

EL QUERELLANTE AUTÓNOMO EN EL INSTITUTO DE CONVERSIÓN DE LA ACCIÓN*

MICAELA R. REDONDO**

Resumen: Sobre la base del derecho internacional, la opinión de la jurisprudencia y los debates doctrinarios, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación recepta un cambio de paradigma. Como consecuencia del reconocimiento de amplios derechos y facultades a la víctima, incorpora la noción de querellante autónomo y el instituto de conversión de la acción. El presente ensayo estudiará el camino que lleva a la anexión de dichas innovaciones legislativas, partiendo de la devolución del conflicto que le fue expropiado a la víctima, su autonomía, y el ingreso de un principio de oportunidad reglado. A su vez, se analizarán dos inconvenientes que trae aparejado convertir la acción: la tensión entre los intereses de la víctima y los derechos del imputado, y la doble acusación que surge cuando participa un querellante estatal.

Palabras clave: víctima – bien jurídico objetivado – expropiación del conflicto – tutela judicial efectiva – persecución penal estatal – querellante autónomo – conversión de la acción – principio de oportunidad – control de legalidad – *ne bis in idem* – querellante estatal

Abstract: Based on international law, legal opinions and doctrinal debates, the new National Criminal Procedure Code reflects a paradigm shift. As a consequence of the acknowledgement of the victim's broad rights and faculties, it incorporates the notion of autonomous complainant and the institution of action transformation. This essay analyses the path that leads to the annexation of those

* Recepción del original: 23/11/2016. Aceptación: 27/11/2016.

Este trabajo fue realizado en el marco del curso del CPO orientado a la investigación “Régimen del Proceso Penal” a cargo del Prof. Ignacio Tedesco.

** Estudiante de Abogacía (UBA). *Agradezco afectuosamente a mi profesor, Nacho Tedesco, por su generosidad e impulso constante; Y a mi familia, por su apoyo incondicional. Especialmente a Mario, quien me introdujo en el apasionante mundo del derecho.*

legislative innovations, departing from the devolution of the conflict which had been expropriated from the victims, their autonomy and the introduction of a ruled prosecutorial discretion principle. In addition, two inconveniences which are entailed to the procedure of action transformation will be analyzed: the tension existing between the victims' interests and the accused's rights and the double accusation that arises when a state prosecutor conducts the process.

Keywords: victim – protected legal right – conflict expropriation – effective legal protection – state criminal prosecution – autonomous complainant – criminal action transformation – opportunity principle – legality control – *ne bis in idem*– state complainant

I. LA VÍCTIMA

Cuando intentamos definir la palabra víctima, solemos acudir a ejemplos: uno puede imaginarse que ante un homicidio doloso necesariamente nace una víctima, pero no parece sencillo delimitar el sentido de dicho término. Al respecto, Bovino sostiene que resulta inevitable recurrir a criterios normativos para precisar quién es víctima.¹ Siguiendo esta corriente, sostenemos que es víctima únicamente a quien la ley penal define como tal. Ello es una consecuencia lógica de un sistema penal que actúa mediante un mecanismo de inclusión-exclusión: primero constituye al individuo como víctima, y luego el Estado excluye al ofendido, pasando a ocupar su lugar y actuar en su nombre.

Siendo esto así, acudimos al nuevo Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN) para ver qué se entiende por víctima. El artículo 78 del citado cuerpo legal establece:

Artículo 78.- Calidad de víctima. Este Código considera víctima:

A la persona ofendida directamente por el delito;

b. Al cónyuge, conviviente, herederos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos;

1. BOVINO, A., *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p.81.

c. A los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren, organicen o controlen;

d. A las asociaciones o fundaciones, en casos de crímenes de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados y se encuentren registradas conforme a la ley;

e. A los pueblos originarios en los delitos que impliquen discriminación de alguno de sus miembros, genocidio, o afecten de modo directo sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente.

I.A. La víctima objetivada en un tipo penal

Definir a la víctima a través de un tipo penal trae como consecuencia que ella quede atrapada en el mismo tipo que la constituye como tal, lo que en el discurso jurídico se traduce al concepto de bien jurídico.

Un bien jurídico objetivado implica necesariamente su despersonalización: si bien existe una víctima, el Estado no necesita remitir a la persona de carne y hueso. Es por esto que la desobediencia a la norma alcanza para habilitar el poder punitivo estatal, sin interesar la existencia de un daño concreto. Sobre la base de ello, cuando un individuo sufre una lesión, por existir la indisponibilidad de ciertos bienes (que también determina el Estado), media un juicio objetivo y externo a la víctima que se formula sin tener en cuenta su opinión.²

El problema resulta claro al confrontar el bien jurídico objetivado con el art. 19 de la Constitución Nacional (en adelante CN) a partir del cual se puede afirmar que todo bien jurídico requiere de un titular; hay que subjetivarlo. Siendo que las víctimas son las originales y verdaderas titulares de ellos, y una parte indiscutida del conflicto, deberían estar facultadas para pretender que se tutelen sus bienes jurídicos y, consecuentemente, accionar. Pues tal como veremos, quien puede pretender, puede accionar.

I.B. La expropiación del conflicto

En la Europa continental, el derecho germánico organizó un derecho penal fundado en un sistema de acción privada, donde reinaba la compo-

2. *Ibid.*, pp.91-92.

sición como forma de solución de los conflictos sociales. Aquí la víctima era protagonista.

Sin embargo, desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII, ante la necesidad de las monarquías absolutas de centralizar el poder político, se impuso el sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo. El mismo se caracterizó por la persecución penal de oficio y la averiguación de la verdad como meta del proceso. El sistema penal se transformó en un instrumento de control estatal sobre los súbditos, desplazando por completo la voluntad de la víctima. En otras palabras, el Estado se expropió de todas las facultades que poseía el ofendido, quien figura únicamente como testigo, legitimando con su presencia el castigo estatal. Como correlato, desaparece la noción de daño, y con ella la de ofendido, surgiendo en su lugar la idea de infracción como lesión frente a Dios o el rey. En tal sentido, Castex afirma que "al confundir delito con pecado la Inquisición generó el concepto de infracción que desplazó como fundamento la reacción penal -y por tanto, de la justificación de la pena- (...)"³ Por esto es que "la víctima es una especie de perdedora por partida doble, primero frente al delincuente, y segundo – a menudo de una manera más brutal- al serle denegado el derecho a la plena participación (...)"⁴

Con el Estado liberal, se consolida un nuevo procedimiento al que algunos denominan mixto. Personalmente, encuentro más conveniente llamarlo sistema inquisitivo reformado, ya que se mantiene la base del poder estatal: la persecución penal sigue en manos del Estado. En este contexto es donde aparece el principio de legalidad al que nos referiremos un poco más adelante.

En el derecho moderno, la corriente abolicionista propone devolverle a las víctimas implicadas el manejo de sus propios conflictos: "la víctima debe re apoderarse del conflicto que le había sido expropiado por el estado"⁵, por lo que resulta importante no basar el sistema en un deber, sino en un daño. Es decir, que el foco de atención no sea el autor del delito, sino

3. CASTEX, F., *Sistema acusatorio material: una investigación sobre los fundamentos del querellante autónomo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1ª edición, 2013, p.92.

4. CHRISTIE, N., "Los conflictos como pertenencia", en, MAIER, J. B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p.162.

5. BOVINO, A., "La víctima como preocupación del abolicionismo penal", en, MAIER, J. B. J., ob.cit., p. 275.

la víctima.⁶ Esto a su vez parece ser lo que recepta el derecho internacional, encaminado a un sistema acusatorio material.

I.C. El reingreso de la víctima en el escenario de la justicia penal. Su derecho a la tutela judicial efectiva

Parece ser que el actor civil y el querellante en los delitos de acción pública y privada no alcanzan hoy para satisfacer los intereses de la víctima. Esto, sumado a la crisis de legitimación que padecen la justicia penal y la pena estatal, llevaron a la necesidad de crear transformaciones que implican el reingreso de la víctima en el escenario de la justicia penal. Entre ellas, la reparación del daño y mayores derechos de participación formal para la víctima en el procedimiento penal.

En el ámbito supranacional se expresó que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito, es la necesidad de cumplir con su obligación de garantizar el acceso a la justicia de las víctimas, lo que se traduce en el derecho a una tutela judicial efectiva.⁷ Es precisamente por esto que el derecho internacional le concede a la víctima la facultad de perseguir la imposición de un castigo. Es decir, la pena del culpable es un derecho de la víctima. El primer antecedente se encuentra en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (DADyDH), cuya cláusula fue el pie para la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), y posteriormente la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Con la jerarquización de los tratados de derechos humanos previstos en el inciso 22 del artículo 75 de la Carta Magna, la víctima amplió de manera expresa la nómina de derechos. Los arts. 8.1 y 25 de la CADH, y el 14.1 del PIDCP reconocen el acceso a la justicia para ejercer la acción penal en procura de una tutela judicial efectiva. A su vez, la CN la resguarda en su art.18, lo que conlleva a entenderlo como una garantía constitucional. En suma, deslegitimar al particular en su rol de eventual

6. CASTEX, F., ob. cit., p. 93.

7. CIDH, Informe N° 34/96. Casos 11.228 y otros. Consultado en: [<http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Chile11228.htm>], el 11/12/2016.

querellante, implica vulnerar tanto la Constitución Nacional como a los tratados internacionales.

Ahora bien, ¿cómo debemos entender esa participación? La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el fallo "Zambrano Vélez c/ Ecuador", enfatizó el derecho de las víctimas y sus familiares a ser oídos y participar ampliamente en el proceso: "La Corte ha establecido que el deber de investigar no debe ser asumido por el Estado como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciática procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. Esto último no se contrapone con el derecho que tienen las víctimas de violaciones de derechos humanos o sus familiares, a ser escuchados durante el proceso de investigación y el trámite judicial, así como a participar ampliamente de los mismos".⁸

Si bien esto es un correlato de la víctima como sujeto titular del bien jurídico, también es cierto que únicamente el querellante autónomo posee la facultad real de acudir al órgano jurisdiccional para ser oído sin límite alguno, porque el resto de las modalidades dependen del actuar del Fiscal. Pastor toma una postura crítica al respecto, y enuncia que el reconocimiento de un querellante con dichas características implicaría crear una Carta Magna de la víctima. Castex responde que únicamente reconociendo un querellante autónomo se logra satisfacer el derecho a una tutela judicial realmente efectiva.⁹

Siguiendo la postura a favor de la intervención de la víctima, la CIDH enunció en el caso "Bulacio" las consecuencias positivas de la intervención del ofendido en el proceso. Afirmó que "la investigación de los hechos satisface el derecho a la verdad que tiene toda víctima. La imposición de una pena al culpable de lo sucedido no solo afirma y comunica a la sociedad la vigencia de la norma transgredida, según las ideas más corrientes de la prevención general positiva, sino que también posee un inequívoco sentido reparador para la víctima y/o sus familiares (...) la aplicación de una pena a quien cometió el hecho, restablece la dignidad y la estima de la víctima frente a sí misma y a la comunidad. Repara en alguna medida el mal sufrido. La impunidad no solo alienta la repetición futura de los mis-

8. CIDH, "Zambrano Vélez c/Ecuador", 4/7/2007.

9. CASTEX, F., ob. cit., pp. 80-82.

mos hechos, sino que impide el efecto reparador que tiene para la víctima la sanción penal".¹⁰

En el derecho interno, la CSJN sostuvo por mucho tiempo, tal como describió en "Quiroga", que el ofendido por el delito de acción pública no tenía derecho a procurar la investigación y castigo del autor del delito, puesto que consideraba que esa intención no era un derecho de propiedad sino una mera concesión legal susceptible de suprimirse en todo tiempo. Consecuentemente dispuso que "lo atinente a la obtención de una condena criminal no es susceptible de amparo en beneficio de los particulares y con fundamento en los arts. 14, 17, y 18 de la CN (fallos: 253:193)".¹¹ Sin embargo, al tomar los principios sentados por "Bulacio", el Tribunal Supremo de nuestro país pasó a sostener que "el derecho a la tutela judicial efectiva implica la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas".¹²

En "Santillán",¹³ la Corte parece inmiscuirse en la corriente de pensamiento que postula que el derecho penal tiene la finalidad de tutelar los intereses concretos de las víctimas y, subsidiariamente, proteger los intereses generales de la sociedad, simbolizados penalmente en bienes jurídicos. En este sentido, Cafferata Nores señala que "el delito no es solo una lesión a un bien jurídico abstracto protegido como tal por la ley penal, (v.gr., 'la' propiedad), sino que es también una lesión al derecho concreto del ofendido (v.gr., 'su' propiedad)".¹⁴

Como no podía ser de otra manera, el nuevo CPPN adecúa el derecho interno a las mandas que el sistema interamericano ha impuesto. A través de su art. 12, asegura el derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva:

Artículo 12.- Derechos de la víctima

La víctima tiene derecho a la tutela judicial efectiva, a la protección integral de su persona, su familia, sus bienes frente a las consecuencias del delito, a participar del proceso penal en forma autónoma y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto (...)

10. CIDH, "Bulacio c/Argentina", caso 11.228, 18/09/2003.

11. CSJN, "Quiroga, Edgardo Osar s/ causa N°4302", 23/12/2004.

12. [s]i.

13. CSJN, "Santillán, Francisco Agustín s/recurso de casación", 321:2021, 13/08/1998

14. CAFFERATA NORES, J. I., "¿La pena del culpable es un derecho de la víctima por ser parte de su reparación?" en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 3ª edición, 2005, p.67.

II. LA PERSECUCIÓN PENAL ESTATAL Y LA INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA

La cuestión relativa a la participación de la víctima en los delitos de acción pública como actor penal es, desde siempre, ampliamente debatida en nuestro país. No es casual entonces que nuestro ordenamiento se adhiera al sistema de la persecución penal pública, mediante la oficialidad de la acción penal y la oficiosidad de su ejercicio. El Código Penal de la Nación (en adelante CP) establece:

Artículo 71.- Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

Las que dependieren de instancia privada

Las acciones privadas

De lo anterior se acostumbra a interpretar que el Estado tiene el monopolio de la acción penal pública. Esto significa que en su inicio, desarrollo y culminación se encuentran en manos del MPF. Hay quienes consideran que la intervención de la víctima como actor penal en estos delitos será adherente a la del Estado, porque de permitir a la víctima actuar en soledad (querrela autónoma) se vería afectado el carácter público de la pena.¹⁵ Por otro lado, hay quienes creen que por ser un monopolio directamente se excluye a la víctima en dichas acciones. Es aquí donde entra en pugna el monopolio estatal de la acción pública y la intervención de la víctima.

Sostener que el mencionado art. 71 CP ha querido suprimir el ejercicio simultáneo por parte de la querrela, es excesivo. Si el legislador hubiese querido eliminar ese derecho, estaría explícito o suficientemente motivado, por lo menos, en la exposición de motivos del proyecto.¹⁶ El conflicto no es propiedad exclusiva del Ministerio porque precisamente por su carácter público la pena recae en manos del órgano jurisdiccional, y no del MPF.¹⁷ Además, hemos visto que la víctima es el sujeto titular del bien jurídico afectado. Por eso, ante la violación de un derecho subjetivo material puede

15. NANZER, A., "La satisfacción de la víctima y el derecho al castigo", en PASTOR, D. (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2009, p.353.

16. CAFFERATA NORES, J. I., "El querellante en los delitos de acción pública y la Constitución Nacional", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, Gráfica Pafermor, 1983, año XXV-44, p.188.

17. CASTEX, F., ob. cit., p.81.

pretender y consecuentemente accionar, es decir, ocurrir ante la autoridad para que tutele el derecho subjetivo violado. Porque quien puede pretender, puede accionar.¹⁸

Es que la publicidad de la acción penal no lleva necesariamente a la exclusión de la víctima:¹⁹ bien puede compartirse, por ejemplo, ante la comisión de un delito que provoque un daño real a la víctima de carne y hueso, y una lesión al interés público. Es decir, la pretensión no tiene que ser necesariamente exclusiva del ofendido o del Estado. Este puede acusar a través del MPF, y a su vez la víctima puede accionar constituyéndose en querellante.

Lo trascendente en un proceso acusatorio y contradictorio entonces es que haya alguien que acuse, resultando indiferente si se trata de un acusador público o uno privado. ¿Por qué es importante que exista una acusación? Porque la CN le acuerda implícitamente categoría constitucional a través de su artículo 18: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo (...)", y entiendo que un juicio necesariamente requiere de una acusación anterior. En el mismo sentido opinaron el Procurador Fiscal en el caso "Sabio"²⁰ y la CSJN en "Otto Wald".²¹

Tampoco la participación del ofendido desnaturaliza el carácter público de la pena, puesto que ella es consecuencia de un derecho penal revestido de dicha característica. Partimos de la base de que el derecho público regula la relación entre el Estado y el particular, cuando el primero ejerce su poder de *imperium* y el segundo se subordina a él. La existencia de un delito, la determinación de la responsabilidad penal, y el cumplimiento de la pena implican un Estado coercitivo, por lo que seguiríamos estando frente a un derecho público y, por consiguiente, una pena pública.

Quienes propagan la idea del monopolio estatal, fundamentan la persecución penal de oficio en el temor a la venganza privada. En este sentido, Ferrajoli ha descrito que el derecho penal nació para impedir la venganza privada de los particulares, para evitar la justicia por mano propia. Aclara además que el hecho punible lesiona más allá del daño concreto que percibe la víctima. Al verse comprometido el interés público, se sustituye al

18. FANCESCHETTI, G. D. y GAMBA, S. B., *El querellante. La reivindicación de la víctima en el proceso penal*, Rosario, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2da edición, 2010, p.92.

19. CAFFERATA NORES, J. I., "El querellante en...", ob.cit., p.174.

20. CSJN, "Sabio, Edgardo Alberto", S.58.XLI, 11/07/2007.

21. CSJN, "Wald, Otto s/art.302 del C.P.", 268:266, 21/07/1967.

ofendido por un tercero imparcial.²² Esto justifica que el castigo sea llevado adelante por un órgano estatal a través de la persecución penal.

Sin embargo, como ya vimos, el Estado está perdiendo la confianza de la comunidad en que la justicia y la pena sirven para evitar la venganza de la víctima, con lo que la función que propone Ferrajoli está en crisis. No se pretende que el ofendido vuelva a tener la espada en mano para ejercer el poder punitivo, sino darle la posibilidad de que se apliquen en el caso concreto normas de derecho público, que pretenda su venganza a través del sistema de enjuiciamiento, y que sea el Tribunal quien decida.²³ Cafferata Nores recepta esta idea diciendo que "la intervención de este (el ofendido) solo tendería a facilitar la punición (no a condicionarla) determinando la intervención del órgano jurisdiccional, que será el encargado de esclarecer si hay fundamento o no para iniciar o perseguir el proceso".²⁴

Adheridos a esta posición se sugieren que el Estado debe necesariamente redefinir su rol dentro del proceso de criminalización y avanzar hacia un lugar donde la persecución privada, la discrecionalidad en el ejercicio de la acción y la solución del conflicto sean la regla (pues solo así la reparación tendrá un valor positivo), y la persecución penal pública, y la indisponibilidad de la acción la excepción. De esta forma, la víctima manejaría una mayor gama de posibilidades para resolver el conflicto que le es propio.²⁵

III. EL QUERELLANTE AUTÓNOMO

Cafferata Nores explica la modalidad de querrela autónoma a través de una metáfora. Un caballo, llamado Persecución Penal, tiene un jinete y una "china": el Fiscal y la víctima respectivamente. El Fiscal es quien dirige las riendas del animal en los delitos de acción pública. Empero, algunos permiten que ello lo haga acompañado por la china, quien conjuntamente con el primero llevaría las riendas.²⁶ El problema se suscita cuando el Fis-

22. FANCESCHETTI, G. D., ob. cit., p.79.

23. *Ibid.*, p.80.

24. CAFFERATA NORES, J. I., "El querellante en...", ob. cit., p. 186.

25. FANCESCHETTI, G. D., ob. cit., p. 73.

26. MAIER, J. B. J., "Una tarde con la víctima", en, NAMER, S. (comp.), en *Las facultades*

cal decide bajarse del caballo, y la china no. ¿Le ofrece las riendas a quien lo acompaña? ¿Puede montarlo y proseguir la marcha en busca de una decisión judicial que satisfaga su decisión, o debe descender?

Para el citado autor, la víctima podría seguir cabalgando en forma autónoma, en virtud del derecho al acceso a la justicia contenido en el art. 8.1 de la CADH, y el 14.1 del PIDCP. Así es como la autonomía del ofendido constituye un nuevo principio político que informa el derecho procesal latinoamericano²⁷ y que, dada la adhesión a ciertos tratados de derecho internacional, debemos receptor. Uno de los fundamentos que sustentan esta idea es que se lograría desperezar a la burocrática fiscalía. Tal como dice Castex, "la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, según exige la normativa internacional, no se garantiza con un fiscal que, por abarcar mucho, termina por representar a nadie. Tal resguardo solo lo asegura una víctima autónoma con facultades dispositivas".²⁸

A *contrario sensu*, Maier considera más justo que el ofendido no pueda continuar con la persecución penal una vez que el MPF desiste. Sostiene que ello no implica negarle el derecho de acudir ante un oficio judicial para que su pretensión sea tratada, pero que sería erróneo involucrar un derecho más amplio al que posee durante el desarrollo de todo el proceso. Es decir, los jueces pueden responder a su petición en forma negativa, vedándole la persecución penal hasta la sentencia.²⁹ Para el jurista, si bien en su momento consideró que reconocer una querrela autónoma sería un mecanismo viable para desperezar a la fiscalía³⁰ (aun entendiendo al ofendido como accesorio a la pretensión estatal), hoy considera que ello lleva necesariamente una tendencia político-criminal con fines neopunitivistas. La víctima adquiere autonomía y suple al Estado en la búsqueda del castigo, por lo que "el autor debe sufrir el sistema penal y su consecuencia".³¹ Así se llega a una paradoja: el sistema penal que se originó en una expropiación del

del querellante en el proceso penal: desde "Santillán" a "Storchi", Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 112.

27. BOVINO, A., *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p.103.

28. CASTEX, F., *ob. cit.*, p.131.

29. MAIER, J. B. J., "Julio Maier: víctima y sistema penal", en *Pensar JusBaires*, Año I. N° 1, Buenos Aires, Editorial JusBaires, agosto 2014, p.18.

30. MAIER, J. B. J., "Una tarde con...", *ob. cit.*, p.116.

31. MAIER, J. B. J., "Julio Maier: víctima...", *ob. cit.*, p.20.

conflicto, hoy, por la doctrina y la jurisprudencia, le devuelve la autonomía persecutoria al ofendido.

El nuevo CPPN viene a ponerle punto final a la discusión. Basándose en la corriente de Cafferata Nores y lo resuelto por la jurisprudencia (recomiendo leer el trabajo de Javier A. De Luca),³² el código de rito empodera significativamente a la víctima permitiéndole, entre otras cosas, constituirse en querellante autónomo. Su art. 85 establece lo siguiente:

Artículo 85.- Querellante autónomo

En los delitos de acción pública, la víctima o su representante legal, podrán provocar la persecución penal o intervenir en la ya iniciada por el representante del Ministerio Público Fiscal.

La participación de la víctima como querellante no alterará las facultades concedidas por la ley al representante del Ministerio Público Fiscal, ni lo eximirá de sus responsabilidades.

Las entidades del sector público podrán ser querellantes conforme las leyes y reglamentos que así lo habiliten.

De la norma decanta que sus derechos y facultades se ven ampliados (ver art. 79 CPPN), incluso cuando no asume el rol de querellante. Al seguir con esta línea es que también se le permite convertir la acción.

IV. CONVERSIÓN DE LA ACCIÓN

Si bien, a primera vista, la forma más directa para reconocer mayores derechos sustantivos de participación a la víctima sería ampliar significativamente el catálogo de los delitos de acción privada, ello no se estableció en el nuevo CPPN. En cambio, siendo una de las innovaciones legislativas más trascendentes, se reguló el instituto de conversión de la acción.

Como bien dije, a primera vista. Pues analizándolo con más precaución podemos afirmar que lo primero implica fijar de un modo rígido los casos en que exclusivamente la persecución penal debe caer en manos de la víctima. Habría aún muchos casos que seguirían siendo delegados a un poder estatal con actores que seguirían llevando adelante abusos sobre los derechos de las víctimas.

32. DE LUCA, J. A., "La víctima en el proceso penal, modelo 2007", en Namer, S. (comp.), ob. cit., pp.27-52.

Por esto, tal como afirma Binder, "no parece que la fijación de criterios rígidos y absolutos sean un adecuado mecanismo de eficacia de la política criminal moderna".³³ Deberían utilizarse instrumentos dinámicos y flexibles, como lo es la conversión de la acción. Ella permite que según cada caso particular se pueda orientar la persecución penal con el fin de obtener una mayor eficacia del sistema.

Sin embargo, el instituto de conversión de la acción ha sido por muchos criticado. La primera observación es que resulta incorrecto que esté regulado en el CPPN. Por ser un instituto que tiene repercusión directa sobre el ejercicio de la acción penal, debería ser tratado por el CP.³⁴

De cualquier manera, el CPPN establece en su art. 33:

Artículo 33.- Conversión de la acción.

A pedido de la víctima la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes supuestos:

a. Si se aplicara un criterio de oportunidad.

b. Si el Ministerio Público Fiscal solicitara el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria.

c. Si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el representante del Ministerio Público Fiscal lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido.

En todos los casos, si existe pluralidad de víctimas, será necesario el consentimiento de todas, aunque solo una haya ejercido la querrela.

Simplificadamente, decimos que se trata de un mecanismo que permite que en determinados supuestos establecidos por ley (como excepción a la persecución estatal), un delito de acción pública se convierta en delito de acción privada. Esto implica que el MPF no interviene, y la querrela continúa con la persecución en solitario. Analicemos brevemente dichos supuestos.

El inciso "a" establece que habrá conversión de la acción cuando el Ministerio Público aplique el principio de oportunidad. Si bien trataremos dicho punto en el apartado siguiente, podemos adelantar que este primer caso significa que en determinados supuestos el MPF puede desistir el ejer-

33. BINDER, A. M., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, Tomo II, p.440.

34. MAIER, J. B.J., *Derecho Procesal Penal, Parte General, Sujetos procesales*, Tomo II, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p.306. En el mismo sentido, PASTOR, D. R., *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª edición, 2015, p.45.

cicio de la acción por tener un desinterés en la persecución. Sin embargo, no impide que la víctima pueda hacerlo. Es que "este principio no debe significar desprotección de la víctima, pues la inactividad del fiscal no puede impedirle a la víctima llevar su caso a tribunales, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva".³⁵

En el segundo inciso nos encontramos con un Fiscal que se pronuncia en sentido desincriminatorio, y una víctima que decide seguir adelante por su cuenta. No encontramos mayores problemas aquí dada la autonomía que el nuevo CPPN le otorga a la querrela, como lo hemos trabajado. Es decir, se trata de un supuesto donde el Fiscal ya no dispone de la acción y la víctima la ejerce por sí misma, por lo que no veo inconveniente en que se aplique el instituto de la conversión.

Por último, el inciso "c" requiere del pedido de la víctima y de la autorización del MPF (algo así como un acuerdo entre acusadores). Al haber consentimiento del propio Fiscal, quien dispone de la acción, entiendo que no habría inconveniente con que la víctima pase a disponer de ella. Sin embargo, resulta un tanto abstracto el concepto de "interés público gravemente comprometido". Tal vaguedad deja abiertas las puertas a la discrecionalidad estatal para admitir o denegar la aplicación del instituto según sus propios intereses. Creo que es un tema que indefectiblemente deberá estar presente en los próximos meses de la agenda judicial.

Sea como fuere para la justicia, la doctrina no ha callado. Edwards considera que regular la conversión significa contrarrestar el efecto que busca la aplicación del principio de oportunidad. Es decir, se busca descomprimir el sistema pero al mismo tiempo se le otorga a la víctima la facultad de seguir adelante y congestionarlo.³⁶ Se entraría en algo así como una bipolaridad legislativa.

Ahora bien, ¿es una obligación del MPF desistir de la acción en, por ejemplo, los casos de insignificancia? El inciso "a" del artículo 33 CPPN parece dar la respuesta al enunciar que el MPF puede disponer de la acción al aplicar el principio de oportunidad. De esto se deduce que también puede no hacerlo. Entonces, en la medida en que el acusador estatal no

35. SOLIMINE, M. A., *Bases del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, p.130.

36. EDWARDS, C. E., "La disponibilidad de la acción penal en el Código Procesal Penal de la Nación", en *La Ley*, AR/DOC/3707/2015, 19/11/2015.

prescinda de la persecución penal, es consecuencia lógica de ello que no proceda el supuesto de conversión de la acción.

En la misma postura que Edwards se encuentran Bovino y Hurtado, quienes consideran que “si no asumimos que el principio de oportunidad debe ser -especialmente- una herramienta de política pública al servicio del ministerio público, (...) su aplicación puede no producir resultados positivos y, en todo caso, incrementará (...) la irracionalidad del sistema”.³⁷

Asimismo, Pastor dice que aceptar el instituto contradice las disposiciones de un derecho penal mínimo, moderado, humanista y de *última ratio*,³⁸ entendiendo que solo en última instancia el Estado debe utilizar instrumentos violentos. Claro está que a través de la CN se recepta la idea de que la persecución penal debe reducirse tanto como sea posible.

Lógicamente, dado que está en contra de la autonomía de la víctima, también sigue esta corriente de pensamiento Maier. Si bien reconoce que los derechos de la víctima merecen un resguardo ante la posible arbitrariedad del Fiscal, propone que cuando la víctima esté disconforme con la actuación del Fiscal que primero intervino el caso, pueda recurrir ante los Fiscales superiores a través de una especie de impugnación administrativa.³⁹

De cualquier forma, creo que debatir sobre la aceptación o el rechazo de la conversión no es más que volver a retomar la discusión sobre si el querellante debe ser autónomo o adhesivo, cuestión que parece ya haber suplido la jurisprudencia y el nuevo CPPN.

Sobre la base de esto, optamos por postularnos a favor del instituto. En primer lugar, porque en definitiva la víctima solo tiene un rol de garante de la acción por *default* del impulso del Fiscal.⁴⁰ En segundo lugar, permite liberar al MPF de recursos que bien pueden ser reorientados hacia delitos más graves y de mayor daño social. En palabras de Binder, “se ha gene-

37. BOVINO, A. y HURTADO, C., “Principio de oportunidad y proceso de reforma de América Latina. Algunos problemas de política criminal”, en *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p.235.

38. PASTOR, D. R., *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª edición, 2015, p.45.

39. Versión taquigráfica de la sesión de Senadores del 04/11/2014, pp.11/12. Consultado en [<http://www.mpf.gob.ar/cppn/files/2015/05/Senado-Reforma-Codigo-reunion-plenario-4-de-noviembre.pdf>] el 05/07/2016.

40. *Ibid.*, p. 61.

rado un mecanismo que permite tomar decisiones político-criminales más concretas, buscando una mayor eficacia en un caso o grupo de casos".⁴¹ Además, se simplifica el proceso por resultar aplicables las reglas del proceso de acción privada, y no se genera una negación de justicia, cosa que sí sucedería al no aplicar el instituto (como sería en un caso).⁴² Y por último, desde el punto de vista del imputado, aumenta las posibilidades de llegar a una conciliación que ponga fin al caso.⁴³

V. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Conforme con lo observado en el punto 3, nuestro sistema recepta la persecución penal de oficio. En consecuencia, el MPF debe ejercer la acción obligatoriamente en todos los casos en que exista la hipótesis de comisión de un delito de acción pública, sin que sea posible suspender su actividad. Esto es conocido como el principio de legalidad.

La realidad indica que no existe sistema judicial que pueda perseguir todos los delitos que se cometen, y sobre la base de ello parecería ser inevitable que opere a través de un mecanismo de selección. Esta selección se da en dos dimensiones: una vinculada con la política criminal (el principio de *última ratio*), y otra relacionada con la concepción de la justicia penal como una organización de recursos limitados.⁴⁴ A ambas en conjunto las conocemos como el principio de oportunidad, y a groso modo decimos que mediante su aplicación se pretende racionalizar la selección que necesariamente tendrá lugar en el sistema.

Pensar que nuestro sistema judicial no receptaba el principio de oportunidad antes del nuevo CPPN resulta erróneo. Por ejemplo, cuando los sumarios con autores no individualizados son archivados, o cuando se realiza el pedido de suspensión del juicio a prueba.⁴⁵ El problema entonces es pen-

41. BINDER, A. M., ob. cit., p. 441.

42. SOLIMINE, M. A., ob. cit., p. 131.

43. BOVINO, A., *Problemas del derecho...*, ob.cit., p.107.

44. BINDER, A. M., "Legalidad y oportunidad", en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p.213.

45. BARREIRO, G. E., "¿Fiscal privado y querrela pública? Criterios de oportunidad y conversión de la acción pública en privada", en *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2008-1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, p.158.

sar si una regulación explícita de principios de oportunidad, como ocurre en el nuevo CPPN, implica anular el principio de legalidad. Binder parece darnos la solución. Es necesario dejar de entenderlos como un binomio de principios opuestos, pues cada uno tiene un fundamento autónomo, general y distinto al otro:⁴⁶ el fundamento del principio de legalidad es la justicia, y el del de oportunidad la finalidad (entendida como que la inteligencia de la selección lleva a una efectividad en la aplicación del derecho).⁴⁷ Entonces podemos resumir que, paradójicamente, la justicia debe ser la meta y su condición restrictiva para alcanzarla debe ser la finalidad. En palabras de Hassemer, el sistema debe contar con "tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como (política y económica de la actualidad) sea necesario".⁴⁸

V.A. El principio de oportunidad en el nuevo CPPN

Tomando como parámetro el derecho continental europeo, y la forma que predomina en la doctrina y las legislaciones provinciales, nuestro nuevo CPPN rezepto el principio de oportunidad reglada. Por la misma se entiende que partiendo de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones de oportunidad previstas explícitamente en la norma penal. Su aplicación a los casos concretos requiere un control del órgano jurisdiccional, el cual debe analizar si se enmarca dentro de los supuestos autorizados por ley en forma abstracta, y si concretamente amerita dicho tratamiento.⁴⁹

El artículo 31 regula el principio de oportunidad:

Artículo 31.- Criterios de oportunidad.

Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los siguientes casos:

46. BINDER, A. M., "Legalidad y oportunidad", ob. cit., p.213.

47. ANITUA, G. I., y BORINSKY, M., "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos", en HENDLER, E. S. (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p.452.

48. HASSEMER, W., "La persecución penal: legalidad y oportunidad", en *Revista de Derecho Penal*, 2001-2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, p.71.

49. CAFFERATA NORES, J. I., "El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas", en *Nueva Doctrina Penal*, 1996-A, Buenos Aires, Editores del Puerto, p.14.

- a) Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público;
- b) Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional;
- c) Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena;
- d) Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

Pasaremos a analizar cada uno de los cuatro incisos:

El primero autoriza la aplicación del principio de oportunidad en casos de insignificancia o bagatela. Esto implica que pese a existir una conducta concordante con la descrita legalmente, el hecho afecta un bien jurídico en tan escasa magnitud, que por razones de política criminal no se justifica su ingreso al tipo penal.⁵⁰ Ahora bien, determinar si un hecho es o no insignificante requiere de un análisis concreto de las circunstancias de modo, tiempo y espacio. Es decir, depende de cada caso particular.

Parte de la doctrina niega el principio de insignificancia sosteniendo: que implica atribuirle al Poder Judicial facultades legislativas, que la escasa afectación del bien jurídico debe analizarse al momento de graduar la pena (no de imponerla), y que es un principio no previsto en el sistema, con lo que de aplicarlo se vulneraría el principio constitucional de legalidad. Santoianni anula todas esas críticas al decir que el principio de insignificancia se sustenta en el principio constitucional de *última ratio*, y consiguientemente su fundamento no sería legal, sino supralegal. Con ello, el primer y tercer argumento dejan de ser válidos. Respecto del segundo, al considerar que está en juego un principio que se encuentra por encima de la CN, debería absolverse al imputado sin que exista escala penal aplicable.⁵¹

Claro que dentro de quienes apoyan la aplicación de la insignificancia también se encuentra Zaffaroni, quien fundamenta su postura en los princi-

50. BINDER, A. M., "Legalidad y oportunidad", ob.cit., p.216.

51. SANTOIANNI, J. P., "El principio de insignificancia y la desestimación de la denuncia por inexistencia de delito", en *La Ley*, 2009-B, 871, AR/DOC/4117/2008, 04/03/2009.

pios de lesividad y proporcionalidad⁵² (pues sería irracional imponerle una pena a quien arranca un pelo).

Por todo esto, se considera que la incorporación del inciso "a" es un avance legislativo importante, no solo para dar una respuesta normativa al debate doctrinario, sino también para traducir las discusiones que se daban en el ámbito de la teoría de la pena, al ámbito procesal.

El inciso "b" alude a la insignificancia, no del hecho, sino de la participación y/o culpabilidad,⁵³ es decir, a la mínima responsabilidad. El problema de este supuesto es que "cuando hay otros partícipes respecto de quienes se continúa el proceso, la aplicación del instituto (...) 'abre la puerta de la figura del delator', pues permitiría después presentarlo como un testigo de cargo de los demás imputados".⁵⁴ Por ende, creo que una nueva reforma debería tratar aquella situación, juntamente con la llamada ley del arrepentido.

El tercer inciso refiere a la pena natural. Siendo que el autor del injusto ya ha sufrido un mal grave, imponerle una pena estatal sin tener como referencia la primera llevaría a que la pena alcanzara un quantum violatorio de la proporcionalidad que debería existir entre delito y pena, lesionaría el principio de humanidad, y extremaría la irracionalidad del poder punitivo dejando en evidencia su inutilidad.⁵⁵

Por último, el inciso "d" confiere al MPF la facultad de aplicar el principio de oportunidad en aquellos casos en que se considere que dejarlo de lado permitiría perseguir con mayor eficacia un hecho punible más grave o mejor probado. Es decir, "a efectos de optimizar los recursos judiciales, se prioriza la persecución del más grave 'en perjuicio' del menos trascendente".⁵⁶

VI. INTERESES DE LA VÍCTIMA VS. GARANTÍAS DEL IMPUTADO

Permitirle a la víctima continuar por sí sola con el ejercicio de la acción cuando el MPF desiste de hacerlo, inclina la balanza del proceso nota-

52. ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2ª edición, 7ª reimpresión, 2012, p.376.

53. SOLIMINE, M. A., ob. cit., p.128.

54. *Idem*.

55. ZAFFARONI, E. R., ob.cit., p.113.

56. SOLIMINE, M. A., ob.cit., p.131.

blemente en contra del imputado, pues "cada derecho otorgado a la víctima implica necesariamente suprimir un derecho del acusado".⁵⁷

En este sentido, Pastor reconoce que no se puede servir a los dos polos a la vez, cosa que puede ilustrarse a través del principio *in dubio*. Siendo que se configuraba una relación entre el Estado y el ofendido, a este se le reconocían derechos frente al poder punitivo del primero. Ahora bien, cuando la relación vuelve a ser entre víctima-imputado, desaparecen las razones para dar privilegio al acusado, lo que implicaría una necesaria transición del *in dubio pro reo*, al *in dubio pro víctima*.⁵⁸ Traducido a la práctica, la aplicación del instituto de conversión de la acción puede violar el derecho del imputado a la duración razonable del proceso penal,⁵⁹ garantía de defensa en juicio.

Difiere Castex, quien considera que el hecho de que la víctima pase a un primer plano, si bien comporta dificultades de adaptación (en especial en materia de garantías), no ha de suponer la disminución de los derechos del imputado, ni que sus derechos pasen a un plano secundario. "No podemos interpretar la reafirmación del papel de la víctima en el proceso penal como una nueva concepción tendiente a sustituir el *in dubio pro reo* en *in dubio pro víctima*".⁶⁰

VII. UN CONTROL DE LEGALIDAD POR EL MPF

Cuando el Fiscal aplica el principio de oportunidad y desestima la denuncia, será el Juez quien controle dicha decisión, porque "resulta razonable que, si rige el principio de legalidad en la persecución penal oficial, el ofendido posea mecanismos para provocar su control judicial cuando la fiscalía, según su opinión, se aparte de ese deber ser".⁶¹ Luego, como vimos, el Fiscal sale del proceso y la víctima puede continuar con el ejercicio de la acción por sí sola.

57. PASTOR, D. R., "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del estado?", en BRUZZONE, G. A. (coord.), *Cuestiones Penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, p.590.

58. *Ibid.*, pp. 591-592.

59. MAIER, J. B. J., "Julio Maier: víctima...", ob.cit., pp.21-22.

60. CASTEX, F., ob.cit., p.121.

61. MAIER, J. B. J., "Julio Maier: víctima...", ob.cit., p.28.

Pero no por permitir la conversión de la acción se puede pretender que la víctima se torne en un acusador descontrolado, o la pena en una respuesta irracional. "La intervención debería ceñirse de limitaciones necesarias para evitar que el proceso se convierta en una cacería judicial o en la teatralización de una anunciada venganza no legal".⁶²

Entonces, ¿quién controla a partir de la aplicación del instituto de conversión de la acción que las decisiones del Juez no violen las garantías de las partes? Bien podrían hacerlo ellas mismas, pero me inclino por considerar que debe ser el MPF, ya que es quien desde sus inicios tiene la función de ejercer el control de legalidad en el proceso. En idéntico sentido se expide Barreiro quien sostiene que "a pesar de no seguir adelante con la pesquisa, debería estar presente cumpliendo la función del control de legalidad como guardián de los intereses de la sociedad".⁶³

El problema ahora sería que en este caso particular se consideró que no había un interés público comprometido, y que por ello el Ministerio Público desistió de la acción. Entonces creemos que el control de legalidad por parte del Ministerio Público debe existir, pero únicamente en aquellos casos en que fuese estrictamente necesario para salvaguardar los derechos de alguna de las partes.

Pensamos por ejemplo en los delitos de violencia de género. Aquí, al decidir seguir adelante con la persecución por sí solo, el ofendido se encuentra necesariamente en una posición más vulnerable de la que ya se encontraba. Esta solución seguiría con la línea que propone el art.30 CPPN (para algunos contraria a las reglas de Tokio), al establecer que en casos de violencia doméstica no procede el instituto de conversión de la acción, puesto que el MPF no puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal. Pensamos que otros delitos donde cabría esta facultad del Ministerio Público serían los de trata de personas, o narcotráfico por ejemplo.

Pero esto trae aparejada una nueva dificultad: el representante del MPF ya se expidió sobre el asunto de fondo al desistir de la acción, por lo que su control de legalidad podría no ser del todo objetivo. Esto no sucede por ejemplo, en el caso de Costa Rica, que en su art. 26 CPP, dos de los tres supuestos en los cuales se aplica el instituto de conversión de la acción

62. CASTEX, F., ob. cit., pp.131-132.

63. BARREIRO, G. E., "¿Fiscal privado y...?", ob.cit., p.177.

están regulados como un derecho de la víctima, sin requerir la autorización del MPF.

Consideramos que el Ministerio Público debería ejercer un control de legalidad ante los delitos de violencia de género, trata de personas, y narcotráfico, pero mediante un Fiscal distinto al que ya participó del proceso. Entonces por ejemplo, se podría sortear un nuevo representante del Ministerio Público para que acompañe, vedando por las garantías procesales de aquí en adelante.

VIII. EL QUERELLANTE ESTATAL

Siguiendo con la idea del apartado anterior, donde la aplicación del instituto de la conversión pone, en determinados supuestos, a la víctima en una posición vulnerable, consideramos que en el caso en que la víctima sea una persona jurídica estatal, es el imputado quien correría un riesgo.

Pensemos por ejemplo que la AFIP se constituye en querellante, o el BCRA, la Aduana, la UIF, o la Oficina de Anticorrupción. Son todos organismos estatales que deciden ejercer la acción penal con sustento en el interés público, tal como lo hace el MPF. Entonces hay en definitiva dos acusadores estatales, lo que sin lugar a dudas violaría el principio *ne bis in idem*, puesto que se le estaría concediendo al acusador más de una oportunidad para perseguir penalmente y lograr una condena.⁶⁴ O lo que sería lo mismo desde la otra cara de la moneda, decir que una misma persona está siendo acusada varias veces por un mismo hecho, mediante una identidad objetiva. Tal como expresó Tedesco en su exposición frente a la Cámara de Senadores, no solamente se genera una desigualdad de armas en contra del acusado, sino que también, como cada uno de ellos es independiente, el defensor se ve en la problemática de tener que responder ante cada una de ellas, porque no se trata de imputaciones alternativas, sino que se suman.⁶⁵

64. D'ALBORA, N. F., "Límites recursivos de la parte acusadora en el proceso penal", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 2000-6 (10 A), Buenos Aires, Ad-Hoc, p.93.

65. Versión taquigráfica de la sesión de Senadores del 05/11/2014, pp.11-12. Consultado en: [<http://www.mpf.gob.ar/cppn/files/2015/05/Senado-Reforma-Codigo-reunion-plenario-5-de-noviembre.pdf>] el 10/07/2016.

Hay un Fiscal que pide la absolución, y un organismo estatal quiere seguir ejerciendo la acción. ¿Qué sucede en estos casos donde, como ya vimos, hay una múltiple persecución penal? Ello no se encuentra contemplado en el nuevo CPPN. De hecho, siquiera se habla sobre la posibilidad de que el Estado se constituya en querellante. Dada esta situación, acudimos a la jurisprudencia para ver si logramos resolver la cuestión.

Por un lado, la CCF sostiene que la AFIP (por nombrar un ejemplo), debería depender de la voluntad del MPF,⁶⁶ es decir, ser adhesivo a él. En igual sentido, Franceschetti y Gamba sostienen que "la multiplicidad de acusadores no implica un gravamen para el derecho de defensa, en tanto los jueces apliquen estrictamente las reglas procesales de unificación de pretensiones y personería o litisconsorcio necesario".⁶⁷ Por el otro, la CNCP considera que el sujeto especializado (querellante), debería desplazar al agente del MPF.⁶⁸ En definitiva, los tribunales tampoco resuelven el asunto.

De cualquier forma, creemos que la solución más adecuada fue a la cual arribó Casación, pues se evitaría un conflicto de intereses de la misma parte. Además, se llevaría una investigación más eficaz puesto que el organismo especializado seguramente sea más eficiente en la persecución de delitos complejos o no convencionales que afectan al Estado.⁶⁹

Lo mismo sucedería si acusase un organismo estatal, una persona física o jurídica distinta del Estado, y el Estado a través de MPF. Esto es, cuando mediasen bienes jurídicos individuales y colectivos. En estos supuestos, Castex previó como solución que, además de la delegación del ejercicio de la acción penal en la víctima no estatal, esta debe actuar bajo el control o la supervisión de un órgano determinado del MPF.⁷⁰ Entonces se le confiere a la querrela el ejercicio autónomo de la acción, pero con ciertas limitaciones. Su solución parece ir de la mano con la idea del control de legalidad que expusimos en el punto 8.

66. CCF, "Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas", LL 1976-A-12, 29/08/1975.

67. FANCESCHETTI, G. D. y GAMBA, S. B., ob.cit., p.95.

68. CNCP, Sala III, "Ciccone", registro 1680, 29/11/2007, voto de la Dra. Ángela Ledesma. Misma Sala, "Ferenese", registro 1220/10, 23/08/2010. También CNCP, Sala IV, "Álvarez", Registro 14.213.4, 02/12/2010.

69. CASTEX, F., ob. cit., p.123.

70. *Ibid.*, p. 129.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Durante la inquisición, el conflicto entre víctima e imputado se recategorizó como un asunto entre Estado e imputado. Va de ello que la noción de bien jurídico sea una creación estatal, cuyo fin es despersonalizar el conflicto para que no exista necesidad alguna de remitir a la víctima de carne y hueso. Por esto es que se objetiva a la víctima en un tipo penal, mediante el cual se la incluye y excluye.

Sobre la base del art.19 CN podemos afirmar que el bien jurídico requiere necesariamente de un titular, que no puede ser otro que la víctima siendo que es la verdadera y original titular del conflicto. Por eso, hoy resulta necesario volver a asentar el sistema penal en la noción de daño, otorgándole al ofendido el protagonismo que indefectiblemente le pertenece.

Siguiendo esta línea, nuestro ordenamiento jurídico receptó del derecho internacional la idea de que la razón principal de perseguir el delito es garantizar el acceso de las víctimas a la justicia. Esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva. Por esto, si bien el art.71 CP establece como principio la persecución penal de oficio, ello no implica un monopolio, pues no impone que la víctima deba ser excluida del ejercicio de la acción. Más aún, el nuevo CPPN empodera significativamente al ofendido y le permite, por ejemplo, constituirse como querellante autónomo, lo que implica, entre otras cosas, que cuando el MPF desiste de la acción, la víctima puede seguir adelante ejerciéndola por sí sola.

En consecuencia, se incorporan acertadamente al nuevo CPPN el instituto de conversión de la acción y el principio de oportunidad reglada, cuestión que como vimos, no debe entenderse como contradictoria. Sin embargo, no podemos evitar pensar que la aplicación de la conversión pone en jaque las garantías del proceso, siendo este el mayor problema que encontramos al aplicar dicho mecanismo.

En razón de ello creo que en determinados casos resulta menester que el MPF, a través de un representante distinto al que ya se expidió sobre el fondo de la cuestión, siga adelante en el proceso ejerciendo un control de legalidad.

A su vez, habría una crisis garantista cuando el querellante sea un organismo estatal. Aquí cabrían dos posibilidades: que el MPF deba desistir de la acción, dejando que el querellante estatal persiga en forma autónoma, y/o que el MPF continúe, pero únicamente ejerciendo un control de legalidad.

En definitiva, del análisis se sustrae que todo se remonta al debate sobre el querellante autónomo.

BIBLIOGRAFIA

- ANITUA, Gabriel, y BORINSKY, Mariano, "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos", en HENDLER, Edmundo S. (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp.447-484.
- BARREIRO, Gastón E., "¿Fiscal privado y querrela pública? Criterios de oportunidad y conversión de la acción pública en privada", en DONNA, Edgardo A. (dir.), *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2008-1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, pp.149-178.
- BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, Tomo II.
- , *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2da edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.
- , "Legalidad y oportunidad", en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp.205-217.
- BOVINO, Alberto, "La víctima como preocupación del abolicionismo penal", en MAIER, Julio B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp.261-279.
- , "La víctima como sujeto público y el estado como sujeto sin derechos", en *Lecciones y Ensayos*, 1994, nro. 59, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp.19-32.
- , *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- y HURTADO, Christian, "Principio de oportunidad y proceso de reforma de América Latina. Algunos problemas de política criminal", en *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp.221-236.
- , *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 3ª edición, 2005.
- , "El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y

- perspectivas", en MAIER, Julio B. J. (dir.), *Nueva Doctrina Penal*, 1996-A, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp.3-23.
- , "El querellante en los delitos de acción pública y la Constitución Nacional", en BERIZONCE, Roberto O. (dir.), *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, Gráfica Pafernor, 1983, año XXV-44, pp.165-192.
- CASTEX, Francisco, *Sistema acusatorio material: una investigación sobre los fundamentos del querellante autónomo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1ª edición, 2013.
- CHRISTIE, Nils, "Los conflictos como pertenencia", en MAIER, Julio B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp.157-182.
- D'ALBORA, Nicolás F., "Límites recursivos de la parte acusadora en el proceso penal", en RIGHI, Esteban (dir.), *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 2000-6 (10 A), Buenos Aires, Ad-Hoc, pp.79-115.
- DE LUCA, Javier A., "La víctima en el proceso penal, modelo 2007", en NAMER, Sabrina (comp.), *Las facultades del querellante en el proceso penal: desde "Santillán" a "Storchi"*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp.27-52.
- EDWARDS, Carlos E., "La disponibilidad de la acción penal en el Código Procesal Penal de la Nación", *La Ley*, AR/DOC/3707/2015, 19/11/2015.
- FANCESCHETTI, Gustavo D. y GAMBA, Silvia B., *El querellante. La reivindicación de la víctima en el proceso penal*, Rosario, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2da edición, 2010.
- FIGARI, Rubén E., *El principio de oportunidad o disponibilidad de la acción penal en el Código Penal y en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, consultado en [<http://www.rubenfigari.com.ar/el-principio-de-oportunidad-o-disponibilidad-de-la-accion-penal-en-el-codigo-penal-ley-27-147-y-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal-de-la-nacion-ley-27-063/>] el 12/06/2016.
- HASSEMER, Winfried, "La persecución penal: legalidad y oportunidad", en DONNA, Edgardo A. (dir.), *Revista de Derecho Penal*, 2001-2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, pp.65-73.
- MAIER, Julio B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp.183-247.
- , *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, *Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- , *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, *Parte General, Sujetos procesales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

- , “Julio Maier: víctima y sistema penal”, en *Pensar JusBaires*, Año I. N° 1, Buenos Aires, Editorial JusBaires, agosto 2014, pp.14-31.
- , “Una tarde con la víctima”, en NAMER, Sabrina (comp.), *Las facultades del querellante en el proceso penal: desde “Santillán” a “Storchi”*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp. 111-142.
- PASTOR, Daniel (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- , “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del estado?”, en BRUZZONE, Gustavo A. (coord.), *Cuestiones Penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, pp.565-595.
- , *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- SALVATORI, Carla, *La conversión de la acción*, consultado en [<http://oaji.net/articles/2015/1341-1425255020.pdf>] el 10/06/2016.
- SANTOIANNI, Juan Pablo, “El principio de insignificancia y la desestimación de la denuncia por inexistencia de delito”, *La Ley*, 2009-B, 871, AR/DOC/4117/2008, 04/03/2009.
- SOLIMINE, Marcelo A., *Bases del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, EDIAR, 2012.
- Versión taquigráfica de la sesión de Senadores del 04/11/2014, pp.11/12. Consultado en [<http://www.mpf.gob.ar/cppn/files/2015/05/Senado-Reforma-Codigo-reunion-plenario-4-de-noviembre.pdf>] el 02/06/2016.
- Versión taquigráfica de la sesión de Senadores del 05/11/2014, pp.11-12. Consultado en: [<http://www.mpf.gob.ar/cppn/files/2015/05/Senado-Reforma-Codigo-reunion-plenario-5-de-noviembre.pdf>] el 02/06/2016.
- CCF, “Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas”, LL 1976-A-12, 29/08/1975.
- CIDH, Informe N° 34/96. Casos 11.228 y otros. Consultado en: [<http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Chile11228.htm>], el 11/12/2016.
- CIDH, “Zambrano Vélez c/Ecuador”, 4/7/2007.
- CIDH, “Bulacio c/Argentina”, caso 11.228, 18/09/2003.
- CNCP, Sala III, “Ciccone”, registro 1680, 29/11/2007.

CNCP, Sala III, “Ferenese”, registro 1220/10, 23/08/2010.

CNCP, Sala IV, “Álvarez”, Registro 14.213.4, 02/12/2010.

CSJN, “Quiroga, Edgardo Osar s/ causa N°4302”, 23/12/2004.

CSJN, “Santillán, Francisco Agustín s/recurso de casación”, 321:2021,
13/08/1998.

CSJN, “Sabio, Edgardo Alberto”, S.58.XLI, 11/07/2007.

CSJN, “Wald, Otto s/art.302 del C.P.”, 268:266, 21/07/1967.