

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

Sala II – Causa n° 29.275

**“NN s/ desestimación de
denuncia y archivo”**

Juzg. Fed. n° 1; Secret. n° 1

Expte. n° 4.591/2010

USO OFICIAL

Reg. n° 31.866

////////////////////nos Aires, 3 de septiembre de 2010.

Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:

I.- Llegan estas actuaciones a conocimiento y decisión del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por Darío Rivas Cando e Inés García Holgado, ambos por derecho propio, y David Baigún, Ricardo Daniel Huñis, Beinusz Szmukler y Máximo Castex, letrados apoderados de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica y de Silvia Carretero Moreno, y letrados patrocinantes de Darío Rivas Cando, Inés García Holgado, Abuelas de Plaza de Mayo, Liga Argentina por los Derechos del Hombre, Comisión Provincial por la Memoria, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Asociación de Ex Detenidos-Desaparecidos, Federación de Asociaciones Gallegas de la República Argentina, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y Comité de Acción Jurídica, contra la resolución de fs. 91/93, en cuanto desestima las presentes actuaciones por

imposibilidad de proceder y ordena su archivo. Asimismo, adhieren al recurso interpuesto los Dres. Carlos Zamorano y Héctor Trajtemberg, por la representación que ejercen en autos (ver fs. 149/149 vta.).

II.- Sostiene la Sra. Juez que ante el pedido del representante del Ministerio Público Fiscal de desestimar la denuncia, se encuentra imposibilitada de proceder (con cita del art. 5 del Código Procesal Penal de la Nación) *“so pena de violentar la esfera de competencia asignada a dicho órgano por el art. 120 de la Constitución Nacional y el principio según el cual, el juez no puede proceder de oficio”*.

El decisorio recurrido reposa en una fundamentación tan solo aparente que determina su invalidez como acto jurisdiccional (CSJN Fallos 320:2937 y 325:2044, entre otros), ello así por cuanto la intervención en autos de los pretensos querellantes descarta que el juez esté actuando de oficio ante la falta de impulso de la acción penal por parte del Ministerio Público (ver de esta Sala causa n° 23.602, “Aerolíneas Argentinas s/ desestimación de denuncia”, rta. el 19/04/06, reg. n° 24.992 y sus citas). En este sentido, cabe destacar que obran en el expediente pedidos de ser tenido como parte querellante, previos a la fecha de la resolución impugnada y que fueron resueltos, accediendo a la solicitud, con posterioridad al citado decisorio (ver fs.78/82 vta. y fs.147).

Lejos de encontrarnos ante una mera cuestión procesal, se vinculan directamente a ella derechos y garantías personales que tienen su protección en la Constitución Nacional ante el Poder Judicial, de los que no pueden ser privados los lesionados por el delito mediante la atribución exclusiva al Ministerio Público del derecho de acusar, pues esto implicaría cercenar una garantía sin ningún motivo jurídico ni político que lo justifique (Cafferatta Nores, “La protección penal de la víctima del delito en la normativa supranacional de Derechos Humanos”, en “Derechos

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

Humanos, legalidad y jurisdicción supranacional”, Juan Carlos Vega director, ed. Mediterránea, Córdoba, 2006, págs. 95/108, con cita de Rafael Bielsa).

Esta postura, que ostenta máxima entidad cuando se trata de crímenes de lesa humanidad, encuentra su fundamento en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva (ver art. 25, inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de jerarquía constitucional según lo normado en el art.75, inciso 22 de la Constitución Nacional) y en las opiniones relativas a este tema de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyos pronunciamientos constituyen una guía en la interpretación de las normas de los referidos pactos (conforme CSJN, “Ekmekdjian”, Fallos 315:1492, “Girolodi”, Fallos 318:314 y “Bramajo”, Fallos 319:1840). Estos informes señalan la obligación del Estado de “...adoptar las medidas necesarias para facilitar el acceso de las víctimas a recursos adecuados y efectivos tanto para denunciar la comisión de estos crímenes como para lograr la reparación del daño sufrido” (ver CIDH, informe 34/96, caso 11.228 e informe 5/96, caso 10.970).

Particular relevancia adquiere la opinión de la Comisión mencionada en el sentido de que “...el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autorizan como el argentino, deviene un derecho fundamental del ciudadano” (ver CIDH informe 28/92). Es así que, en base a tales pronunciamientos y la fuerza asignada a ellos por nuestra Corte Suprema de la Nación, la figura del querellante constituye -merced a los principios de progresividad, irreversibilidad e interacción entre derecho interno e internacional que campea en materia de Derechos Humanos- un nuevo y mejor estándar de garantía, que no resulta susceptible de ser revocado (ver Solimine, Marcelo, “El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su facultad recursiva”, La Ley, 2005-A, págs. 1375/85).

A la luz de tales pautas ha interpretado la jurisprudencia que “*el derecho a la tutela judicial efectiva implica que 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, entendiendo a la persecución penal como un corolario necesario del derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en el que se establezca la existencia o no de la violación a su derecho, se identifique a los responsables y se les impongan las sanciones pertinentes...el derecho de las víctimas a una investigación judicial mal podría ser garantizado si sus pretensiones no pueden ser oídas por un juez competente con anterioridad al juicio, ya que es evidente que la conclusión del sumario en la etapa instructoria impide su análisis en el debate, cercenándose de este modo y bajo pretexto meramente formal, la garantía aludida*” (CNCCorr., Sala VII, causa n° 28.535, rta. el 24/05/06).

En idéntico sentido, la doctrina señala que el acceso a la justicia existe respecto del querellante desde el momento que tiene a su disposición los órganos estatales encargados de la persecución penal y puede ante ellos exponer su pretensión formulando la denuncia o querrela y *obtener una respuesta razonada* (ver Palacios, Juan Carlos, “Es la querrela un medio legítimo de inicio por un delito de acción pública? A propósito de dos decisiones contradictorias”, Revista de Derecho Procesal Penal, dirección Edgardo Donna, “La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal- I”, ed. Rubinzal –Culzoni, Santa Fe, 2007, págs. 523/84).

En efecto, la tutela judicial efectiva tiene como contenido básico el de obtener de los órganos judiciales una respuesta seria, plena, y cabalmente motivada a las pretensiones, y no manifiestamente arbitraria ni irrazonable (ver Solimine, Marcelo, obra citada, con cita de Augusto Morello).

El Tribunal considera que el auto apelado no constituye un acto jurisdiccional válido que dé respuesta, según los parámetros delineados, a la

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

pretensión del querellante que ha acudido a la justicia persiguiendo penalmente a quienes considera responsables de las conductas delictivas que él entiende lo han damnificado.

Así las cosas, y desecheda la posibilidad de que la decisión de mérito que reclama la intervención del querellante, pudiese comprometer de alguna manera el principio invocado como único sostén de la resolución desestimatoria -el *ne procedat iudex ex officio*- y, con ello, las garantías constitucionales que éste tiende a proteger -la defensa en juicio y la imparcialidad del juzgador-, habrá de declararse su nulidad por falta de motivación, debiendo la Sra. Juez, devuelto que sea el expediente, expedirse sobre la cuestión de fondo de acuerdo a lo que se expondrá en el punto siguiente.

III.- En este orden de ideas y sin perjuicio de ser la cuestión abordada en el considerando anterior el motivo central y determinante de la decisión que aquí se adoptará, el Tribunal entiende necesario dejar sentado que el control de legalidad del dictamen fiscal que la Magistrada consideró vinculante, no se realizó.

Esta Sala ha sostenido en reiteradas oportunidades, que *“...para que un dictamen fiscal desestimatorio pueda surtir los efectos que la ley le ha asignado -carácter vinculante-, deberá estar realizado bajo los recaudos que las disposiciones legales prevén a su respecto, no estando obligado el juez instructor a aceptar, ni aún considerar, aquél que se presente carente de fundamentos o arbitrario...”* (ver de esta Sala causa n° 19.559 “Benitez Cabrera, reg. n° 21092, rta. el 8/03/03 y causa n° 21.710, “Oyarbide”, reg n° 23239, rta. el 14/12/04, entre otras).

La forma republicana de gobierno impone a todos los funcionarios -los fiscales lo son- a expresar los fundamentos y razones de sus actividades, que en toda su participación en el proceso, sobre todo cuando se trate de actos estructurales, como promover la instrucción (arts 180, 188 párrafo segundo y 195 del C.P.P.N.), *deben ser autosuficientes y su control se halla en manos de los jueces*

(ver D'Albora, Francisco, "Código Procesal de la Nación", ed. Lexis-Nexis, Bs As., 2003, tomo I, pág. 174).

En igual dirección se ha expresado que *"para garantizar el derecho a la tutela judicial de la víctima en esta instancia, el juez debe realizar el control de legalidad y razonabilidad del dictamen fiscal, pues en el supuesto en que el criterio liberatorio sea arbitrario y no constituya una derivación razonada del derecho vigente, el juez esta facultado para declarar la nulidad de esa pieza procesal"* (ver Palacios, Juan Carlos, obra citada).

En virtud de tales consideraciones y en el contexto delineado, no se ha evaluado si la información en la que el fiscal basó su postura desestimatoria -obtenida en Internet- representa sustento suficiente en los términos del art. 69 del C.P.P.N. y del art. 28 de la ley n° 24.946, ley "Orgánica del Ministerio Publico". En este marco, cabe traer a colación el agravio de la querrela en cuanto entendió que *"el fiscal basó su opinión en una hipótesis falsa y sin constancia legal acumulada al expediente que le permita afirmar que el objeto de esta causa es idéntico al que originó la investigación penal en España y que dicha investigación se esté llevando a cabo"*.

Con este telón de fondo, deviene atinada la medida solicitada por los querellantes a fs. 94/94 vta., consistente en que se libre exhorto por vía diplomática, a fin de que el gobierno español informe *"si efectivamente se está investigando la existencia de un plan sistemático generalizado y deliberado de aterrorizar a los españoles partidarios de la forma representativa de gobierno, a través de su eliminación física, llevado a cabo en el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977"*.

Como corolario de todo lo expresado, se concluye que la resolución apelada carece de fundamentación y de sustento en el ordenamiento procesal vigente, conforme a lo normado en el art. 123 del C.P.P.N.

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

Por lo expuesto el Tribunal **RESUELVE:**

DECLARAR la **NULIDAD** del auto de fs. 91/93 (art. 168 del C.P.P.N) debiéndose proceder de la manera señalada en los considerandos de la presente.

Regístrese, hágase saber al Sr. Fiscal General y devuélvase, debiendo practicarse en la anterior instancia las restantes notificaciones a que hubiere lugar.

Fdo: Horacio Rolando Cattani- Martín Irurzun.-

Nota: El Dr. Farah no firma por hallarse en uso de licencia.

Conste.-

Ante mi: Guido S. Otranto. Secretario de Cámara.-

USO OFICIAL