

QUERELLANTE. EXCARCELACIÓN.
INTERVENCIÓN EN EL TRÁMITE DEL RECURSO
DE APELACIÓN.

-DESARROLLO HISTÓRICO DE LA FIGURA DE
LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.
RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE
NACIONES UNIDAS. INFORMES DE LA
COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS
HUMANOS Y RESOLUCIONES DE LA CORTE IDH.
ESTATUTO DE ROMA. DECISIONES DE LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL.

EL CASO "THE PROSECUTOR v. THOMAS
LUBANGA DYILO".

-QUERELLANTE: POSIBILIDAD DE APELAR
RESOLUCIONES REFERENTES A EXIMICIÓN DE
PRISIÓN O EXCARCELACIÓN.

-INTERVENCIÓN EN EL TRÁMITE DE LA
EXCARCELACIÓN.

-QUERELLANTE: ANÁLISIS NORMATIVO.
AMPLITUD DE ATRIBUCIONES CONCEDIDAS POR
EL ART. 82 DEL CPPN. LIMITACIONES
ATENUADAS. JURISPRUDENCIA CSJN Y CNCP

-EXENCIÓN DE PRISIÓN Y EXCARCELACIÓN.
INTERVENCIÓN DE LA PARTE QUERELLANTE.
LECTURA ARMÓNICA DE LA NORMATIVA
PROCESAL PERTINENTES.

-DERECHO A LA TUTELA JURÍDICA DE LA
PERSONA DE LA VÍCTIMA. PARTICIPACIÓN EN
EL PROCESO PENAL.

**-QUERELLANTE. PROCESO PENAL .
FACULTADES .**

**-EXCARCELACIÓN. INTERVENCIÓN EN EL
TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

La Plata, 10 de junio de 2008. Rtro. S. II t. 92 f. 262/282

VISTO: el recurso de apelación interpuesto por la defensora oficial, Dra. María Inés Spinetta, en el presente incidente n° 4787, caratulado: "Excarcelación Lencinas, Daniel Jorge", procedente del Juzgado Federal n° 3 de la Plata.

Y CONSIDERANDO:

EL DOCTOR SCHIFFRIN DIJO:

1) En las presentes actuaciones, la defensora oficial, Dra. María Inés Spinetta, interpone recurso de reposición...contra el punto IV, del decreto de presidencia de esta Sala,...por el cual se dio intervención a las partes querellantes en el trámite del recurso de apelación interpuesto por la defensa de L., contra el auto del a quo que deniega la excarcelación de este último.

2) La defensora expresa que le causa agravio que se le confiera intervención a las partes querellantes, en una materia relativa a la excarcelación del imputado, cuando el Código Procesal Penal de la Nación, según la defensa, "prevé que no serán parte en los institutos relativos a la libertad del imputado"....

Dice que el código de rito establece como regla general que "las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley", agregando la defensora que el art. 432 expresa que "el derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado, y siempre que tuviere un interés directo", interés que no se vislumbra en cabeza de las querellas en el presente incidente....

Señala, por otra parte, que el Código establece, en su art. 435, que "la parte querellante podrá recurrir de las

resoluciones judiciales sólo en los casos expresamente previstos en este Código".

De estas disposiciones, la defensa deduce que la intervención dada por el Tribunal a las partes querellantes es improcedente, pues ellas "no han tenido actuación en este incidente, desde que no existe agravio no siquiera potencial que la legitime a recurrir... máxime, cuando, reitero, mi defendido se encuentra privado de la libertad, su excarcelación fue denegada y la pretendida intervención de los querellantes es ésta instancia no se presenta como ajustada a derecho"....

Precisa que, respecto de la figura de la querrela, "se legisló como vedada la posibilidad de que [el querellante] intervenga en las cuestiones que tienen que ver con la libertad del imputado...(arts. 332, 491 y 508, del C.P.P.N.)".

Finaliza manifestando que, teniendo en cuenta que la interpretación relativa a la materia excarcelatoria debe ser restrictiva, cuando limita el derecho del imputado, y que se deben resguardar las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso a favor de su representado, corresponde revocar el punto del auto de fecha 23 de enero de 2008.

3) Con motivo de la vista conferida conforme lo establece el art. 447 del C.P.P.N., se expidieron el representante del Ministerio Público Fiscal y una de las partes querellantes, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos -La Plata-.

El Ministerio Público Fiscal, por medio de su representante, Dr. Rodolfo Marcelo Molina, expresa que:

"...las circunstancias tenidas en cuenta en el sub lite, para atacar el auto..., han devenido abstractas, toda vez que las partes querellantes no han tomado intervención efectiva en el incidente, y ha transcurrido el plazo previsto por el art. 453 C.P.P.N., durante el cual tal intervención podría haberse producido.

Más allá de lo anterior, advierto que la vista conferida a las partes querellantes en el auto... no resulta procedente, atento que se trata de una consecuencia de la vista conferida respecto del trámite del recurso de apelación contra la denegatoria de la excarcelación...en el cual, de acuerdo con lo establecido por el art. 332 CPPN, no tienen

intervención las querellas, sino sólo el fiscal, la defensa y propio imputado"....

4) El Tribunal también corrió vista del recurso de reposición a las partes querellantes, cuales son la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos -La Plata-, Abuelas de Plaza de Mayo, Asociación ex Detenidos Desaparecidos, María Isabel Chorobik de Mariani -Asociación Anahí- y la Liga Argentina por los Derechos del Hombre.

Sólo la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos - La Plata-, como dijimos, contestó la vista conferida, presentando el escrito....

Sus representantes, los Dres. Marta L. Vedio y Oscar Alberto Rodríguez, manifiestan que, en realidad, la defensora oficial efectúa "una incorrecta hermenéutica de la normativa citada". Ellos entienden que el tema que aquí se discute es si resulta factible que la querella sea anoticiada de la radicación de incidentes de excarcelación y, eventualmente, si le asiste el derecho a ser oídos. Empero, según esos letrados, la defensora razona sobre "la posibilidad o la atribución de recurrir del querellante en los supuestos en que se discute la libertad del imputado"....

Recordando el art. 82 C.P.P.N., mencionan que "no se discute la posibilidad de intervenir; se discute si esa posibilidad incluye la de formular un eventual recurso ante una decisión adversa a los interés del querellante".

Además, con apoyo en algunos autores, estiman que la regla del art. 453 C.P.P.N., no puede ser óbice a la facultad de recurrir de la querella en supuestos como el de autos.

En referencia a la actividad impugnativa del querellante en asuntos concernientes a la libertad del imputado, los abogados manifiestan que es una cuestión que "debe dirimirse constitucionalmente a través del derecho a ser oída la víctima (art. 8, parr. 1. Convención Americana sobre Derechos Humanos)". A su vez, los letrados hacen notar al Tribunal que:

"la justificación de la restricción de libertad del imputado en la necesidad de evitar un eventual entorpecimiento de la investigación de su parte o su fuga, habilitan la participación del querellante en tanto se ha aceptado pueda peticionar sobre circunstancias modales de la prisión preventiva...y hasta impugnar la decisión adversa (CCCF, Sala II,

27/12/05, causa 23.307, "Yanzón, R.", en la que se hace alusión, al revocar la decisión de primera instancia, y respecto de crímenes de lesa humanidad, 'al cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas y de garantizar a las víctimas y sus familiares el juzgamiento en debida forma' "

Además, citan en su apoyo, un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal (publicado en JPBA, 130-108-193) que, según los abogados, permite a la parte querellante ser oída en la audiencia (art. 468 C.P.P.N.) fijada para que la defensa informe sobre el recurso interpuesto contra la denegatoria de la excarcelación.

Afirman que "la defensa de las causas donde se investigan delitos de 'Lesía Humanidad' [sic] es posible, solo y merced al impulso histórico de las querellas"....

Recuerdan, por último, que:

"...la Constitución Nacional consagra expresamente la participación del ofendido en el proceso penal sin distinción de etapas. Desde esa óptica la exclusión de la víctima pareciera ser una limitación de difícil fundamentación como una pauta para el adecuado ejercicio del derecho de defensa - artículo 18 de la Constitución Nacional- que la propia Corte Suprema hizo extensible a la víctima del delito"....

5) Ahora bien, en primer lugar debemos decir que el planteo de la defensa no resulta abstracto, como contrariamente sostiene el fiscal, quien fundamentó su conclusión en que las partes querellantes no habían tomado efectiva intervención en este incidente en la oportunidad prevista por el art. 453 C.P.P.N., pues que no lo hayan hecho en ese momento no implica que no puedan hacerlo luego. Si se declarase abstracto el planteo de la defensa quedaría firme la intervención dada por esta Sala a las partes querellantes, las cuales podrían invocar su condición de intervinientes para presentar el informe del art. 454 C.P.P.N., que, al parecer, es lo que la defensa intenta evitar. Por lo tanto, una decisión por parte de este Tribunal sobre el fondo del planteo de la defensa es necesaria.

6) La cuestión a resolver radica, entonces, en si corresponde excluir a las partes querellantes del trámite del recurso de apelación en el presente incidente. Adelanto mi respuesta negativa, por razón de que la postura sostenida por la defensa (y el fiscal) se opone

directamente a las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación relativas a la participación de la querrela.

Tengamos en cuenta, antes de pasar a analizar sus argumentos, que, en la causa, las partes querellantes son en su mayoría asociaciones, pero éstas o bien se encuentran integradas por las propias víctimas o bien actúan representando los intereses de las víctimas de delitos cometidos por la última dictadura militar en el Destacamento Arana, procurando la recuperación de los niños nacidos en cautiverio y la determinación del paradero de personas aún desaparecidas.

Dado que los delitos que dieron origen a esta investigación se enmarcan en el ámbito del Derecho Internacional, me parece preciso tener presente cuál es el rol que viene jugando la víctima en el proceso en esa esfera, para luego sí, con una visión un poco más amplia del problema, considerar la postura de la defensa.

7) Podemos dejar a un lado la descripción del desarrollo histórico de la figura de la víctima en el proceso penal tratada con detalle por la doctrina nacional, pero me parece importante comenzar recordando que ya durante el *Iluminismo*, había tomado fuerza la idea de que el daño sufrido por la víctima -o sea el individuo y no el Estado- en sus "derechos subjetivos" (FEUERBACH), debía ser el punto de referencia del sistema punitivo.

Esta idea que favorecía el protagonismo de la víctima en el derecho penal, luego, fue mermada, de algún modo, por la unión del derecho penal con la idea del bien jurídico, nacida para expandir la facultad del Estado para punir conductas más vinculadas con la desobediencia, despreocupándose así del daño concreto sufrido por la persona de carne y hueso. La víctima quedaba "objetivada" en ese bien y, con ello, relegada al "anonimato", utilizando las expresiones de JUNG (ver, Heike JUNG, "*Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, año 1981, punto II).

Hoy en día, en cambio, la comunidad internacional parece retomar la idea consistente en que es la lesión ocasionada al individuo en sus derechos personalísimos lo que motiva y da base a la sanción penal por parte del Estado, razonamiento que, de algún modo, encuentra su paralelo en el clásico pensamiento de GROCIO, referente a que es el daño sufrido por cualquier persona en sus derechos el que fundamenta el derecho de castigar al agresor, que le corresponde naturalmente a cualquier persona, pero que, sólo por una cuestión de conveniencia -

el exceso en que podría incurrir la víctima-, es adecuado que sea ejercido por una autoridad superior.

Este fenómeno de completa actualidad es confirmado por los propios documentos emitidos por la Organización de Naciones Unidas, por los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por las disposiciones del Estatuto de Roma y por las decisiones de la Corte Penal Internacional, que ubican a la víctima como aquel sujeto de la relación procesal a quien se le debe garantizar el acceso a todas las etapas de la investigación penal, como así también una justa decisión en contra de sus agresores. Veámoslo.

1. Las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas

8) Los documentos de las Naciones Unidas siempre tomaron a la situación de la víctima como una cuestión de asistencia humanitaria. Sin embargo, la situación de ella en el área de la prevención delictiva y de la justicia criminal fue suscitando mayor atención, y dio, finalmente, lugar a la preparación y adopción de un importante documento (Res. 40/34, 96.a sesión plenaria, del día 29 de noviembre de 1985) en la forma de "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder".

Esa declaración, que parece constituir el primer instrumento que en el ámbito internacional articula los derechos de las víctimas para acceder a la justicia y obtener reparación a sus daños (así, M. Cherif BASSIOUNI, "International Recognition of the Victims' Rights", *Human Rights Law Review*, 2006 6 (2), pág. 247), tuvo como propósito ayudar a los gobiernos y a la comunidad internacional en sus esfuerzos por *garantizar la justicia y la asistencia a las víctimas de delitos y a las víctimas del abuso de poder* (punto 3, Res. 40/34). Es interesante tomar en cuenta que, en el punto 1 del anexo a esa declaración, se define a la víctima del siguiente modo:

"Se entenderá por 'víctimas' las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencias de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder".

Y en el punto 6, relativo a la posibilidad de que las víctimas intervengan en el proceso ("Acceso a la justicia y trato justo"), se establece que se *"facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:"*,

"a)...b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente" (punto 6, b).

Existe otro documento mucho más reciente, también emitido por la Asamblea General de Naciones Unidas (Res. 60/147, 64a. Sesión ordinaria, de fecha 16 de diciembre de 2005), denominado "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derecho humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", que confirma los principios asentados en la anterior resolución, desarrollando de manera más amplia el ámbito de facultades de la víctima en el proceso.

2. Los informes de la Comisión IDH y las resoluciones de la Corte IDH

9) Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también se han pronunciado sobre el derecho de la víctima de intervenir en el proceso penal, en concordancia con su "derecho a ser oída", previsto en el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y su "derecho a un recurso efectivo", establecido en el art. 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 2.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Se observa en los informes de mayor relevancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el énfasis en garantizarle a la víctima el acceso a una debida investigación judicial que le provea justicia. Ello se aprecia, por ejemplo, del informe 5/96 (caso 10.970) de fecha 1 de marzo de 1996, donde la Comisión destacó que:

"... cuando la violación de los derechos humanos sea el resultado de un hecho tipificado penalmente, la víctima tiene derecho de obtener del Estado una

investigación judicial que se realice "seriamente con los medios a su alcance ... a fin de identificar a los responsables, [y] de imponerles las sanciones pertinentes...",

y del informe 34/96 (casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282), de fecha 15 de octubre de 1996, en el cual, interpretando el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión afirmó que el Estado tiene la obligación de "*garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares*" -párr. 63- (los principios derivados de estos dos informes de la Comisión IDH tienen la importancia de haber sido tenidos en cuenta por la Corte Suprema de la Nación en el caso "Santillán", como luego aludiremos).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en relación con las posibilidades de actuación de las víctimas o sus familiares en el proceso, ha considerado de manera terminante que aquéllas deben tener "*amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación*" (caso "Villagrán Morales", sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C n° 63, párr. 227; también, ver, "Durand y Ugarte", sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C. 69, párr. 129.), y que "*deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana*" (caso "Bulacio c. Argentina", 18 de septiembre de 2003, sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 121).

3. La víctima en el Estatuto de Roma

10) En relación al Estatuto de Roma, digamos que la participación asignada a la víctima en las diversas etapas del procedimiento es presentada como uno de los logros del sistema (ver, Carsten STAHN-Héctor OLÁSALO-Kate GIBSON, "Participation of the Victim in Pre-trial Proceedings of the ICC", 4 *Journal of International Criminal Justice*, Mayo 2006, pág. 219; Theo van BOVEN, "The Position of the Victim in the Statute of the International Criminal Court", en *Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honour of Adriaan Bos*, T.M.C. Asser Press, La Haya, año 1999, pág. 78, y Antonio CASSESE, "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999) n° 1, pág 167), y es explicada por la evolución que ha tenido el rol de la víctima en el Derecho Internacional, siendo considerada no como un mero sujeto

pasivo, sino como verdadero actor con derechos garantizados (ver, al respecto, la consideración del propio Fiscal de la Corte Penal Internacional, Dr. MORENO OCAMPO, en el capítulo introductorio de su "Application for Leave to Appeal Trial Chamber I's 18 January Decision on Victims' participation", realizada el día 29 de enero de 2008, en ICC-01/04-01/06, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of "The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo"*).

El esfuerzo de ONGs instando a que la víctima participe de los procedimientos previstos en el Estatuto y la influencia de la Res. 40/34 ("Declaración de los principios fundamentales para las víctimas etc."), de la Asamblea General, citada más arriba, fueron esenciales en la diagramación de la posición de la víctima en el Estatuto (ver, van BOVEN, art. cit., pág. 77; el informe de la *War Crimes Research Office, International Criminal Law Legal Analysis and Education Project*, titulado "Victim Participation on the International Criminal Court", de noviembre de 2007, American University Washington College of Law, pág. 10, disponible en internet, y ver, también, el capítulo introductorio de la "Application for Leave to Appeal Trial Chamber I's 18 January Decision on Victims' participation", citada).

11) La víctima está definida en las Reglas de Procedimiento y Prueba del siguiente modo:

Art. 85: "Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas:

a) Por "víctimas" se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;

b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.

Respecto de la específica posibilidad por parte de la víctima de intervenir en el procedimiento ante la Corte Penal Internacional, podemos decir que, desde antes del inicio de la investigación, se le reconocen facultades. En efecto, desde el momento en que el fiscal requiere la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para

iniciar una investigación, él debe notificar a las víctimas conocidas o las que potencialmente puedan serlo, quienes podrán realizar observaciones a la Sala, la que decidirá si autoriza o no el inicio de la investigación, notificando esta decisión a aquellas víctimas que hayan presentado observaciones (art. 15 (3) del Estatuto y 50 de las Reglas de Procedimiento y Prueba).

Existen otras normas que se refieren a la participación y facultades de la víctima (art. 19(3), 75 (1) y (3), 84.2 entre otros), pero la de mayor relevancia, la que regula su intervención ante la Corte, es la prevista en el art. 68 (3) del Estatuto, en cuya redacción se advierte también aquí la influencia ejercida por la Res. 40/34, de la Asamblea General de Naciones Unidas, mas específicamente por el punto 6.b que transcribimos arriba. El art. 68 (3) expresa que:

"La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieran afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba".

Esta norma se complementa con las Reglas de Procedimiento y Prueba, que regulan "La participación de la víctima en el proceso" en los art. 89 a 93, que supeditan su intervención a la autorización de la Sala.

12) En específica referencia a la libertad del imputado, el art. 82.1 del Estatuto de Roma expresa que:

"(c)ualquiera de las partes podrá apelar, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, de las siguientes decisiones: ..b) Una decisión por la que se autorice o deniegue la libertad de la persona objeto de investigación o enjuiciamiento..." (cursiva agregada).

A su vez, las "Reglas de Procedimiento y Prueba", establecen en su art. 119 inc. 3 que:

"(a)ntes de imponer o modificar condiciones restrictivas de la libertad, la Sala de Cuestiones Preliminares consultará, al interesado, a los Estados

que corresponda y a las víctimas que se hayan puesto en contacto con la Corte en esa causa y que, a juicio de la Sala, podrían correr peligro como resultado de la puesta en libertad o la modificación de las condiciones [restrictivas de la libertad]".

4. Las decisiones de la Corte Penal Internacional acerca de la actuación de la víctima en el proceso y en cuestiones vinculadas con la libertad del imputado

13) La Corte Penal Internacional ha interpretado el alcance de las normas citadas en el punto anterior, en lo que hace a las facultades de las víctimas para intervenir en el proceso, por ejemplo, en la etapa de juicio.

Así, podemos decir sintéticamente que las víctimas que quieran participar en cualquier etapa deben requerir autorización por escrito, la que será concedida por el tribunal de la Corte respectivo, siempre y cuando ellas demuestren cómo sus intereses personales se encuentran afectados en esa etapa del proceso de que se trate, y su participación sea apropiada y consistente con los derechos de la defensa, y a un juicio expeditivo y justo. Así, la Corte ha considerado, por ejemplo, que, en la etapa de juicio, las víctimas previamente autorizadas podrán acceder a archivos y constancias del proceso, presentar y examinar evidencia, objetar la admisibilidad o relevancia de prueba, participar de las audiencias y presentar por escrito sus opiniones; inclusive, la Corte estimó que la Fiscalía deberá proveer a las víctimas autorizadas a participar en el procedimiento cualquier material en posesión de ella que sea relevante para sus intereses (ver, la decisión del Trial Chamber I n° ICC-01/04-01/06, "Decision on victims' participation", en el caso "The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo", de fecha 18 de enero de 2008).

14) En específica referencia a las cuestiones relativas a la libertad del imputado, al parecer, ningún representante legal de víctimas ha apelado una decisión invocando el art. 82 (1) (b), y, por lo tanto, no existen precedentes de la Corte Penal Internacional sobre si la expresión "cualquiera de las partes" contenida en esa norma incluye también a las víctimas.

Sin embargo, la Corte sí se expidió sobre la participación de las víctimas en la etapa de apelación, permitiendo que puedan intervenir, cuando es la defensa la que apela una decisión relativa a la libertad del imputado, bajo el art. 82 (1) (b) (ver, la decisión de la Appeals Chamber n° 01/04-01/06 -OA 7-, "Judgment on the appeal of

Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo', en el caso "The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, de fecha 13 de febrero de 2007).

Me parece interesante describir algunas partes de esta decisión, pues los intereses y argumentos esgrimidos por todos los sujetos procesales en ese caso se corresponden, en cierta medida, con los expuestos por los intervinientes en esta incidencia, y tanto aquella decisión de la Corte Penal Internacional como ésta tienen en común que el objeto de investigación en el proceso principal lo constituyen crímenes internacionales. También es interesante ver cómo resuelve la Appeals Chamber la cuestión interpretando las normas y los intereses en juego.

a. La decisión de primera instancia y la apelación

15) El Pre-Trial Chamber I, el día 10 de febrero de 2006, ordenó la detención de Thomas Lubanga Dyilo, por considerar que el mencionado era penalmente responsable de crímenes de guerra. El abogado de Thomas Dyilo presentó, el día 20 de septiembre de 2006, una requerimiento de libertad provisoria ante el Pre-Trial Chamber I. Tanto el Fiscal como ciertas víctimas autorizadas por ese tribunal para participar en esa etapa presentaron sus contestaciones al requerimiento de libertad provisoria formulado por la Defensa. La solicitud fue finalmente rechazada por el Pre-Trial Chamber I el día 18 de octubre de 2006, lo que dio lugar a que el defensor, el día 20 de octubre de 2006, presentara la "Defense Appeal Against 'Décision sur la demande de mise en liberté de Thomas Lubanga Dyilo" y, el día 26, el "Document in Support of the Appeal", este último, ya encontrándose, así lo interpreto, el expediente en la Appeals Chamber.

El fiscal presentó una contestación a la apelación el 1 de noviembre de 2006, y las víctimas que habían sido autorizadas en primera instancia, sin ninguna previa solicitud a la Appeals Chamber para participar de la apelación, formularon su propia respuesta el día 16 de noviembre de 2006. Esta presentación de las víctimas determinó que la Defensa, ese mismo día, presentara un escrito que advertía a la Appeals Chamber de que la contestación de las víctimas había sido realizada fuera del plazo de cinco días previsto en el art. 64 (5) del Reglamento de la Corte.

b. La orden del 24 de noviembre de la Appeals Chamber y las contestaciones

16) La Appeals Chamber, en la orden del 24 de noviembre de 2006, fijó una fecha para que las víctimas y el Fiscal pudieran responder las consideraciones de la defensa relativas a la falta de presentación en tiempo de la respuesta a la apelación por parte de las víctimas, y, a la vez, invitó a todos los participantes (inclusive a estas últimas), a que hicieran presentaciones relativas "al derecho de las víctimas de participar en la apelación, a la necesidad, si existiese, de una solicitud a tal fin y de una autorización de la Appeals Chamber validándola, y a las modalidades de tal participación".

La defensa volvió a considerar que la contestación de las víctimas a la apelación estaba fuera de término y que, de acuerdo con el art. 88 (8) del Reglamento de la Corte y el art. 91 (1) de la Reglas de Procedimiento y Prueba, las víctimas que habían participado en el procedimiento ante el Pre-Trial Chamber debían presentar una solicitud a los fines de participar en la apelación, ya que no había derecho automático de participar en esta etapa. Agregó la defensa que los temas vinculados con la libertad provisoria de Dyilo conciernen a sus derechos personales y fundamentales, relativos a no ser sujeto de una arbitraria detención, y que, a menos que el ámbito de las presentaciones de los representantes de las víctimas sea estrictamente limitado a temas vinculados con su preocupaciones relativas a las condiciones de la liberación, la defensa, en realidad, estaría enfrentando a dos acusadores, circunstancia que contradeciría el requerimiento del art. 68 (3) del Estatuto referente a que la participación de las víctimas no debe ser perjudicial o inconsistente con los derechos de la defensa, y con un juicio justo e imparcial.

17) Por su lado, el Fiscal comenzó considerando que el Estatuto de Roma limita el derecho de apelar a las partes: el art. 81 del Estatuto de Roma lo hace respecto de la absolución, condena o sentencia permitiendo que sólo el fiscal y la persona condenada puedan apelar, y el art. 82 del Estatuto -continuó el fiscal- expresa que "cualquiera de las partes" puede apelar una de las decisiones contenidas en ella, incluyendo una decisión "por la que se otorga o deniega la libertad de la persona siendo investigada o perseguida". Luego señaló que los representantes de las víctimas gozan derechos para apelar sólo en relación a órdenes de reparación de acuerdo con el art. 75 del Estatuto.

Dedujo de la interpretación de esas normas que las previsiones que gobiernan el régimen de apelación de la Corte no parece que provea el derecho a los representantes

de las víctimas de intervenir en el procedimiento de apelación, ni siquiera para responder una apelación. Citó en su apoyo la opinión de los autores JORDA Y HEMPTINNE, "The Status and the Role of the victim", publicada en la obra de CASSESE et al (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. II, pág. 1406, consistente en que la víctima *"has no right of appeal and cannot, on that basis, present his arguments against the accused to the Appeals Chamber"*.

Sin embargo, el fiscal entendió que, no obstante, podían intervenir con fundamento en la general previsión que gobierna su participación: el art. 68 (3) del Estatuto, la cual, en el criterio del acusador, parece ser aplicable igualmente en la etapa de apelación. Por ende, según él, la Appeals Chamber puede considerar las opiniones y preocupaciones de las víctimas, siempre y cuando sus intereses se hallen afectados, la participación sea apropiada en esa etapa del proceso, y tomen parte de una manera que no sea perjudicial o inconsistente con los derechos del acusado y los requerimientos de un juicio justo e imparcial, considerando por último que tal participación necesariamente requiere una solicitud por parte de las víctimas en la instancia de apelación y una respuesta por parte de la Appeals Chamber en consecuencia.

Reconoció el fiscal, no obstante, que la decisión podría afectar los intereses de las víctimas, aunque a ellas les corresponde la carga de la prueba en tal sentido. Consideró que pueden presentar una contestación relativa a opiniones sobre temas de la apelación, de acuerdo con el art. 24 (2) del Reglamento de la Corte, que no deberían infringir los derechos del acusado, y tampoco podrían valerse de prueba que no formara parte del memorial de apelación (ver, en profundidad, todos estos argumentos del fiscal en su "Prosecutor's Response to 'Defence Request for an Order Regarding Non-Compliance with Time Limits, pursuant to 'Order of the Appeals Chamber' of 24 November 2006", del 29 de noviembre de 2006, n° ICC-01/04-01/06) .

18) Por su lado, las víctimas estimaron que el hecho de que sus argumentos fuesen presentados fuera del plazo legal no perjudicaba el derecho de la defensa, que podía, a su vez, contestarlos. Asimismo, solicitaron a la Appeals Chamber que, de no aceptarse que la contestación de las víctimas relativa a la apelación por haber sido interpuesta fuera de plazo, se tuvieran en cuenta los anteriores argumentos presentados por ellos el 9 de octubre de 2006, ante el Pre-Trial Chamber, contra la solicitud de libertad provisoria de Dyilo. Consideraron que se les debería otorgar el derecho de participar en los procedimientos de

apelación, de acuerdo con el art. 91 (2) de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que permite a las víctimas asistir a cualquier audiencia realizada por la Appeals Chamber y presentar sus opiniones, tanto de manera oral como escrita, con el previo permiso de ella, cuando sus intereses fuesen directamente afectados, y que éste era el caso.

*c. La orden del 4 de diciembre de la Appeals Chamber
y las contestaciones*

19) La Appeals Chamber entendió que de tales expresiones de las víctimas se desprendía una solicitud de autorización para participar en la etapa de apelación, lo que motivó que, el día 4 de diciembre de 2006, emitiera una orden, que permitía al Fiscal y a la Defensa responderla, lo que hicieron ambos utilizando en general los argumentos que vimos antes.

Sólo cabe resaltar que el Fiscal especificó que el art. 89 (1) de las Reglas de Procedimiento y Prueba expresa que si la "Chamber" otorgase participación, especificará el procedimiento y manera en la cual esa participación es considerada apropiada, y que el Pre-Trial Chamber I no especificó y no pudo especificar que el permiso para participar incluía la participación en apelaciones interlocutoria. Enfatizó El Fiscal que la Cámara es dueña de su propio procedimiento y que no puede quedar atada por la decisión de primera instancia.

Aunque la Appeals Chamber sólo permitió en esta orden del 4 de diciembre que la defensa y el fiscal pudiesen efectuar alguna consideración, las víctimas presentaron, a su vez, una respuesta a estas últimas consideraciones de esas partes.

*d. La decisión de la Appeals Chamber del 12 de
diciembre, sobre la participación de las víctimas
en la etapa de apelación*

20) El 12 de diciembre de 2006 la Appeals Chamber emitió una decisión por la que dispuso no tener en cuenta la contestación interpuesta fuera de tiempo por parte de las víctimas ni la respuesta a la que aludimos en el párrafo anterior, pero otorgó a las víctimas el derecho de participar en esta apelación con la finalidad de presentar sus vistas y preocupaciones relativa al tema elevado en apelación, respetando sus intereses personales, fijando una fecha a los fines de que las presentasen, y otra para que

la defensa y el fiscal respondan a cualquiera de tales consideraciones.

[Estas consideraciones de las víctimas, la defensa y el fiscal ante la Appeals Chamber se relacionan más con la cuestión de fondo a resolver, o sea, si corresponde o no el otorgamiento de la libertad provisoria, que también presentan puntos de contacto con las que se plantean en este incidente. Las víctimas estimaron que había un real riesgo de que el apelante obstruyese o pusiera en peligro la investigación o los procedimientos de la Corte, por ejemplo, contactándose con testigos y aún con víctimas, a los fines de influenciarlos, si él fuese liberado. Consideraron que el acusado podría tener una actitud hostil hacia las víctimas participantes en los procedimientos y que su libertad provisoria podría permitirle averiguar sus identidades y, por ende, potencialmente presionarlos para que retiren sus requerimientos para participar en el proceso, o, aún, buscar revancha. Concluyeron en que el otorgamiento por parte de la Appeals Chamber de la libertad provisoria podría ser interpretado por otros como prueba de que los delitos establecidos en la orden de arresto no deberían ser vistos como muy graves. Por todo ello, solicitaron que se rechace la apelación y que se confirme la decisión apelada.

Por su lado, la defensa expresó que las consideraciones de las víctimas eran vagas e insustanciales, y que no han presentado en apoyo de sus alegaciones alguna prueba. No hay evidencia de que la libertad provisoria obstruiría o pondría en riesgo la investigación.

En cuanto al Fiscal, éste solicitó autorización a la Appeals Chamber para responder a la contestación de la defensa a las víctimas, por los excesos en que había incurrido].

e. Los fundamentos de la mayoría de los jueces de la Appelas Chamber, sobre el derecho de las víctimas a participar en la etapa de apelación

21) Los fundamentos de lo decidido por la Appelas Chamber en la orden del día 12 de diciembre de 2006, fueron expresados, no en esa fecha, sino luego, en el juicio relativo a la confirmación o no de la decisión de primera instancia relativa a la libertad de Dyilo, o sea, en la decisión del día 13 de febrero de 2007.

La Appeals Chamber, como primer reflexión, reconoció que era la primera vez que consideraba la manera en la cual las víctimas podían participar en apelaciones interlocutorias.

Entendió que una solicitud recabando autorización para participar en la apelación debe ser presentada ante ella, en relación a la participación de las víctimas en una apelación bajo el art. 82 (1) (b), del Estatuto de Roma, y que tal requerimiento surge de la letra del art. 68 (3) del Estatuto.

Consideró que era claro que el requerimiento referente a que la participación de las víctimas será permitida "*at stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court*" otorga un mandato a la Appeals Chamber para realizar una determinación específica, relativa a que la participación de las víctimas sea apropiada en la apelación interlocutoria bajo consideración.

Señaló que esta interpretación no contradecía el art. 86 (8) del Reglamento de la Corte, que estipula:

"A decision taken by a Chamber under rule 89 shall apply throughout the proceedings in the same case, subject to the powers of the relevant Chamber in accordance with rule 91, sub-rule 1."

[Art. 91 (1) del Reglamento de la Corte: "*A Chamber may modify a previous ruling under rule 89*"],

pues una apelación interlocutoria de esta naturaleza es una distinta etapa del procedimiento. Continuó la Appeals Chamber expresando que, de acuerdo con el art. 68 (3) del Estatuto, ella es requerida para determinar si la participación de las víctimas en relación a la particular apelación es apropiada. No puede automáticamente estar atada por la previa determinación del Pre-Trial Chamber, que era adecuado sólo para que las víctimas pudiesen participar ante la corte de primera instancia. Expresó que el Pre-Trial Chamber no pudo en esa etapa haber tenido alguna potestad para otorgar a las víctimas participantes un derecho automático para participar en cualquiera apelación interlocutoria que podría ser originada; habría sido desconocida la materia y naturaleza de la apelación en aquella fase y, por ello, sería imposible que el Pre-Trial Chamber considerase apropiado que las víctimas participasen en esa instancia o determinar que sus intereses estarían afectados por la apelación.

22) Luego de señalar, como vimos, por qué era necesaria una solicitud por parte de las víctimas para participar en la apelación, la Appeals Chamber estableció cuál debía ser su contenido.

Para ella, la solicitud debía expresar si y cómo los intereses de la víctima se hallaban afectados por la apelación interlocutoria, y por qué es apropiado que la Appeals Chamber permita que sus opiniones y preocupaciones sean presentadas. Aclaró que, toda vez que el tribunal debía asegurar que cualquier presentación de las víctimas lo sea de una manera no perjudicial o inconsistente con los derechos del acusado y con un juicio imparcial y justo, cualquier consideración de las víctimas sobre estos derechos sería necesariamente tratada por la Appeals Chamber al momento de efectuar su determinación. Luego explicó que la solicitud debería ser presentada tan rápida como sea posible y que la Defensa y el Fiscal tendrán el derecho a responder cualquier presentación de la víctima.

Finalmente, la Appeals Chamber entendió que, si bien compartía con la defensa que la específica norma sobre libertad provisoria (art. 118 de las Reglas de Procedimiento y Prueba) no hacía referencia a la víctima, el art. 68 (3) permite que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean expresadas en fases del procedimiento que ella considere adecuadas.

Por último, la Appeals Chamber no aceptó la consideración del apelante de que, permitiendo la participación de las víctimas, él estaba enfrentando a dos acusadores. Explicó que las víctimas podían participar, si sus intereses personales se encuentran afectados, que consideraba apropiada su participación, y que le correspondía a ella asegurar que la manera de la intervención no sea perjudicial o inconsistente con los derechos del imputado y con un juicio imparcial y justo, aclarando, por fin, que la participación de las víctimas en la apelación no entraba en conflicto con esas premisas.

Aunque obviamente todo este esquema no había sido cumplido por las víctimas, la Appeals Chamber entendió que esto no constituía un obstáculo, ya que no era claro el procedimiento de intervención y que ellas, de todos modos, habían presentado una solicitud de participación.

En cuanto al fondo del auto, sólo digamos que la Appeals Chamber rechazó la apelación, quedando, así, firme la decisión de primera instancia, que denegó la solicitud de libertad provisoria. Agreguemos, para terminar, que la Appeals Chamber no consideró los argumentos de los

representantes de las víctimas que presentaron ante ella, pues eran una repetición de los alegados en primera instancia y no se dirigían a contestar los temas que proponía la apelación de la defensa.

Esta solución y este esquema que diagramó la Appeals Chamber fueron compartidos por cuatro (Erkki Kourula, Philippe Kirsch, Georghios M. Pikis y Navanethem Pillay) de sus cinco miembros.

f. El voto en disidencia

23) El juez Sang-Hyun Song, empero, estuvo en disidencia respecto del sistema de participación de las víctimas en la instancia de apelación, en relación con el art. 82 (1) (b), del Estatuto de la Corte, establecido por la mayoría del Tribunal.

Desde su punto de vista, la decisión de la Appeals Chamber no se correspondía con las disposiciones del Estatuto, de las Reglas de Procedimiento y Prueba y del Reglamento de la Corte, y conducía a pasos procesales innecesarios que provocaban que se retarde el proceso de apelación.

En su opinión, ninguna solicitud por parte de las víctimas era necesaria para presentar una contestación al documento en apoyo de la apelación de la defensa en el procedimiento referente al art. 82 (1) (b) del Estatuto, siempre y cuando las víctimas en cuestión hayan participado en el procedimiento que dio origen a la apelación. Esto surge, de acuerdo con su interpretación, del art. 64 (4) y (5) del Reglamento de la Corte, de conformidad con el cual los participantes pueden presentar una contestación al documento en apoyo a la apelación dentro de los cinco días de haberse notificado tal documento.

Entendió que no existe razón por la que la palabra "participantes" en estas disposiciones no deberían incluir todos los participantes en el procedimiento que dio origen a la apelación, incluyendo a las víctimas.

Su conclusión de que las víctimas no necesitan solicitar autorización, también la extrae del art. 86 (8) del Reglamento de la Corte, el cual prevé que las decisiones sobre la participación de las víctimas se aplicarán durante todos los procedimientos en el mismo caso.

Explicó que una apelación bajo la prescripción del art. 82 (1) (b) es una extensión del procedimiento

referente a la libertad provisoria ante el Pre-Trial Chamber, y, por ello, la Appeals Chamber no debería livianamente dejar sin validez una decisión del Pre-Trial Chamber, que consideró apropiada la participación de las víctimas en relación a procedimientos sobre la libertad provisoria, o, aún, decidir sobre el tema nuevamente sin buenas razones para hacerlo.

Tampoco compartió con la mayoría que la Appeals Chamber no debía quedar atada por la determinación del Pre-Trial Chamber referente a que la participación de las víctimas es apropiada, pues desde que la apelación bajo el art. 82 (1) (b) se origina en procedimientos de primera instancia, el supuesto del art. 86 (8) del Reglamento de la Corte, relativo a que las decisiones del Pre-Trial Chamber sobre participación de las víctimas también se aplica al procedimiento de apelación, aparece justificado y lógico. Aclaró, además, que, si la Appeals Chamber entendía que la participación de las víctimas en la apelación era inapropiada, podría emitir una orden en tal sentido, de acuerdo con el propio art. 86 (8) del Reglamento.

Por otro lado, señaló que cualquier presentación ajena al art. 64 (4) y (5) del Reglamento (contestación de la apelación) debería sí ser autorizada por la Appeals Chamber.

No se encuentra convencido del argumento de la mayoría respecto de que el art. 68 (3) del Estatuto "otorga un mandato para realizar una determinación específica por parte de la Appeals Chamber, relativa a que la participación de las víctimas sea apropiada en la apelación interlocutoria bajo consideración". Notó que ese artículo prevé que la Corte permitirá la participación de las víctimas, y que la palabra "Corte" no se refiere solamente a la Appeals Chamber, sino a todos los jueces de la Corte, y que éstos acordaron en el art. 64 (4) y (5) del Reglamento de la Corte cómo las víctimas podrían participar adecuadamente en apelaciones interlocutorias: ellos pueden presentar una contestación como cualquier otro participante.

Concluyó en que ese artículo del Reglamento no sólo ahorra tiempo y recursos a la Appeals Chamber, sino también es completamente consistente con la letra y espíritu del art. 68 (3) del Estatuto.

Sin embargo, como la contestación de los representantes de las víctimas del 16 de noviembre de 2006 había sido interpuesta fuera del plazo de cinco días que

prescribía el art. 64 (5) del Reglamento de la Corte, la Appeals Chamber la debería haber rechazado.

En conclusión, la Appeals Chamber permite la participación de las víctimas en el trámite de apelación, cuando la defensa recurre una decisión de primera instancia que deniega la libertad provisoria, si aquéllas solicitan la intervención a la Appeals Chamber, expresando cuáles son sus intereses potencialmente afectados, y siempre y cuando ella considere apropiada dicha intervención, y estime que no es prejudicial o inconsistente con los derechos del acusado y con un juicio justo e imparcial.

5. El análisis de los argumentos de la defensora oficial (y los del fiscal)

24) Ahora bien, teniendo presente este panorama del derecho penal internacional sobre las facultades de actuación de la víctima en investigaciones por violaciones graves de derechos humanos, aún en materia relativa a la libertad del imputado, analicemos el planteo de la defensa, compartido por el fiscal, y las normas internas en juego.

Recordemos que la defensa de L. se opone a la intervención de las querellas, precisando que "deviene improcedente conferirle intervención en el trámite ante esa Excelentísima Cámara..."; como así también el fiscal, quien, en el punto II de su escrito, expresa que en este tipo de trámite "no tienen intervención las querellas".

El fundamento principal de ambos funcionarios se acerca en algo al del fiscal de la Corte Penal Internacional arriba descripto (ver considerando 17, primer y segundo párrafos), o sea, los primeros concuerdan en que el Código limita la facultad recursiva de la parte querellante a los casos expresamente previstos en él. El artículo 332 del C.P.P.N. sólo prevé expresamente que el fiscal, el imputado o el defensor podrán interponer recurso de apelación contra resoluciones relativas a eximición de prisión o excarcelación. En consecuencia, la falta de mención expresa por parte del legislador de la posibilidad de recurrir ese tipo de decisiones por parte de la querella, para el fiscal y la defensa, determina que ese sujeto procesal quede relegado del trámite de la apelación ante la Alzada.

25) En primer lugar, digamos que no resulta tan claro el punto de partida de la Dra. Spinetta y del Dr. Molina, relativo a que el querellante debe considerarse excluido de la posibilidad de apelar resoluciones que decidan cuestiones referentes a eximición de prisión o

excarcelación. Sin tomar aquí una posición sobre la facultad recursiva del querellante respecto del art. 332 C.P.P.N., y sólo para mostrar una postura divergente, digamos que, por ejemplo, José CAFFERTA NORES encuentra difícilmente compatible con el art. 25 de la Convención Americana de Derecho Humanos y con algunos informes de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos que los códigos procesales penales restrinjan la posibilidad de interponer recursos por parte de la víctima constituida en parte acusadora (CAFFERATA NORES, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, CELS, Bs. As., 2000, pág. 162/163).

Asimismo, Marcelo A. SOLIMINE, en un artículo muy crítico sobre las limitaciones recursivas de la querrela en cuestiones referidas a la libertad del imputado, afirma terminantemente que debe reconocerse legitimación procesal al querellante para articular recursos contra resoluciones que resuelven la concesión de la excarcelación o la no imposición de la prisión preventiva, como derivación de las garantías de "tutela judicial efectiva" y "doble conforme", resultando inconstitucionales las normas de los códigos que vedan tal facultad (SOLIMINE, "El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su facultad recursiva. Derivaciones de los estándares fijados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y de las garantías de 'tutela judicial efectiva' y 'doble instancia'", en *Revista Jurídica La Ley*, tomo 2005-A, pág. 1375; y, también, ver del mismo autor su obra *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el C.P.P.N.*, Ad-Hoc, 2003, págs. 154/158).

26) Pero, volvamos, pues, al razonamiento del fiscal y de la defensa, y supongamos, por un momento, que el art. 332 del C.P.P.N., como ellos dicen, excluye a la parte querellante de la posibilidad de interponer el recurso de apelación contra resoluciones vinculadas con la materia excarcelatoria.

Aún admitiendo tal postura, no veo por qué debe aceptarse como consecuencia necesaria que, entonces, la querrela tampoco puede intervenir en el trámite de la excarcelación, pues, más allá de que desde el punto de vista de argumentación lógica existe una evidente falta de atingencia en el razonamiento de ambos, en verdad, cuando el Código la ha excluido del trámite de alguna incidencia, lo ha hecho de modo expreso y terminante.

Recordemos primeramente que el Código en los art. 79 a 81 estipula los derechos de la víctima, y en el art. 82, referido a "El querellante particular", expresa:

"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.

Cuando se trate de un incapaz, actuará por él su representante legal.

Cuando se trate de un delito cuyo resultado sea la muerte del ofendido, podrán ejercer este derecho el cónyuge supérstite, sus padres, sus hijos o su último representante legal.

Si el querellante particular se constituyera a la vez en actor civil, podrá así hacerlo en un solo acto, observando los requisitos para ambos institutos".

La aparente amplitud de atribuciones concedidas a la querrela por esa disposición (y por otras) es confirmada por el informe del por entonces Ministro de Justicia de la Nación, León Arslanián, quien, ante el Senado de la Nación (sesión del 21-8-1991), destacó las facultades que, de manera general, el proyecto de código le acordaba a la querrela. En efecto, el Ministro expresó:

"Hemos sido receptivos de la demanda efectuada por el foro local en cuanto a la inclusión del querellante o acusador particular en el proceso penal. Ustedes saben que el proyecto del Doctor Levene no lo contemplaba. Entonces creímos que era conveniente hacerlo. Tal vez no lo haya sido en la medida requerida por los colegios, que querían un querellante pleno como el que existe en este momento en el Código nacional. Sólo le retaceamos una facultad: la de poder ejercer autónomamente la pretensión penal en el proceso. Lo hemos hecho no porque no creamos en la institución del querellante sino porque su inclusión debe ser respetuosa del régimen de la oralidad. Un proceso oral no puede ser nunca un pretexto o motivo para la diatriba, el agravio, la injuria, el descrédito, la difamación. No se puede conceder un escenario para que cualquiera ventile sus agravios o pujas personales exponiendo odios y demás. Hemos querido, entonces, que esa intervención en el proceso oral esté siempre acompañada de la intervención del ministerio público fiscal, que le dé sustento a la pretensión punitiva.

Por eso auspiciamos la figura del querellante adhesivo y no del querellante autónomo. Esto no significa que no le concedemos grandes facultades en otro orden. Puede genera incidentes, puede apelar todo tipo de resoluciones; asimismo puede provocar la intervención de la Cámara de Apelaciones cuando el fiscal no formule acusación, a efectos de controlar, de esa manera, dicha decisión fiscal. Les hemos dado facultades plenas; inclusive pueden interponer recurso de casación u ofrecer medios de prueba e intervenir en la sustanciación de la misma" (Código Procesal Penal de la Nación, Abeledo-Perrot, pág. 72).

[Aclaremos que, inclusive, la principal limitación a la que se refiere Arslanián, o sea, la drástica exclusión del querellante del ejercicio de la pretensión penal, ha sido en gran medida atenuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el conocido caso "Santillán" (*Fallos*, 321:2021), al posibilitar que el pedido acusatorio del querellante habilite al tribunal de juicio a dictar condena, aunque el fiscal haya solicitado absolución, fundamentando su decisión en el derecho a la jurisdicción, consagrado implícitamente en el art. 18 de la Constitución Nacional, cuyo alcance encuentra coincidencia con el que reconocen los arts. 8.1, de la Convención Americana de Derecho Humanos, y el art. 14.1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Ministro Maqueda, en el caso "Quiroga" (considerando 23, *Fallos*, 327:5863), hizo referencia al fallo "Santillán", expresando que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ese caso, incorporó los principios que se desprenden de los informes de la Comisión IDH, que citamos arriba].

27) Ahora bien, teniendo presente el amplio marco de facultades que se le acuerda a la querella, es necesario formular las siguientes aclaraciones. Por un lado, el artículo 82 C.P.P.N. no circunscribe la actuación del querellante a alguna instancia jurisdiccional en particular. Es decir, las atribuciones genéricas de proporcionar elementos de convicción y de argumentar sobre ellos pueden ser ejercidas tanto en la instrucción como en juicio oral, como apuntaba Francisco J. D'Albora ("Intervención del querellante conjunto en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación -ley 23.984-", en *Revista Jurídica La Ley*, tomo 1991-E, pág. 1405); sin que existan motivos, a mi juicio, que justifiquen limitar el ejercicio de tales facultades a alguna instancia específica de la pirámide judicial, rigiendo, por ende, la máxima *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Por el otro, ese art. 82 C.P.P.N. tampoco distingue qué tipo de elementos la querrela puede proporcionar en la causa, y, por lo tanto, es razonable considerar incluidos aquellos vinculados, por ejemplo, con la autoría y materialidad ilícita del hecho, como también los relacionados con la libertad del imputado o el entorpecimiento de las investigaciones.

Si se acepta esto último -que jamás he visto que se haya cuestionado por alguien-, no se me ocurre por qué se debería permitir a la parte querellante aportar esos elementos sólo ante el magistrado de primera instancia y en el expediente principal, los que serán evaluados por el a quo para conceder o no la excarcelación o dictar o no la prisión preventiva, y negarle el derecho de hacerlo en el incidente de excarcelación, ya sea ante el propio juez de primera instancia o un tribunal superior, que es la consecuencia a la que se arriba con la argumentación del fiscal y de la defensora.

28) En todo el articulado del ordenamiento procesal penal, sólo existe una norma que formula una excepción a las facultades generales de intervenir en el proceso derivadas del art. 82 C.P.P.N. Es el art. 491 del digesto procesal, que excluye expresamente la intervención del querellante en incidentes vinculados con la ejecución de la pena, una vez que se dictó condena. En este tipo de incidencia, el Código estipula que "la parte querellante no tendrá **intervención**" (art. 491 C.P.P.N., resaltado propio), ya sea que aquélla se tramite ante el juez de ejecución o ante instancias superiores (art. 508 C.P.P.N.). Pero ello sucede sólo con ese tipo de cuestiones.

Véase, en cambio, que respecto de actuaciones como la que aquí se están tramitando, el Código, en el capítulo 7, dedicado a la "*Exención de prisión. Excarcelación*" (art. 316 a 333), de ninguna manera excluye la **intervención** de la parte querellante. Solamente no la menciona como uno de los sujetos procesales que puede apelar: "*El auto que conceda o niegue la exención de prisión o la excarcelación será apelable por el ministerio fiscal, el defensor o el imputado...*" (art. 332 C.P.P.N.).

Además, de la lectura armónica de todas las disposiciones del Código que se refieren especialmente a la parte querellante (arts. 82, 84, 180, 195, 201, 311, 337, 347, 352, 435, 460 y 508), tampoco se infiere que la querrela se halle impedida de intervenir en incidentes de excarcelación, sino que, por el contrario, reflejan la considerable magnitud de las facultades referida por el Ministro de Justicia arriba citado.

29) Por otra parte, me parece que el interés de la querrela para intervenir en el trámite del recurso ante la Alzada que la defensa entiende que no existe, se ve reflejado con claridad en el hecho de que la decisión de esta Sala sobre la libertad del imputado, puede afectar sus derechos, si se resolviese conceder la excarcelación, y no se oyeran los argumentos que quisiera aportar en relación con el posible entorpecimiento de la investigación o con el peligro de fuga del imputado.

Además, es un dato de lamentable actualidad que, en causas en que se investigan los crímenes de la última dictadura militar, la posible excarcelación del imputado no sólo puede afectar el interés de las querellas respecto de la buena marcha del proceso, sino también la vida misma de las víctimas, familiares y testigos, siendo las partes querellantes las que se encuentran en mejor posición para acercar datos en tal sentido, ya sea al juez de primera instancia o a tribunales superiores, si el debate sobre la libertad del imputado se encuentra en otra instancia, por lo que resulta razonable, también, desde esta perspectiva, brindarles la oportunidad de ser oídos.

30) Por cierto, no veo cómo la intervención de las partes querellantes en el trámite de apelación de este incidente podría perjudicar al imputado de una manera no permitida por el Código, ni la defensa tampoco lo explicita. Podría pensarse que el único argumento de relevancia en contra de la intervención de las partes es el de los "dos acusadores", esgrimido, como vimos, por la defensa de Dyilo y rechazado por la Appeals Chamber (ver considerando 22, cuarto párrafo), el cual parecería subyacer en los agravios formulados por la defensora.

En efecto, el perjuicio radicaría en que el acusado se debilita al tener que "luchar" no sólo contra el acusador público, sino también contra el privado. Empero, este no es un problema que sólo se originaría si se aceptase la intervención de las querellas en el trámite de apelación del incidente, pues lo mismo sucederá en todas las etapas de la investigación y del juicio, desde que es el propio Código de rito el que ha regulado la participación de la querrela al lado del fiscal.

En realidad, Maier ("*La víctima y el sistema penal*", en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, pág. 217, reimpresión), nos ayuda a ver que el desequilibrio en sistemas procesales en que se permite la participación de la víctima junto al fiscal, no se produce por la participación de la víctima. Su intervención sólo incrementa el desequilibrio ya existente provocado por la

existencia del Ministerio Público, que junto con la policía que lo auxilia, constituyen cuerpos entrenados y organizados para perseguir penalmente a los imputados, quienes, quizás, ni siquiera disponen de asesoramiento jurídico adecuado.

Esta Sala no es ajena al problema, y en muchísimos casos ha advertido tal desequilibrio y ha tratado de corregirlo en la medida de lo posible. El caso típico lo constituye la declaración del imputado ante el juez (art. 294 C.P.P.N.) sin la presencia de defensor oficial, supuestos en que la Sala declara la nulidad de dicho acto y dispone la realización de una nueva con la presencia de ese funcionario, por razón de entender que la garantía de la defensa en juicio *"debe extenderse a la provisión por parte del Estado de los medios necesarios para que el juicio al que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación, mediante la efectiva intervención de la defensa"* (ver, el voto del doctor Frondizi, adherido por el suscrito, *in re* n° 3314 "Gramajo, Oscar Rafael s/Inf. ley 23.737", de fecha 2 de febrero de 2006(1); y ver, así, también, expte. 3441, "Vera", del 2 de febrero de 2006; expte. 3572, "Moyano", del 14 de febrero de 2006; expte. 3044, "Miranda", del 14 de febrero de 2006; expte. n° 3158, "Serrano", del 11 de mayo de 2006; expte. n° 3359, "Martínez", del 11 de mayo de 2006; expte. n° 2768, "Actuaciones instruidas por hurto", del 18 de mayo de 2006; expte. n° 3916, "Ricciuti", del 23 de noviembre de 2006; expte. n° 4091, "Basualdo", del 5 de diciembre de 2006; expte. n° 3716 "AFIP", del 12 de diciembre de 2006; expte. n° 3687, "González", del 3 de mayo de 2007; expte. n° 3978 "Vallalba", del 8 de mayo de 2007; expte. 4112 "Zitterman", del 28 de agosto de 2007; expte. n° 3739 "Silva", del 27 de septiembre 2007; expte. 4179, "López", del 18 de marzo de 2008", entre muchísimos otros), criterio que llamativamente tropezó con la postura de la defensa oficial, que, paradójicamente, no compartía tal decisión (expte. n° 3665 "Defensora oficial Dra. Spinetta interpone recurso de Casación", de fecha 23 de mayo de 2006, expte. n° 3666, "Defensora oficial Dra. Spinetta interpone recurso de casación" de fecha 23, de mayo de 2006, expte. 3659, "Recurso de casación", de la misma fecha; epte. 3676 "Def of. interpone recurso de casación", de la misma fecha; expte. 3668, expte. 2661, expte. 3655, expte. 3653, expte. 3658, expte. 3664, expte. 3667, expte. 3663, expte. 3656, todos de fecha 23 de mayo de 2006; expte. 3771 "Recurso de casación interpuesto por la Sra. Defensora oficial Dra. Olga Angela Calitri de Hermelo", de fecha 3771; expte. 3817 "Recurso de casación interpuesto por la Sra. Def. Of. Dra.

Spinetta" de fecha 15 de junio de 2006; expte. n° 3823 "Recurso de casación interpuesto por la Sra. Def. Oficial Dra. Spinetta", de fecha 15 de junio de 2006; entre muchos otros).

31) De cualquier forma, el desequilibrio en el proceso en perjuicio del imputado no se da en todos los casos, como se encargó, también, Maier de apuntarlo (*ibídem*), y creo que en este proceso no se vislumbra.

Ello se debe, por un lado, a la cantidad de imputados que existen en estas actuaciones, con intereses en común y con suficiente asistencia técnica (de la defensa oficial y de abogados privados), que permite que los letrados defensores puedan articular mecanismos procesales que favorecen a sus propios asistidos y a los de otros, multiplicándose así sus defensas. El ejemplo claro de esto es la utilización del instituto de la recusación, que ha llevado a situaciones de insólito abuso en otras actuaciones también vinculadas con crímenes de la dictadura (me refiero al expte. 2175/Sala I, de esta Cámara Federal, caratulado: "Dres. Molina, Rodolfo Marcelo, Dualu Dumm, Carlos Alberto, Crous, Félix Pablo", cuyos imputados eran M., J. C. A., M. S. y R. O. P.). En nuestro caso, los imputados K. y P., representados por la defensora oficial, recusaron a los tres integrantes de esta Sala. Su idea sirvió para que, al mismo tiempo, y copiando casi a la letra sus argumentos, el defensor de F., Dr. Héctor César Llorente, hiciera lo mismo. Lo cierto es que la primera recusación todavía se encuentra en la Cámara Nacional de Casación Penal pendiente de resolución, lo que impide el avance de la causa respecto de todos los imputados.

Además, los hechos indican que, en causas en que se investigan delitos cometidos por la última dictadura militar, el desequilibrio procesal es completamente al revés. Y prueba de ello es la dificultad de las víctimas y del propio Ministerio Público en muchas ocasiones -si no en todas-, de llevar a juicio a los responsables de crímenes aberrantes, ocasionada por la existencia de un aparato de poder que se ocupó de borrar valiosísimos elementos de prueba y que, al día de hoy, sigue funcionando a través de la intimidación y de la desaparición forzada de víctimas, como medio para asegurar impunidad.

En consecuencia, no me parece que el posible argumento de los "dos acusadores", pueda validar la exclusión de las partes querellantes de intervenir en el trámite del recurso de apelación en este incidente de excarcelación.

32) Con ello, entonces, sólo resta confirmar el punto IV del decreto de presidencia..., por el que se le da intervención a las partes querellantes en el trámite del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto que denegó la excarcelación de L..

La misma solución, en el orden interno, ha sido adoptada por una de las Salas de la Cámara Nacional de Casación Penal, cuya cita traen los letrados de la Asamblea Permanente de Derechos Humanos en su memorial, en cuya fundamentación se observa la apertura del Tribunal al ámbito internacional señalado más arriba en este voto.

En efecto, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, en una materia idéntica a la que este recurso de reposición convoca, garantizó el protagonismo de la querrela en la investigación penal. Con apoyo en el fallo "Santillán" de la Corte Suprema, junto con las diversas disposiciones de instrumentos internacionales que garantizan "el derecho a ser oído", los integrantes de la Sala IV, en las actuaciones n° 6885, caratuladas "Beraja" (resolución de fecha 19 de noviembre de 2005), rechazaron la petición de la defensa, relativa a que no se permitiera informar a la parte querellante en la audiencia (art. 468 C.P.P.N.) fijada por esa Alzada, en actuaciones vinculadas con materia de excarcelación. En efecto, el Tribunal dijo:

"... teniendo en cuenta el derecho a ser oído que ampara -en virtud de su derecho de defensa- a quien reviste el carácter de querellante en el proceso penal (cfr. C.S.J.N. Fallos: 268:266, 321:2021 y especialmente en lo que aquí atañe: 325:1729; arts. 8.1 de la Convención Americana de los derechos Humanos, 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos), corresponde NO HACER LUGAR dicha petición, lo que así se resuelve" (ver, JPBA, tomo 130, pág. 108, f. 193).

33) En consecuencia, la solución relativa a que las partes querellantes puedan intervenir en el trámite del presente recurso, es compatible con el art. 80 del C.P.P.N. que prevé el derecho de la víctima "a ser informada sobre el estado de la causa y la situación del imputado" y con el art. 82 del C.P.P.N., armoniza con el resto de las disposiciones del Código Procesal y con la amplia intervención asegurada a la víctima en el proceso penal por los informes, resoluciones y decisiones de organismos internacionales (Asamblea General de Naciones Unidas, Comisión IDH, Corte IDH, Corte Penal Internacional), y con

las disposiciones de los tratados y pactos internacionales a los que también hicimos referencia.

Por ello, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de reposición analizado.

EL DOCTOR FLEICHER DIJO:

Adhiero al voto del doctor Schifffrin.

EL DOCTOR COMPAIRED DIJO:

1. La idea de tornar más efectivo el derecho a la tutela jurídica de la persona de la víctima, que ostenta rango constitucional (arts. 25, CADH; art. 75, inc. 22, CN) exige no sólo no dejarla sin la protección jurídico penal a su derecho afectado por el delito, sino que se igualen sus intereses con el interés estatal en la investigación de delitos, y en particular como los que se imputan a L. (privación ilegal de la libertad y aplicación de torturas, previstos y penados por los arts. 144 bis y 144 tercero del Código Penal).

De esta concepción a la que cabe adherir, se desprende que el derecho penal debe tutelar tanto los intereses generales de la sociedad como los intereses concretos de la víctima y en condiciones de igualdad, ya que el delito no es sólo una lesión a un bien abstractamente protegido como tal por la ley penal, sino que es también una lesión al derecho concreto (cf. Eser, Albin M.C., *"Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima"* en *"Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal"*, Bs. As., 1997, n° 1, págs. 21 y ss.) del ofendido, haya sido lesionado en su condición de persona individual como lo haya sido en su condición de integrante de la sociedad.

De tal manera el autor citado, al denunciar una "abstracción progresiva" del concepto de bien jurídico y la virtual desaparición de la víctima detrás de él, señala que la participación del ofendido en el proceso penal no debe entenderse como "una mera concesión sino como un derecho originario", que al decir de Cristina José de Cafferata no es un mero problema de política procesal, sino que está impuesta por el principio de defensa -en su proyección activa- consagrado por la Constitución (*"El Ministerio Público Fiscal"*, Córdoba, 1997, pág. 25).

Bovino es sumamente claro al respecto cuando con relación a su idea de mayor participación de las víctimas en el proceso penal sostiene: "En realidad, se puede afirmar

que todos estos supuestos tienen algunas notas comunes. Están orientados a favorecer la participación ciudadana en la administración de justicia penal. Comparten la finalidad de aumentar la eficiencia de la política persecutoria y posibilitan el control de los funcionarios encargados de la persecución penal estatal por parte de diversos miembros de la sociedad civil ajenos al Estado" (Bovino, Alberto, "*La participación de la víctima en el procedimiento penal*", en "*Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*", 1998, Editores del Puerto).

Desde estos parámetros resulta necesario admitir, y aún más, requerir la intervención de esta parte en distintas incidencias procesales, reconociendo sus atribuciones sobre el contenido sustancial del proceso y en especial en aquellas donde la ley de forma no excluye expresamente su actuación.

2. En este orden de ideas, entiendo que el propio ordenamiento procesal vigente nos brinda la solución. Esto es así toda vez que cabe estar a lo normado en el primer párrafo del art. 82 del Ritual, que reconoce entre las facultades de la parte querellante la de "... impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan".

Aparece acá legislada la facultad procesal de la querrela de proporcionar elementos de convicción durante la etapa instructoria al igual que las otras partes, como también la de argumentar sobre los elementos probatorios, entendiéndose por tales a todos los que apuntalan su postura y no sólo los aportados por ella en virtud del principio de adquisición procesal (D'Albora, Francisco J., "*Código Procesal Penal de la Nación*", Bs. As., 1996, edit. Abeledo-Perrot, pág.128).

De tal modo, considero que esta norma procesal habilita la participación de la parte querellante en el trámite del recurso de apelación en trato, por cuanto si bien no se encuentra previsto (ej. arts. 337 párrafo segundo y 438; 346 y 347, inc. 2º, 393), tampoco se encuentra expresamente excluido (ej. arts. 218 último párrafo; 295, entre otros), debiendo primar en consecuencia la posibilidad de su intervención.

Sin dudas, se trata ni más ni menos del derecho a ser oído, en cuanto "Tal derecho nunca debe ser cercenado, y debe hacerse hincapié en que se ejercite, se cumpla debidamente y que en caso de duda sobre si corresponde que una parte o persona pueda ser oída ante un órgano judicial,

la decisión se oriente en sentido afirmativo, pues ello es también en términos generales, otra manifestación de límites al derecho penal, más allá de resultar un pleno ejercicio de varios derechos constitucionales" (Salatino-Di Lorenzo, *"El querellante particular y el particular damnificado"*, La Plata, 2007, Fabián J. Di Placido Editor, pág. 60).

Señalo por último y comparto lo expresado por el Maestro Bidart Campos al sostener "... no es constitucional, no concuerda con el derecho internacional de los derechos humanos, no es justa, la solución que - proveniente de una ley o del derecho judicial- niega a la víctima del delito su amplia legitimación para impulsar, intervenir, acusar y participar con eficacia como protagonista activo en el proceso penal que le atañe. ¿Para qué hablar de derecho de acceso a la justicia, o de derecho a la tutela eficaz, o de derecho a una vía útil para defender sus derechos, si en el proceso penal no se le suministra a la víctima la "llave" procesal que constitucionalmente le es debida con el fin de que tome parte en la defensa del bien jurídico penalmente tutelado en la incriminación pertinente, cuando nadie sería capaz de rebatir la noción de que el daño a ese bien jurídico como consecuencia de un delito, perjudica en primer lugar a la víctima? (Bidart Campos, Germán J., *"Los roles del Ministerio Público y de la víctima querellante en la acusación penal"*, nota a fallo, diario La Ley del martes 6 de octubre de 1998, págs. 5/6).

3. En estos términos adhiero al sustancioso voto emitido por el Dr. Schiffrin, con la salvedad de dejar a salvo la opinión en contrario respecto de la ejemplificación contenida en el último párrafo del considerando 30), en cuanto a la nulidad de la declaración del imputado ante el juez sin la presencia de defensor, de acuerdo a lo expuesto en autos "Anexo de actuaciones de la causa caratulada: Sumario instruido s/delito de acción pública", expte. 3522 del registro de esta Sala II, fallado el 21 de marzo de 2006, criterio reiterado en los decisorios que se citan en el párrafo citado a partir de esta última fecha.

Así lo voto.

Por todo lo expuesto, el Tribunal RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de reposición.

Regístrese y notifíquese.Fdo.Jueces Sala
II.Dres.Leopoldo Héctor Schifffrin.Gregorio Julio
Fleicher.Carlos Román Compaired (por su voto).

Ante mi: Dra. Ana Miriam Russo.Secretaria.

NOTA(1) OBRA PUBLICADO EN EL RUBRO FALLOS DESTACADOS-
carpeta temática PENAL (FD.147)-del sitio
WWW.PJN.GOV.AR.Cliquear:1)Fueros Federales;2)Justicia
Federal La Plata y 3) Fallos destacados-carpeta temática.