Rawson, 3 de diciembre de 2015.

Y VISTOS:

Los rotulados *"R., A. A. s/ Denuncia" (Expediente número 100.095, folio 1, año 2015, letra R; Oficina Judicial de Puerto Madryn, Carpeta número 6050)* donde a fojas 90/6 dedujo impugnación extraordinaria J. M. F. D. L. C. contra la sentencia de fojas 84/7 dictada por la Cámara en lo Criminal de la Circunscripción con asiento en Puerto Madryn que rechazó el recurso articulado por F. D. L. C. en desmedro de la resolución 1799/15 pronunciada por el Juez Francisco Marcelo Orlando. Ésta última, decretó la nulidad del auto fechado el uno de Abril del corriente año, que convocó a las partes a la Audiencia de Apertura de Investigación (Código Procesal Penal, artículos 274, 161 y siguientes) y no hizo lugar a la solicitud de Apertura incoada por J. M. F. D. L. C., apoderado del señor A. A. R. (Código Procesal Penal, artículos 270, 272 y 44 tercer párrafo).

Y CONSIDERANDO:

///

Que el escrito de fojas 90/6 explica que: "Esa decisión agravia a los intereses de mi parte pues se funda en el desconocimiento del derecho de mi parte a promover la acción pública, entendiendo que ella está reservada sólo al Ministerio Público…".

Que, según el doctor F. D. L. C. "La prescindencia que se achaca al fallo es de la regla del artículo 38 de la Ley XV N° 9 –Antes Ley 5478, que fue expresamente invocada por mi parte… (…) a esas razones deberá sumarse lo establecido en la ley XV N° 9 que en sus artículos 102 reconoce el derecho de la víctima y en el 103 a cualquier ciudadano si se comprometen los bienes del estado o los intereses difusos y mi parte invocó el doble carácter de víctima y ciudadano. De la interpretación armónica de esos preceptos mi parte dedujo con lógica que, en el sistema normativo de la provincia del Chubut, no hay necesidad de que el Ministerio Público inste la investigación y que el querellante tiene reconocido un derecho suficiente para hacerlo por su cuenta. Al impugnar se señaló, además, que a igual resultado se llega haciendo una interpretación sistemática de las normas que

///

regulan la intervención del querellante y la persecución penal. El artículo 102 de la Ley XV N° 9 –Antes Ley 5478 que dispone: '*Querellante autónomo. Entidades públicas. 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 fiscal…*". La norma es clara. El querellante es autónomo y ello significa, según la segunda acepción del término autonomía del diccionario de la Real Academia: '*Condición del individuo que de nadie depende en ciertos conceptos*'. De ese reconocimiento que hace la norma debe inferirse, sin ninguna duda, que el querellante no necesita ni depende de lo que haga o deje de hacer el Ministerio Público para iniciar, desarrollar y concluir la persecución penal. En particular con relación a la potestad de iniciar la persecución penal, que es la etapa en que se suscita la controversia, se trata de un derecho que expresamente reconoce la norma citada por el querellante, por lo que cabe señalar que esa facultad también constituye el corazón de las atribuciones del Ministerio Público pero no en forma exclusiva o excluyente".

///

Que el artículo 38, cuarto párrafo, del ritual prevé que "… Si un representante del Ministerio Público Fiscal se negara a investigar los hechos contenidos en la querella, la víctima podrá ocurrir ante un superior jerárquico de aquél, el que deberá ordenar a otro fiscal que inicie la investigación si ello correspondiere. (…)". De lo cual se sigue que:

a) El inicio de la investigación de un delito de acción pública comienza la persecución penal oficial, por el fiscal (artículo 38 primer párrafo), o autoriza la privada, mediante querella (artículo 38 segundo párrafo). Así y sólo así, el querellante actúa con el Ministerio Público Fiscal y en ningún caso la actuación del primero se subordinada a directivas o conclusiones del segundo (artículo 38 tercer párrafo).

b) La negativa del Fiscal a investigar los hechos contenidos en la querella, ratificada la oposición a la investigación por el superior jerárquico de aquél, impide la persecución de oficio o por medio de querella (artículo 38 cuarto párrafo).

c) Ausente la persecución, la víctima o su representante legal no pueden intervenir en

///

la “ya iniciada por el Fiscal” (artículo 102, primera parte, segunda hipótesis). O ausente la persecución de los delitos de acción pública, sólo es posible provocarla (artículo 102, primer párrafo, primera hipótesis).

d) La víctima está habilitada a provocar la persecución penal (artículo 102, primera parte, primera hipótesis), toda vez que el proceso puede iniciar por querella (artículo 276 primer párrafo); en mérito de tal querella, el Fiscal posee facultad para decidir, entre otras medidas, la apertura de la investigación (artículo 276 inciso 2).

e) Provocar la persecución penal, entonces, no es iniciar la investigación (artículo 38, cuarto párrafo). Provocar significa denunciar el hecho delictuoso e instar el proceso o procedimiento para que el fiscal disponga la apertura de la investigación (artículo 276 inciso 2) -véase la expresión que contiene el artículo 245: Cuando el denunciante hubiere provocado el procedimiento por medio de una denuncia falsa o temeraria, etcétera.

f) Si el Fiscal no decide la apertura de la investigación (artículo 276 inciso 2), ocurre

///

el caso señalado más arriba con la letra b. Por lo tanto, la negativa del Ministerio Público Fiscal de investigar los hechos de la querella frustra la pretensión del ofendido tendiente a provocar la persecución penal (artículo 102, primera parte, primera hipótesis), lo cual nos lleva a la misma conclusión extraída supra, en la letra c.

Que la impugnación extraordinaria sustenta en el artículo 38, el derecho del damnificado a lograr con autonomía la apertura de la investigación. Sin embargo, el recurrente deja de lado que la persecución de un delito depende de la promoción de la acción penal, y este acto es potestad exclusiva del Ministerio Público Fiscal (Constitución provincial, artículo 195 inciso 3; Código Procesal Penal, artículos 18, 37, 38). O pasa por alto que la actuación del querellante en conjunto con el Ministerio Público Fiscal, con plena independencia del primero respecto del segundo, necesita de aquella válida promoción. Todos los delitos son perseguibles de oficio por el Fiscal, excepto los delitos cuya persecución corresponde exclusivamente a la víctima. Persecución de oficio y persecución exclusiva son

///

términos referidos al ejercicio de la acción penal pública y a la promoción de la acción. Por eso el Código menciona aquí al universo posible de delitos de acción pública, unos perseguibles de oficio, otros exclusivamente por la víctima. Unos y otros, atados al mismo requisito que inaugura la persecución: la promoción de la acción penal pública. Aunque el proceso, por alguna razón jurídica (Código Procesal Penal, artículo 38, apartado final), continúe o se agote con la persecución exclusiva –autónoma- de la víctima (lo que nació como acción penal pública derivó en una acción penal pública de ejercicio privado).

No hay dentro del artículo 38 delitos perseguibles por el ofendido a causa de la promoción privada de la acción penal pública.

El artículo 38, apartado primero, primera parte, reconoce el caso común de la persecución de oficio por el Fiscal. En seguida, el apartado segundo incluye al damnificado cuando dice "También tendrá derecho a hacerlo, mediante querella, toda persona definida en esta ley como víctima, en las condiciones que ella fija y las demás personas a las que se faculta expresamente." Sólo así se entiende que existan delitos de acción pública cuya persecución corresponda

///

exclusivamente a la víctima (artículo 38 apartado primero, segunda parte).

La condición esencial que la regla manda es que el derecho a perseguir se realice "mediante querella": que la querella se conecte a la acción ya iniciada, o inicie la querella el procedimiento (artículos 102, 276). La querella es capaz de iniciar el procedimiento, provocar el procedimiento, o sea, provocar al Fiscal para que el Fiscal promueva la acción (artículos 276, 112). En los delitos de acción pública es imprescindible que el Fiscal actúe su deber de promover la acción penal pública. Aún provocado, por la expectativa del ofendido de ejercer su derecho a la intervención en la persecución (artículo 276). Y aunque esa acción oficial después, torne en privada (artículo 38, excepción establecida en los apartados primero y último).

En fin, la facultad de la víctima de intervenir en el proceso iniciado por el Fiscal por propia vocación (Constitución Provincial, artículo 195 inciso 3; Código Procesal, artículos 37, 112)- o provocación de la víctima (artículos 102, 276)- no declara el derecho del ofendido por el delito a querellar para conformar (por sí y para sí, promoviendo y ejerciendo la acción) el

///

interés general en la represión del injusto. Si así fuera, el derecho concedido al querellante encarnaría un deber ajeno y público –el del Fiscal, indisponible para el Estado, en cuanto deber que, usurpado, expondría a los habitantes de la Nación -con grave restricción al ámbito de libertad reconocido entre las garantías fundamentales (Constitución Nacional, artículos 18 y 19)- al enjuiciamiento criminal por iniciativa soberana de la víctima,.

Que, el impugnante afirma lo que se copia "Cuando la regla dice que el querellante también tendrá derecho a hacerlo se está refiriendo a la potestad que la encabeza es decir '*Todos los delitos serán perseguibles de oficio por el fiscal*' lo cual significa en buen castellano que la facultad que se le reconoce es igual a la otorgada al fiscal. La norma no hace distinción entre el derecho del fiscal y el derecho del querellante para perseguir en todo tipo de delitos y es sabido que no debemos distinguir donde la norma no lo hace."

Tal interpretación no es aceptable: choca con el artículo 37. Ese adverbio también, del 38, no deroga el artículo 37, se acopla a las facultades

///

y responsabilidades fiscales; no prescinde de la intervención del Fiscal, como ocurre antes, dentro del mismo artículo 38 (excepción establecida en el primer apartado y apartado final), entre los delitos de acción pública que mutaron a una persecución exclusiva del damnificado luego de la pública promoción del Fiscal. “Perseguir” no es igual a “Promover”.

El artículo 37 declara que la acción penal pública corresponde al Ministerio Público Fiscal sin perjuicio de la participación que se concede a la víctima o a los ciudadanos. La participación de la víctima y de los ciudadanos en la acción pública que corresponde al Fiscal es accesoria a lo principal. Es accesoria porque la participación –que es un derecho- no puede ocurrir sin lo principal, la acción penal, que es el deber de inaugurar la persecución aunque no se la prosiga. Y es una concesión porque la víctima y los ciudadanos toman parte con su derecho, de un interés -el de restaurar el ordenamiento jurídico vulnerado por el delito- que en principio no les pertenece ni pueden invocar como derecho o deber. Se continúa, pues, que es errado postular que la ley no distingue entre “el derecho del fiscal y

///

el derecho del querellante". Y menos cierto es aún cuando el derecho a la persecución del querellante pende de las condiciones que la ley fija, distintas en la ley para el sujeto necesario, el Fiscal, y para el sujeto eventual, el querellante.

Que, por todo, la impugnación de fojas 90/6 no posee fundamento legítimo alguno. Las razones jurídicas invocadas son ajenas a las previsiones expresas de la ley o a su alcance sistemático, lo cual revela la inadmisibilidad del recurso (Código Procesal Penal, artículos 363, 382 y concordantes).

Que, en consecuencia, la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia

R E S U E L V E:

1°) DECLARAR que la impugnación de fojas 90/96 es inadmisible, con costas (Código Procesal Penal, artículos 363, 382, 239, 240, 247 y concordantes).

2°) PROTOCOLÍCESE y notifíquese.

///

Fdo. Alejandro Javier Panizzi-Daniel A. Rebagliati Russell-Jorge Pfleger-Ante mi: Leticia Daniela Vicente

///