<u>ACUSACION PRIVADA</u> ¿Suplirá al Ministerio Publico Fiscal?

Dario A. Baggini Mat. Prov. 1-44101 – Mat. Fed. T.504 F.990. Abogado.

<u>Reseña</u>: I.- Prolegómeno; II.- Breve conceptualización para no aburrir; III.- ¿Qué es el principio de oficialidad?; IV.- Legislación vigente y análisis jurisprudencial vidrioso; V.- ¿Y si el fiscal sobresee en vez de elevar a juicio? ¿Puede –el querellante- suplir al Ministerio Publico Fiscal?

I.- <u>Prolegómeno</u>

Hemos visto particulares ofendidos que se constituyen en querellantes particulares a los fines de coadyuvar en el proceso a los fines del descubrimiento de la verdad real logrando el ideal de Ulpiano, esto es, *dar a cada uno lo suyo*.

Ese mismo querellante, luego de ofrecer pruebas, interrogar testigos, trabajar codo a codo con el acusador público, obtiene la tan ansiada elevación de la causa a juicio. Ya se encuentra a un paso de completar el callejón del descubrimiento de la verdad real y lo transita en el debate oral, casi como espectador de la brillante dirección técnica que lleva adelante el Ministerio Publico Fiscal. Ahora bien, al momento de acusar, el fiscal solicita la absolución. Todo el trabajo del querellante se desmorona frente a sus ojos y la atenta mirada de los familiares y amigos de la víctima. ¿Qué debe hacer en estos casos? ¿Se queda de brazos cruzados siendo penetrado por la mirada de sus clientes o puede tomar las riendas y acusar, pese no haberlo hecho el fiscal?

Como ya se verá, la cuestión –aunque con idas y venidas- ya fue zancada por nuestro Cimero Tribunal de la Nación.

Ahora bien, el tema que nos ocupa es otro y se trata del siguiente:

En la investigación penal, ¿puede el querellante particular acusar sin que lo haga el representante del Ministerio Publico Fiscal?

Veamos.

II.- <u>Breve conceptualización para no aburrir</u>

De antaño estudiamos que el dueño de la acción penal es el Ministerio Publico Fiscal. Ello surge de la letra del artículo 120 de la Constitución Nacional cuando reza: *"El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República"*.

No es momento de discutir la autonomía funcional; autarquía financiera ni la coordinación con las demás autoridades de la Republica. Lo que aquí interesa es dilucidar el claro-oscuro de la siguiente pregunta: ¿Qué es promover la actuación de la justicia?

Si intentamos encontrar el alcance en la ley 27148 - Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, sancionada: junio 10 de 2015, promulgada: junio 17 de 2015 veremos que el artículo primero copia y pega la letra de la Constitución Nacional transcripta *supra.*

"El ministerio fiscal es, un órgano de justicia al igual que el tribunal, pero no ejercita el poder jurisdiccional, lo que es privativo de este; es el órgano judicial publico instituido para excitar la decisión del órgano jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción"[1].

En la nota al pie numero cuarenta y tres de la página citada *supra,* el maestro Claria Olmedo –que falleciera en un fatídico accidente en 1985 ocasionando una enorme pérdida para la ciencia jurídico penal- textualmente reza: *Como mejor prueba de explicación de lo que debe ser el ministerio fiscal en materia penal y al mismo tiempo de la demostración de cómo hace más de un siglo ya se tiene conciencia clara de ello, reproduciremos enseguida la nota obrante en la página 368 del t. I del Derecho Procesal Penal de Alcalá Zamora y Levene. Por intermedio de Lastres, estos autores traen la siguiente reflexión de Hernández de la Rúa en su obra De la organización, atribuciones y deberes del ministerio fiscal, publicada en Madrid en 1853: "El ministerio fiscal debe ser inflexible en el cumplimiento de su deber; no tiene gracias que conceder, ni existen para él agravios que vengar; la ley le prohíbe la indulgencia, la ley le veda la severidad. Ni el temor, ni las lágrimas, ni las amenazas, ni las ofertas deben separar a los funcionarios del ministerio público de las sendas trazadas por las leyes, y asi es que ni el llanto de la*

[1] CLARIA OLMEDO, Jorge A. – *TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL – Tomo II*. Rubinzal Culzoni. 1° Ed. 2008. P.298.

madre desconsolada ni de la esposa tierna deben excitar su compasión; ni las amenazas del sanguinario asesino producir el temor, ni la influencia del poderoso debe inclinar al ministerio público ni a la indulgencia ni a la severidad". En esto, pues, nada se diferencia de los jueces; unos para pedir condena o absolución, los otros para resolverla.

Que el ministerio público sea el dueño de la acción penal y no el querellante, está por demás explicado en los párrafos anteriores ya que el querellante –al no ser una persona parcial ni objetiva- persigue otros intereses, además del descubrimiento de la verdad real, como puede ser la venganza; dinero; etc lo que lo aleja de la finalidad establecida en la Constitución Nacional cuando reza: "…en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad…" O sea, el ministerio publico "… tiene por función promover la actuación de la justicia…", pero no en beneficio propio, sino "…en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad…". Ello lo diferencia del querellante particular y es por ello que, adelantando opinión, este último no podría suplir al ministerio público en el impulso del proceso en la etapa penal instructora.

III.- ¿<u>Qué es el principio de oficialidad</u>?

"El principio de oficialidad u oficial, como suele llamárselo más a menudo, es, en su origen, una manifestación de la justicia estatal desde que el Estado asumió la administración de la justicia desplazando a los particulares en su actuar directo"[2].

"La oficialidad es principio sentado para dar seriedad al proceso y no para facilitar la tiranía procesal"[3].

"Con excepción de los delitos solo perseguibles mediante el ejercicio privado del poder de acción penal (adulterio, calumnias e injurias, competencia desleal y violación de secretos), en nuestro derecho vigente, la persecución penal está a cargo del ministerio público fiscal, quien ejerce el poder de acción penal exclusivamente o, según los cuerpos legales, con la participación conjunta del ofendido como querellante particular"[4].

Ya en el año 1960, el maestro cordobés dejaba muy en claro quién era el único dueño de la acción penal, situación que fue respetuosa de la Constitución Nacional hasta el dictado de la ley 27.372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de

[2] CLARIA OLMEDO, Jorge A. – *TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL – Tomo I*. Rubinzal Culzoni. 1° Ed. 2008. P. 477.
[3] Ob. Cit. P. 478.
[4] Ob. Cit. P. 479.

Delitos, que, en su artículo 82 pareciera romper con el principio de oficialidad exclusivo y excluyente del ministerio público fiscal, diciendo –textualmente: “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…”

Aquí sobreviene otra pregunta y es la siguiente: Impulsar, ¿Implica que el querellante puede indagar; elevar la causa a juicio; sustanciar el proceso y pedir pena?

¿Cuál sería el rol del ministerio público?

Evidentemente, de seguir por esta senda, o se termina modificando la constitución o declaran la inconstitucionalidad del art. 82 ley 27.372 o un fallo del Cimero Tribunal de la Nación arroja luz interpretativa sobre la palabra “impulso”.

IV.- <u>Legislación vigente y análisis jurisprudencial vidrioso</u>

En virtud de lo prescripto en el artículo 80 de la Constitución Nacional, la Ley Nº 27.372 sancionada por el HONORABLE CONGRESO DE LA NACION el 21 de junio de 2017, ha quedado promulgada de hecho el día 11 de julio de 2017.

Bien, estamos hablando de la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos. La misma fue consecuencia de toda una corriente que pregona la protección de la víctima y le da un rol preponderante dentro del proceso; situación de la que se vio excluida años anteriores.

Entre decenas de derechos que se le acuerdan –motivo de reflexión y estudio en otro texto- se encuentra el ya enunciado articulo 82 que –textualmente- reza: “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”.

Ciertamente, la parte que choca contra la letra de la Constitución Nacional –no iluminado por la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de la Nación- es cuando dice: “…impulsar el proceso, …”.

¿Puede el querellante particular impulsar el proceso si el ministerio publico fiscal no lo hace?

No trataré sobre la posibilidad que el mismísimo querellante INDAGUE, ya que eso no ha ocurrido al dia de la fecha, sino a la posibilidad que acuse y pida pena, situaciones ya zancadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nacion.

La exigencia de acusación, como forma sustancial de todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito contenga distingo alguno respecto de quien la formula. En consecuencia, nada obsta a que la impulse la victima querellante, mediante la apelación, aunque no haga lo propio el fiscal y aunque éste haya pedido la absolución[5].

Cabe aclarar que *"Santillán"* tuvo como antecedente a *"Otto Wald"*, *Fallos: 268:266 de 1966* donde ya la Corte le había dado la posibilidad, a todo aquel que la ley le acuerde personería, para actuar en defensa de sus derechos y que el mismo surgía del mismísimo articulo 18CN.

En el caso *"Tarifeño"*[6] la mayoría de la Corte Suprema había entendido que la acusación constitucionalmente valida a los fines de una eventual sanción penal era el pedido de condena efectuado por el fiscal, una vez concluida la audiencia oral. Pero en *"Marcillese"*[7], la mayoría del tribunal mudó su criterio, manteniendo la condena del procesado a pesar el pedido de absolución formulado por el fiscal, quien, en su oportunidad, había solicitado la elevación de la causa a juicio, haciendo mérito de la prueba.

Más allá del alcance interpretativo que merezca la sentencia recaída en "*Marcillese"* – y si mudó o no en todos sus términos el precedente "*Tarifeño"*- aquella sentencia puede poner en cuestión el carácter independiente y autónomo del Ministerio Publico y el carácter de *cuarto poder* que le he atribuido[8]

Por lo visto, la cuestión –luego de la elevación a juicio- estaba resuelta hasta el dictado del fallo *"Mostaccio"* del 2004, donde la Corte regresa a la doctrina sentada en "*Marcilese 2002"* y "*Fiscal c/ Fernandez 2001"*.

---

[5] GELLI, Maria Angelica – *CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA, COMENTADA Y CONCORDADA. 5° Ed. Ampliada y Actualizada. T.II 2018. p. 701 – Nota al pie 1733 citando Considerandos N°. 10 Fallos: 321:2021 –"Santillan"*.

[6] CSJN – "Tarifeño, Francisco", T 209, XXII (1989).

[7] CSJN – "Marcillese, Pedro J. y otro", Fallos 325:2005 (2002).

[8] GELLI, Maria Angelica – *CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA, COMENTADA Y CONCORDADA. 5° Ed. Ampliada y Actualizada. T.II 2018. p.702.*

En resumidas cuentas, al dia de la fecha, sin acusación (elevación de la causa a juicio) y pedido de pena, no hay condena.

V.- ¿<u>Y si el fiscal sobresee en vez de elevar a juicio?</u> ¿<u>Puede –el querellante- suplir al Ministerio Publico Fiscal</u>?

Como vimos, la postura de la Corte –en "*Mostaccio*" mudo su criterio sentado en "*Santillan*", por lo que, no solo sería necesario la elevación de la causa a juicio, sino un pedido fundado de pena a los fines de lograr la condena.

Ahora bien, luego de la sanción de la Ley Nº 27.372, ¿puede el querellante suplir el *principio de oficialidad?* ¿Puede lograr la elevación de la causa a juicio mediante apelación al sobreseimiento dictado por el Ministerio Publico Fiscal? ¿Puede lograr condena contra un pedido expreso de absolución por parte del Fiscal?

Se vislumbra un cambio jurisprudencial y de reciente data puedo citar el precedente: "MOSSANO, ROBERTO JOSE Y OTROS S/ DEFRAUDACION POR ADMINISTRACION FRAUDULENTA, INFRACCION ART. 174 INC. 6, EVASION SIMPLE TRIBUTARIA Y ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACION DE DEBERES DE FUNCIONARIO PUBLICO (ART. 248)" (EXPTE. FCB 42000087/2008/CA3)", que, en fecha 28/05/2019, la Cámara Federal de Apelaciones de Cordoba, Sal B, con voto del Dr. Luis Roberto Rueda –al que adhirieron sus pares- resolvió que el requerimiento formulado por el querellante particular en cuanto al delito de asociación ilícita es válido, pese que no hizo lo propio el Ministerio Publico Fiscal, atento que el IMPULSO se había dado válidamente mediante la indagatoria llevada a cabo en justicia provincial 9 años antes.

Dicho precedente va por la misma senda que la manda del artículo 82 de la ley 27.372 en cuanto al poder de impulso procesal por parte del querellante.

Ahora bien, ¿ese impulso mediante indagatoria, será suficiente a los fines de poder lograr la elevación a juicio de la causa –en la hipótesis de pedido de sobreseimiento fiscal- con más pedido de pena y condena?

Si nos atenemos a la doctrina sentada por la Corte –aunque con anterior integración- la respuesta es negativa.

Si nos acompañamos de la corriente actual sobre derechos de la víctima, no solo se logrará elevación a juicio y condena, sino que terminarán modificando la

Constitución Nacional, colocando al Ministerio Publico Fiscal como un ayudante del querellante.

Bell Ville, 29/05/2019.