facultades acordadas a la figura en la etapa instructoria con

las habilitadas una vez radicado el proceso ante el órgano de juicio, como así también la naturaleza jurídica del propio instituto obedecen a cuestiones meramente de política criminal.-

La figura del querellante surge en ocasión de la crisis del ius puniendi, en cuanto la víctima no se conforma ya con la actividad persecutoria del estado, lo cual conlleva la consecuente crisis del derecho penal, puesto que, todas aquellas teorías que en su momento se han postulado en miras de fundamentar la imposición de una pena por parte del estado, son en nuestros días objeto de serias críticas. Ya no podemos hablar de una prevención general positiva, de una resocialización, etc. sino que con la amplitud de potestades dadas a la víctima se estaría promoviendo el retorno a una teoría absoluta de la pena.

En cuanto sigan en boga los principios de dignidad humana, y bien jurídico político, y siga siendo el estado quien imponga las penas, mas allá de posibles modificaciones que pueda sufrir la ley vigente al día de la fecha, creemos sería muy difícil que esta habilite las facultades acordadas a la víctima dentro del proceso penal al extremo tal que este pueda por si solo llevar adelante una investigación, puesto que ello representaría un notorio neopunitivismo, toda vez que se trataría de dotar a la víctima de potestades que impliquen dejar a un lado al único órgano estatal que

esta capacitado para proseguir la acción penal, y sujeto al deber de objetividad en su obrar – ello, sin perjuicio de las potestades de revisión y control de las pruebas sometidas a sentencia del o los magistrados intervinientes en el proceso-.

Asimismo, por la minoría, se plantearon las siguientes tesis:

B) Disidencia que admite amplitud de facultades para el Particular Damnificado:

Los derechos con los que cuenta la víctima dentro del proceso penal tienen tanto raigambre constitucional como reconocimiento internacional, no existiendo argumento valedero para negarle a la aquella la posibilidad de participar activa y autónomamente en el procedimiento, no teniendo cabida alguna toda interpretación restrictiva que se haga del artículo 71 del código penal, que conlleve a negarle al ofendido su capacidad de participar en el proceso, o a subordinarlo al proceder del Ministerio Público, máxime si consideramos el actual Art 6 del CPPBA, el cual le otorga estas posibilidades concretas.

Asimismo, desestimo el argumento que implica dejar a un lado a la víctima dentro del proceso en pos del temor de la búsqueda por parte de esta de venganza por el menoscabo padecido a sus derechos puesto que la acción penal se ejerce dentro

de un procedimiento que se encuentra regulado por la ley, siendo el juez: el que tendrá a su cargo el deber de controlar el cumplimiento de las formas esenciales y de aplicación de la ley de fondo.-

En consecuencia, entiendo la amplitud de potestades de la víctima dentro del proceso, pudiendo esta iniciar, continuar y finalizar el proceso penal con independencia del Ministerio Público Fiscal.-

**C) Disidencia que postula la prescindencia del Particular
Damnificado en el Proceso Penal:**

La justificación del poder punitivo estatal parte de evitar la venganza particular, principalmente del ofendido.

Los procesos inquisitoriales se iniciaban, por lo general, de oficio y la acusación pública era sustituida así por la denuncia secreta y anónima, que consagraba, precisamente, la desigualdad de partes e implicaba la coincidencia del acusador con el juez en una sola persona, eliminándose el principio [nemo iudex in sua causa](#) y el [principio de contradicción](#) que se exige en los procesos ordinarios. Aquí es donde situó el origen del Instituto, alentado por la burguesía reinante en desmedro de las clases inferiores.

Entiendo que la figura en tratamiento no encuentra asidero constitucional, y agrego, que la misma

jurisprudencia ha alterado el significado y alcance a ella dados, sirviendo a la postre ello a forzadas reformas de la ley procesal.-

Partiendo de lo sostenido en el primer párrafo en lo que respecta al posicionamiento estatal frente al conflicto de los particulares, el admitir la participación de la víctima dentro del proceso penal es atacar la esencia del propio ius puniendi.

No puedo dejar de considerar en este tópico la posibilidad recursiva dada al querellante contra la sentencia contraria a sus pretensiones, entendiendo que, de hecho, tampoco resulta procedente tal potestad para el Ministerio Público, en cuanto la garantía de doble instancia no es tal sino que para el imputado de modo exclusivo. Ello, de no ser así conspiraría contra el principio ne bis in ídem, el de reformatio in peius, y, en general contra aquella que le da al condenado la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria, el cual se torna inoperable si la ley le otorga también potestades recursivas al acusador –sea público o privado-.-

La vigencia de esta figura dentro del proceso penal conspira contra el derecho de defensa como tal, en cuanto agrava la situación del propio procesado, quien ya no tiene un acusador a su frente, sino al menos dos, respecto de los que deberá defenderse, ello sin entrar a considerar que este carece de los deberes de objetividad, imparcialidad y lealtad para su actuación

judicial, contando este con un poder ilimitado de persecución incluso frente a inocentes.