

Reg. Nº 576/12

///n la Ciudad de Buenos Aires, a los 27 días del mes de abril de dos mil doce, se reúnen los miembros de la Sala Tercera de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los doctores Eduardo R. Riggi como Presidente y los doctores Liliana Catucci y Raúl R. Madueño, bajo la presidencia del primero de los nombrados, y asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María de las Mercedes López Alduncin, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la decisión obrante a fs. 281/vta. de la presente causa nº 15.139 del Registro de esta Sala, caratulada "Zadicoff, Ana Felisa s/ recurso de casación", representando al Ministerio Público el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé, la defensa de Ana Felisa Zadicoff por el doctor Rodolfo Ricotta Demby y la querrela María Inés Griolli por los doctores Gabriel Palmeiro y Maximiliano Rusconi.

Efectuado el sorteo para que los Señores Jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo: Raúl R. Madueño, Eduardo R. Riggi y Liliana E. Catucci.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

El señor Juez doctor **Raúl R. Madueño** dijo:

**PRIMERO:**

I. Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal resolvió declarar mal concedido el recurso de apelación con relación al delito previsto en el artículo 173, inc. 7º del Código Penal; confirmar los puntos I y II de la decisión de fs. 247/253 -en cuanto sobresee a Ana Zadicoff en el sumario nº 21.047/2009 en orden a los hechos *prima facie* constitutivos de los delitos de defraudación por administración fraudulenta -art. 173, inc. 7º del Código Penal (hecho I.a.)- y estafa en su modalidad agravada por circunvención de incapaz -art. 174, inc. 2º del Código Penal (hecho I.b. y I.c.)- dejando expresa constancia que la formación del presente en nada afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado; imponer las costas a la parte querellante-.

II. Contra esa resolución, el doctor H. Gabriel Palmeiro, apoderado especial de la parte querellante, con el patrocinio letrado del doctor Maximiliano

Rusconi, interpusieron recurso de casación, el que concedido parcialmente, fue mantenido en esta instancia.

**III.** La querrela se agravió por la errónea interpretación del art. 180 del Código Procesal Penal de la Nación alegando que pone en riesgo derechos constitucionales a ella reconocidos.

Sostuvo que con la interpretación dada niegan la posibilidad a la querrela de obtener una revisión de una decisión que desestimara la denuncia con argumentos falaces, infundados a raíz de una consideración parcializada de los hechos y de una adecuada interpretación del alcance de la ley sustantiva.

Manifestó que de la reseña doctrinal y jurisprudencial realizada en el recurso de casación y a la luz de una correcta interpretación de la normativa internacional que integra nuestro bloque de constitucionalidad federal y brindando un adecuado alcance a los precedentes de la CSJN surge de modo patente que la interpretación dada por el *a quo* del art. 180 del CPPN es antojadiza y arbitraria y no satisface los requerimientos mínimos de fundamentación.

Seguidamente planteó la violación del derecho al debido proceso legal, a la revisión por parte del superior a y la tutela judicial efectiva.

En ese sentido alegó que la postura adoptada por el *a quo* de declarar mal concedido el recurso de apelación conculca derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por tratados internacionales a ella incorporados.

Agregó que es criterio del Máximo Tribunal a partir del fallo "Santillán" que "todo aquel a quien la ley le reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía de debido proceso legal, consagrado en el art. 18 de la C.N., que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada, previo juicio llevado en legal forma".

Refirió que resulta prematura la propuesta de desestimación de la denuncia formulada por el fiscal y compartida por el juez de instrucción toda vez que no se produjo ninguna medida de prueba tendiente a corroborar los dichos del denunciante, demostrando una total falta de interés de

investigar los hechos traídos a conocimiento de la justicia.

Agregó que en autos existe una plataforma fáctica que amerita que se realice una investigación y que se produzcan al menos algunas pruebas que puedan llevar a un mejor conocimiento de la eventual responsabilidad de los imputados.

Por último alegó la nulidad absoluta de la resolución recurrida en tanto confirma la resolución de sobreseimiento de primera instancia que contiene un vicio insalvablemente nulo.

En ese sentido dijo que el juez de primera instancia nunca convocó a la señora Zadicoff a prestar declaración indagatoria dando así a un sinnúmero de falacias y vicios que ponen en crisis la decisión recurrida y parten de la falacia de que aunque no se hayan escuchado a la imputada en indagatoria, corresponde el dictado de sobreseimiento.

Afirmó que el dictado de sobreseimiento tiene como presupuesto que la concreta persona a cuyo favor se dicta tal decisión de efectos definitivos se encuentre jurisdiccionalmente vinculada al proceso;

extremo que se corrobora con la citación judicial a prestar declaración indagatoria; antes de ese acto no hay posibilidad de sobreseer a un sujeto, porque no hay proceso abierto en su contra.

Consideró que “una vez realizadas las medidas investigativas útiles propuestas por el acusador público (y particular si lo hubiera) para dar sustento a su hipótesis imputativa, y aún cuando no se advierta la existencia de medidas pendientes de producción conducentes para la investigación, si el magistrado instructor no encuentra motivos suficientes para sospechar que una persona determinada ha participado en la comisión de un delito y, consecuentemente para citarlo en los términos del art. 294 del CPPN, la solución que se impone es el archivo de las actuaciones por no poder proceder, según lo dispuesto por el art. 195 del citado cuerpo legal”.

Agregó en cuanto a las imposición de las costas que la regla general de imposición de costas a la parte vencida admite la excepción establecida legalmente que es la de haber tenido razón plausible

para litigar, cuestión que se encuentra acreditada en autos.

Señaló que, se ha dicho que la exención procede salvo en los casos de temeridad en que se ha actuado con la conciencia de la propia sin razón, cuestión que no puede adjudicarse en este caso, máxime que el juez de instrucción dictó na resolución sin argumentos suficientes.

**IV.** Durante el término de oficina previsto en los arts. 465 cuarto párrafo y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, las partes guardaron silencio en esta instancia.

**V.** A fs. 323 se dejó constancia de haberse superado la etapa procesal prevista en el art. 468 del C.P.P.N., por lo que estos actuados quedaron en condiciones de ser resueltos.

**SEGUNDO:**

**I.** Que se inicia el presente proceso a raíz de la denuncia formulada por María Inés Griolli ante la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal contra Ana Zadicoff, esposa de Miguel Ángel Griolli, por los delitos de defraudación por documento y defraudación por administración fraudulenta.

Al momento de ratificar la denuncia, María Inés Griolli afirmó que la denunciada "actuó en contra de lo que mi papá quería, habiendo extraído fondos de la empresa, iniciándole un juicio de insania, haciéndole vender propiedades y porque está haciendo lo contrario a lo que él quería, y eso lo logra aprovechándose de él y porque es directora y entonces tiene el poder en la empresa".

Que a fs. 9/24 la denunciante solicitó ser tenida como parte querellante; a fs. 35/36 vta. la representante del Ministerio Público Fiscal delimitó el objeto del sumario considerando al efecto las constancias del expediente civil "Griolli, Miguel Ángel s/inhabilitación". En ese cometido la fiscal señaló que "la denuncia efectuada por María Inés Griolli ...con el objeto que se investigue el fraude en que habría incurrido Ana Felisa Zadicoff, esposa de su padre, Miguel Ángel, en perjuicio de éste último, al haberlo hecho firmar un documento para retirar de la empresa de la que éste es titular, FAIP S.A., la suma de \$ 815.579,20, así como también al haber vendido dos propiedades, cuya titularidad detentaba



éste último, quedándose con la totalidad del dinero"; también refirió que su padre es titular de un departamento en la localidad de San Martín, cuya renta es cobrada por la denunciada.

De las constancias de autos surge en el año 2004 Miguel Ángel Griolli,-titular del 99% de la acciones de la empresa FAIP S.A.- sufrió un ataque cerebro vascular, que devino en el diagnóstico de demencia fronto-temporal cuyas secuelas se evidenciaron en el año 2007 y se fueron agravaron en forma gradual y moderada sin afectar la capacidad de relacionarse y valerse por sí mismo hasta febrero de 2008.

El juez de instrucción al momento de resolver el pedido de ser tenida por parte querellante, rechazó tal pretensión toda vez que únicamente los socios de la sociedad que son los perjudicados por los directivos pueden ser legitimados y el incapaz sólo podrá actuar en el proceso mediante la intervención de su representante legal, al no verificarse ninguno de los dos extremos enunciados.

Apelada esta decisión, la Sala V, resolvió revocar parcialmente la decisión

puesta en crisis, considerando que cuando el art. 174 inc. 2º de Código Penal refiere al daño hacia el menor, el incapaz o "de otro" puede ser sujeto de afectación patrimonial al considerar disminuido su acervo hereditario, aún cuando ese derecho sea sólo en expectativa.

Que a fs. 78/81 vta. la denunciada solicitó se declare la atipicidad de las conductas endilgadas.

Al momento de dictaminar la fiscal postuló el archivo del sumario por no poder proceder (art. 195, segundo párrafo del C.P.P.N.); explicó que se ordenaron las siguientes medidas probatorias: se obtuvieron fotocopias certificadas de las partes pertinentes del expediente "Griolli, Miguel Ángel s/inhabilitación" y de los incidentes de administración de bienes y medidas precautorias en trámite por ante el Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Civil nº 56.

Agregando que del "análisis exhaustivo del sumario y de los testimonios de los autos civiles...entiendo que se ha logrado un plexo probatorio que me convence que la hipótesis delictiva que se intenta

dirigir contra Ana Zadicoff, es decir la infracción penal de defraudación, no puede prosperar. En esa línea, no puede perderse de vista que Zadicoff, es la esposa legítima de Miguel Ángel Griolli, y su unión data del año 2005. Si bien, el 30 de septiembre de 2009, la Justicia Civil, resolvió declarar a Miguel Ángel Griolli, incapaz en los términos del art. 141 del Código Civil. El vínculo entre éste y Zadicoff, sigue vigente”.

Asimismo señaló que en el incidente de desdoblamiento de curatela del incapaz, se nombró curadora definitiva de su persona a Ana Zadicoff y de los bienes a un abogado de la matrícula ajeno al seno familiar.

Por último consideró que la maniobra denunciada resultaría perjudicial sólo a la sociedad conyugal y no para la entidad jurídica; y en esa línea el carácter de cónyuges de las partes torna aplicable lo establecido en el art. 185 inc. 1º del Código Penal en cuanto excluye la responsabilidad criminal por hurtos, defraudaciones o daños que se causaren recíprocamente.

La pretensa querellante solicitó que el magistrado de instrucción reasuma la instrucción. Al momento de resolver el juez

sobreseyó a Ana Zadicoff en orden a los delitos previstos por los arts. 173 inc. 7º y 174 inc. 2º del Código Penal por compartir el criterio expuesto por la señora fiscal y porque el perjuicio patrimonial que le hubiere ocasionado la imputada a Miguel Ángel Griolli, quedaría amparada por la excusa absolutoria establecida en el art. 185 inc. 1º del C.P..

Esa resolución fue apelada, remedio que fue concedido sólo en lo que respecta a la figura contemplada en el art. 174 inc. 2º del C.P., declarándose nulos el dictamen fiscal y la resolución del juez de instrucción por el *a quo*, indicando que se han obviado pronunciarse respecto del delito de defraudación por circunvencción del incapaz, por entender que María Inés Griolli como heredera legítima de Miguel Ángel Griolli habría sido particularmente ofendida por las maniobras denunciadas.

Respecto de la figura de defraudación por administración infiel fue rechazada la queja interpuesta por recurso de apelación denegado. Devueltas las actuaciones

la querrela solicitó a fs. 215/217 vta. la producción de medidas de prueba.

Al momento de dictaminar la fiscal de instrucción, consideró nuevamente que correspondía el archivo de las actuaciones por no poder proceder. Para llegar a esa conclusión señaló que el tipo de circunvención de incapaz requiere un elemento subjetivo distinto del dolo que es el ánimo implícito de abusar, en ese punto indicó que la relación afectiva de Zadicoff y Griolli data de 1997, formalizando matrimonio en el año 2005 y la incapacidad que sufriera el marido no presume por sí que cualquier acto que realice su cónyuge lo sea en su perjuicio o de algún otro no especificado; y que si bien la decisión de extraer los fondos relativos a los dividendos correspondía a Griolli por las actividades económicas por él realizadas, no resultó ser la habitual, no resulta significativo ello en razón de que Griolli al no estar más en cabeza de la compañía nada podía asegurar que los negocios siguieran el mismo rumbo beneficioso con lo cual obtener lo que le pertenecía puede entenderse como beneficioso a la sociedad conyugal y no como un abuso.

Por otra lado refirió que nada prueba que el dinero obtenido no se destinase a la convivencia de la imputada y Griolli y que tales acciones le hayan ocasionado un perjuicio económico. A ello agregó que de los balances de FAIP S.A. posteriores al apartamiento de Griolli no se observan resultados poco satisfactorios para el crecimiento de la empresa. Por último refirió que del relato de los hechos que hiciera la denunciante ninguno permite siquiera conjeturar un perjuicio hacia la sociedad y respecto de los terceros que celebraron negocios jurídicos con Griolli en el año 2008, no pueden considerarse partícipes en la supuesta circunvención de incapaz que se trató de construir toda vez que en esa época Griolli pudo haber gozado de autonomía suficiente.

A fs. 239/240 la querrela solicitó que el juez reasuma la investigación y que se rechace el planteo fiscal.

Al momento de resolver el magistrado de instrucción sobreseyó a Ana Zadicoff por lo delitos *prima facie* imputados. En particular al referirse a la figura de estafa en su modalidad agravada de la circunvención de incapaz, resaltó que al

momento que se realizaron las operaciones cuestionadas no se probó que Miguel Ángel Griolli estuviera incapacitado, ni que tales actos resultaron fraudulentos.

En ese sentido indicó que si bien por ante la justicia civil se determinó que la fecha probable de incapacidad de Miguel Ángel Griolli podría haber sido en diciembre de 2007, tal estimación es probable y no cierta y que existen otros actos realizados por el nombrado en esa época que no resultan cuestionados por la querrela en tanto la beneficiaron. Asimismo, señaló el *a quo*, existen pruebas que permiten presumir fundadamente que el nombrado no estaba incapacitado para realizar las operaciones que se cuestionan, vgr. las declaraciones testimoniales de Mónica Esther Ciamaichella -abogada y prima de Miguel Ángel Griolli-; Carlos Alberto Finkelsztein -Jefe del Servicio de Psiquiatría del Hospital Italiano e íntimo amigo del nombrado-; Pablo Agustín Drincovich -acompañante terapéutico-; la presentación del curador provisional Ramón Burundarena -fs. 4 incidente 59.233/09- y informe del médico legista doctor José Sandoval Hernández -fs. 24/6 incidente 59.233/09-.

Concluyó el *a quo* que no se probó la incapacidad de Miguel Ángel Griolli al momento de la venta de inmuebles por lo que esos actos fueron por él realizados antes de ser declarado insano, por lo que no puede concluirse que haya un perjuicio patrimonial por no haber rendido cuentas producto de tales ventas porque se trató de dinero propio que no tenía que ser distribuido en vida con sus herederos, máxime cuando su patrimonio se encuentra al cuidado de un curador nombrado por la justicia civil.

Asimismo señaló que idénticos fundamentos caben a la acusación formulada por el presunto cobro de alquileres por parte de Ana Zadicoff de un departamento de su esposo, pues no se advierte de ello ninguna conducta delictuosa de ese procedimiento. Agregó que en primer lugar se trata de un bien propio de Miguel Ángel Griolli y nada impide que su esposa cobre los alquileres y en segundo lugar porque las hijas del nombrado percibieron algunas de esas rentas y fueron intimadas por la justicia civil a su reintegro.

Concluyó el magistrado de instrucción que la prueba reunida no alcanza para



sostener una imputación contra Ana Felisa Zadicoff.

Dicha resolución fue apelada por la parte querellante, el recurso fue declarado mal concedido por el *a quo*, y en virtud de ello presentó el recurso de casación que se examina.

**TERCERO:**

I. Que si bien considero que la parte querellante tiene el derecho de interponer los recursos reconocidos por el Código Procesal Penal de la Nación –cfr. la doctrina del Plenario n° 11 “Zichy Thyssen”–, este derecho le asiste, siempre y cuando se trate de una causa en la que encontrándose investigada la posible comisión de delitos de acción pública, el representante del Ministerio Público Fiscal hubiese instado debidamente la acción penal, lo que no se verifica en el *sub examine*.

Ello es así, toda vez que tratándose de delitos de acción pública la investigación no puede proseguir con el exclusivo impulso de la querrela, en menoscabo de la necesaria intervención asignada al Ministerio Público en el proceso penal como titular de la vindicta pública (arts. 5 y 65 del Código Procesal Penal de

la Nación, y 120 de la Constitución Nacional).

La correcta solución al planteo viene impuesta por los principios de oficialidad, legalidad e indisponibilidad de la acción penal que rigen en el ordenamiento procesal penal plasmados en los arts. *supra* referidos y en art. 71 del Código Penal.

En virtud del principio de oficialidad la persecución penal se hace *ex officio*, es decir, que ante la mera hipótesis de configuración de un delito el Estado pone en funcionamiento la reacción oficial para obtener un castigo, independientemente de la voluntad del ofendido. Este postulado sólo admite dos excepciones -que, por cierto, no se verifican en el presente caso-: 1) los delitos dependientes de acción privada -en los que la persecución se inicia a instancia del damnificado- y 2) los delitos de acción privada -en los que la acción penal es ejercida por el ofendido, por lo que no es necesario el requerimiento previo del Ministerio Público Fiscal para el ejercicio de la acción.

El principio de legalidad establece que los órganos estatales tiene la obligación de ejercer la acción pública siempre que

aparezca cometido un hecho delictuoso y -en la actualidad, en el orden nacional conforme la legislación aplicable- ningún criterio de oportunidad (principio de indisponibilidad de la acción penal) los autoriza a prescindir de la persecución penal por razones políticas, económicas o motivos de conveniencia o utilidad social.

Es que, mientras el Estado sea una organización jurídica que asegure la convivencia comunitaria no podrá -salvo una concepción utópica- desentenderse de perseguir los delitos de acción pública (cfr. D'Albora, Francisco J.; "Código Procesal Penal", Buenos Aires, 2002, pág. 207).

En este sentido, Claus Roxin señala que "El Estado no tiene únicamente la pretensión penal material, sino también el derecho y la obligación de perseguir penalmente. El realiza su pretensión penal por sí mismo, es decir, sin consideración a la voluntad del ofendido; interviene de oficio en todos los hechos punibles. El ofendido puede presentarse como denunciante o puede ser testigo en el proceso; pero ni siquiera esto es necesario. De todos modos, él no tiene, en principio, ninguna influencia en cuanto a si se llevará a cabo un

procedimiento penal .... La razón de esta regulación es el interés público en que los hechos punibles no queden sin persecución. Muchas veces los particulares no están dispuestos o no se hallan en la situación de ejercer la acción por sí mismos; sobre todo pueden estar dispuestos a prescindir de una denuncia penal por temor a la venganza o a algún otro inconveniente." (cfr. "Derecho Procesal Penal", traducción de la 25a. edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier, Buenos Aires, 2000, pág. 83).

En rigor, no cabe duda que la función penal es de índole eminentemente estatal, toda vez que el derecho penal tutela intereses sociales y tiende a asegurar el mantenimiento del orden jurídico y las condiciones de pacífica convivencia de los ciudadanos que el delito vulnera, lo que exige la obligatoria actividad del Estado, desechándose como dijera -hasta ahora en el orden nacional- el principio de oportunidad.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Vélez Mariconde señala que prescindiendo de las acciones privadas, el titular de la pretensión y de la acción penal debe ser un órgano del Estado dado el objeto

y la finalidad que persigue. Para cumplir con esos fines -mantener el orden jurídico social- el Estado ha reivindicado del particular el derecho de acusar convirtiéndose en una función pública, el interés individual ha quedado reducido en el interés social y la actividad acusatoria se ha socializado, dignificándose el mismo tiempo en una elevada concepción del derecho y de la justicia (cfr. "Derecho Procesal Penal", T. I, Córdoba, 1986, pág. 282).

En este orden de ideas Julio B. J. Maier señala "...que el estado, nacional o provincial, según el caso, posee legitimación propia para perseguir los delitos de acción pública -sin necesidad de excitación extraña alguna a él-...y, consecuentemente, que nadie que no sea el órgano estatal competente para ello puede perseguir con legitimación propia, esto es autónomamente; y admite por vía de excepción, que el órgano estatal predisposto para cumplir la misión de perseguir penalmente de oficio sólo puede iniciar la persecución penal una vez expresada la instancia, en los hechos punibles cuya persecución dependa de ella...." (cfr. "Derecho Procesal Penal II Parte General",

Sujetos procesales, Buenos Aires, 2003, pág. 650).

En esta tarea de persecución de los hechos ilícitos, fiscales y jueces -como expresiones del mismo Estado- y desde sus funciones bien diferenciadas de acusar y juzgar, respectivamente (art. 116 y 120 de la Constitución Nacional) contribuyen al carácter público del juicio previo que exigen los principios de oficialidad y de legalidad.

En consecuencia, resulta presupuesto ineludible la intervención directa del Estado en el proceso penal, mediante un órgano específico permanente encargado del ejercicio de la acción penal: el Ministerio Público.

A partir de la reforma constitucional de 1994 se consideró al Ministerio Público como órgano extra-poder con la función específica de "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República", reservándole el ejercicio exclusivo de la acción penal pública, sin cuya actuación el principio "*Nullum iudicio sine accusatione*" se vería frustrado. (cfr. Salas, Luis R. "El fallo

Mostaccio, la reposición de la doctrina Tarifeño", Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal", La Ley, Buenos Aires, 26/3/04, págs. 19/25). Es decir, que el Ministerio Público tiene el deber de promover el proceso penal.

Consecuentemente, la ley 24.946 en su art. 1º reafirmó este principio y en su art. 25 entre las funciones específicamente asignadas al Ministerio Público se enumeran la de "promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, salvo que cuando para intentarla o proseguirla fuere necesario instancia o requerimiento de parte conforme las leyes penales" (inciso c)) y "velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal"(inciso h)).

De acuerdo a la atribuciones normativas reseñadas, podemos concluir que el Ministerio Público tiene tres funciones principales: ejercer la acción penal, promover la actuación de la justicia,- interviniendo en ella como parte-, y como control, velar por el cumplimiento de las leyes de procedimiento, incluyendo las de competencia y las de fondo (cfr. Teruel, Santiago; "El Ministerio Público: El desafío

de su organización autónoma", La Ley, 16/7/98).

Por ello, y como resultado de una interpretación armónica de los principios rectores del ordenamiento procesal invocado cabe concluir en la necesaria intervención en el proceso penal del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción pública, ejerciendo la acción penal, promoviendo la actuación de la justicia y como contralor, velando por el cumplimiento del debido proceso (control de legalidad).

En cuanto a la intervención en el proceso penal asignada al acusador particular cabe señalar que se trata de una intervención conjunta o adhesiva toda vez que carece de autonomía en el ejercicio de la pretensión penal pues las únicas dos formas de iniciación del proceso son a través de un requerimiento fiscal de instrucción o de prevención policial (art. 180, 186 y 188 del CPPN) -el pretense querellante únicamente a través de un recurso de apelación podrá lograr la iniciación de un proceso penal (art. 180 *in fine* del C.P.P.N.)-(cfr. D'Albora, ob. cit., pág.48 ; esta Sala *in re*: "Kirchner, Raquel s/recurso de queja", causa n° 1299, reg. n° 1452, rta. 17/6/97,



"Lecouna, Raúl y otros s/recurso de casación", causa nº 4645, reg. nº 6227, rta. el 12/12/03).

Por consiguiente, el ejercicio de la acción penal sólo incumbe al Ministerio Público Fiscal mediante el requerimiento de instrucción. El juicio criminal no puede ser promovido por la instancia del particular (cfr. Sala I *in re*: "Borenholtz, Bernardo s/rec. de casación", causa nº 37, reg. nº 777, rta. el 28/9/93, criterio que he reafirmado *in re* "Bernstein, Jorge Héctor y otros s/ recurso de casación", causa nº 7300, reg. nº 9791, rta. el 16/11/06).

Cabe señalar que el proyecto Levene no preveía la figura del querellante conjunto en este tipo de acciones. En efecto, en la Exposición de Motivos de la Ley 23.984, al tratarse las acciones que nacen de los delitos, expresamente se estableció el ejercicio exclusivo del ministerio fiscal en lo que respecta a la acción pública, debiendo iniciarla de oficio si su instauración no depende de instancia privada, suprimiéndose la figura del querellante en este tipo de acciones, siguiendo la legislación italiana y alemana y de otros países.

Ricardo Levene (h) señalaba que "Es hoy inadmisibile en materia penal, donde predominan conceptos de reeducación y defensa social, que el Estado se ponga al servicio del interés pecuniario o de la venganza personal, que son casi siempre los móviles que llevan al damnificado a ejercer la acción pública, móviles que se ponen en evidencia si nos fijamos en el gran número de querellantes que desisten de su acción, dando pretextos fútiles, una vez que han percibido la suma en la que se consideran perjudicados..." ("Código Procesal Penal de la Nación", 2da. edición actualizada, Buenos Aires, 1992, pág.478).

Finalmente, el legislador incorporó al querellante conjunto dotándolo de amplias facultades de impulso del proceso y poniendo a su disposición una serie de recursos con la finalidad de provocar el control de los tribunales de alzada respecto de la actividad del fiscal y del juez -circunstancia que se verifica en el *sub judice* en la actividad recursiva que desarrollara la querella en autos al haber interpuesto distintos recursos sin que medie recurso fiscal- (art. 337 segundo párrafo del Código Procesal Penal) (cfr. esta Sala *in re*: "Kirchner, Raquel

s/recurso de queja", causa nº 1299, reg. nº 1452, rta. 17/6/97, "Lecouna, Raúl y otros s/recurso de casación", causa nº 4645, reg. nº 6227, rta. el 12/12/03).

Ello tiene su razón de ser a partir de principios de rango superior que inspiran una acertada organización del juicio criminal, donde todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado por el art. 18 de la Constitución Nación y art. 8 inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que aseguran a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma lo que supone asegurar los derechos que la Constitución Nacional acuerda al querellante particular entre los cuales está la facultad de obtener un pronunciamiento útil a sus derechos (cfr. mi voto *in re* "Ricciardelli, Mario Alfredo s/recurso de casación", causa nº 1882, reg. nº 2621, rta. el 16/6/99, y Fallos 321:2021; 321:3322; 324:4135).

Toda vez que el querellante carece de potestad pública para investigar eficientemente y el Ministerio Fiscal es su

representante -pues el interés que invoca el querellante es parte del interés general de la sociedad que él debe defender- es éste órgano público quien debe hacerse cargo de la prosecución de la acusación, ya no por un impulso propio sino como reflejo del interés de su mandante la víctima (cfr. Cafferata Nores, José I.; "Derecho a la justicia del querellante y posición desincriminatoria del Ministerio Fiscal", en "En torno al querellante particular", Córdoba 2003, págs. 11/31).

De todo lo expuesto resulta que la normativa procesal penal no permite en los delitos de persecución penal de oficio que la sola voluntad del ofendido -constituido en parte querellante- provoque el juicio público o, menos aún, que lo inhiba. Se trata de una querrela por adhesión , pues precisa de la actividad acusatoria de la fiscalía para seguir subsistiendo.

En síntesis, considero que conceder al querellante la posibilidad del impulso de la acción penal por su sola iniciativa, significa contradecir los principios rectores de nuestro sistema penal, y procesal penal convirtiendo en los hechos a todos los ilícitos en delitos de acción privada,

constituyendo en regla general lo que hoy es una excepción.

Por otra parte, en el presente caso no es de aplicación la doctrina del fallo "Santillán", toda vez que en ese precedente se trató la validez de la acusación particular en la oportunidad prevista por el art. 393 del código procesal -discusión final en el juicio- para habilitar el dictado de una sentencia condenatoria por parte del tribunal, lo que no significa reconocer al querellante particular de delitos de acción pública la exclusividad del impulso de la acción penal durante el trámite de toda la causa, esto es, la prosecución de la investigación y la promoción de la apertura de la etapa de juicio. Así en este fallo la C.S.J.N. entendió que una adecuada hermenéutica de las normas procesales en juego impone, para evitar un "serio menoscabo de los derechos asegurados por la Constitución Nacional al particular querellante", que se le reconozca "el derecho a formular acusación en juicio penal", que incluya la facultad de obtener "un pronunciamiento útil relativo a sus derechos". Así lo ha reconocido la Sala I in re causa N° 5667, reg. N° 7412, "Eurnekian,

Eduardo s/ recurso de casación", rta. el 15/2/05 y lo ha reafirmado la Corte al declarar la inconstitucionalidad del art. 348, segundo párrafo, primera alternativa, del C.P.P.N. (Q. 162. XXXVIII. "Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302", del 23 de diciembre de 2004; considerando 37 del voto conjunto de los doctores Petracchi y Highton de Nolasco; 22 del voto del juez Maqueda; y 24 del voto del doctor Zaffaroni; implícitamente, votos de los jueces Fayt y Boggiano, quienes suscribieron anteriormente la doctrina sentada en "Santillán").

En ese sentido, Luis A. Ensink señala que el citado fallo "Santillán" no trata ni tangencialmente al querellante durante la instrucción toda vez que acota su análisis a la actuación en el debate ("Algunas precisiones sobre el tantas veces comentado fallo "Santillán", publicado en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Año VII-n° 12-2001, págs. 411/421), lo que a mi juicio resulta acertada conclusión.

En definitiva, la presente causa se encuentra en etapa instructoria habiéndose resumido *supra* el trámite que ha tenido el sumario; la representante del Ministerio

Público Fiscal solicitó el archivo por no poder proceder y el juez de instrucción dictó en definitiva el sobreseimiento de Ana Felisa Zadicoff de los delitos imputados; resolución que fue confirmada por la Cámara a quo, toda vez que no hubo impulso fiscal en autos, criterio que de conformidad con lo expuesto considero correcto.

**II.** Por otra parte no es ocioso recordar que es antecedente necesario del proceso penal la existencia de una conducta delictiva previa, que reviste particular interés por afectar un bien jurídico amparado por la ley penal; si esa conducta no se ha traducido en el mundo exterior o no afecta al bien jurídico protegido por su atipicidad, no puede sustanciarse un proceso (cfr. mi voto en causa n° 7371" Benac, Cecilia del Carmen s/ casación", rta. 5/10/06, reg. n° 9543).

La iniciación de cualquier investigación deviene *ex post facto*, es decir luego de la existencia de un hecho concreto que haya motivado previamente el funcionamiento del sistema de enjuiciamiento penal. Ello así, toda vez que el artículo 18 de la Constitución Nacional impone el juicio previo fundado en ley anterior al "hecho" del proceso, y este hecho equivale a la

imputación de responsabilidad penal fundada en la existencia de una concreta conducta delictiva conceptualmente representada y como tal afirmada (cfr. mi voto *in re* "Castrogiovanni, Carlos A. S/ recurso de casación", causa nº 8866, reg. nº 11.002, rta el 13/9/07 y sus citas).

La doctrina define "el concepto jurídico-penal de acción como un comportamiento humano que se exterioriza con efectos en cierto contexto mundano". Agrega que "toda acción que se exterioriza debe hacerlo en el mundo", y que "la ley penal no sólo no puede prohibir efectos que no son abarcables ni controlables por el sujeto de una acción, sino que es elemental que sólo le interesen algunos efectos que modifican el mundo en forma lesiva para alguien o para todos, y que puedan vincularse a la acción como obra del autor" (cfr. Zaffaroni, Alagia y Slokar; "Derecho Penal Parte General", Buenos Aires, 2003, págs. 421 y 417).

En el *sub examine* el querellante calificó los hechos denunciados como constitutivos de los delitos contemplados por los arts. 173 inc. 7º y 174 inc. 2º el Código Penal, figuras que han sido analizadas de modo pormenorizado en el trámite de la



presente causa de conformidad con lo que *supra* se ha descrito; habiéndose dado en cada una de las resoluciones dictadas al respecto fundadas razones de porque no constituyen conductas atrapadas por la ley penal.

Así entonces, considero que se da en el caso una imposibilidad de llevar adelante un proceso penal, pues es inadecuado utilizar la estructura de este tipo de procesos para la resolución de asuntos que no resultan delictuosos. En efecto, si las acciones nacen de hechos que a título de hipótesis deben configurar un delito, resulta claro que si no media un episodio que la ley califique como delito en los términos del artículo 18 de la Constitución Nacional, se carece de acción para promover un proceso cuya base es la comprobación de un suceso o de una omisión que la ley reputa delito (cfr. D' Alhora, Francisco J.; "La inexistencia de delito como excepción no legislada", El Derecho 1987, Tomo 121, págs. 976/978).

Cabe asimismo señalar que más allá de los denodados esfuerzos del recurrente tendientes a convencer al tribunal de que efectivamente la conducta desplegada por Ana Zadicoff configura uno de los tipos penales

denunciados, los elementos probatorios reunidos en el presente legajo no conducen sino a homologar la decisión recurrida.

De tal modo los hechos ventilados en el *sub lite* se presentan como una mera cuestión de naturaleza privada entre las partes y, por ende, ajena al derecho penal, de allí que éste no sea el ámbito donde aquélla deba ser planteada ni resuelta (cfr. mi voto *in re*. "Kovalsky, Daniel y otros s/ recurso de casación", causa nº 9142, reg. nº 12.386, rta. el 15/8/2008).

**III.** A modo de colofón considero oportuno recordar que no es obstáculo para el dictado del sobreseimiento de Ana Felisa Zadicoff que no haya sido citada a prestar declaración indagatoria; máxime sí, como en el caso, las imputaciones se ha dirigido contra ella de modo determinado, vislumbrándose así un derecho a que su situación sea definida con celeridad (cfr. en este sentido Sala I *in re* "Parma, Horacio y Pino, Hipólito s/recurso de queja", causa nº 14.635, reg. nº 18.246, rta. el 4/8/2011 y sus citas).

**IV.** Por último, respecto del agravio relativo a las costas cabe señalar que el recurso de casación no ha sido

concedido respecto de ese punto y la querrela no ha presentado recurso de queja por su denegatoria, por lo que no cabe un pronunciamiento al respecto toda vez que no se encuentra habilitada la jurisdicción de esta Cámara para pronunciarse.

V. En virtud de las consideraciones realizadas, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de casación intentado, con costas (arts. 470 a contrario sensu, 530, 531 y ccdtes. del C.P.P.N.).

El señor Juez doctor **Eduardo Rafael Riggi** dijo:

Que habremos de disentir con la propuesta del distinguido colega que lidera este acuerdo, por cuanto entendemos que la resolución de la Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que dispuso declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la querrela en relación al delito previsto por el artículo 173 inciso 7 del Código Penal, confirmó el sobreseimiento de la imputada y, a su vez, declaró abstracta la audiencia de informes, vulneró, en el caso concreto, el derecho del querellante a ser oído y lo privó de obtener una pronunciamiento útil relativo a sus derechos.

En efecto, apreciamos que el tribunal *a quo*, no sólo dictó la resolución sin realizar la audiencia prevista en el artículo 454 del CPPN, sino que además omitió tratar todos los agravios que la querrela llevó a su conocimiento en su recurso de apelación interpuesto contra el sobreseimiento ordenado por el magistrado instructor.

Para así decidir, tuvo en cuenta que el fiscal de instrucción había solicitado el archivo de las actuaciones y que el fiscal de cámara no había adherido al recurso de la querrela requiriendo el inicio de la instrucción.

Sin embargo, contrariamente a lo expuesto por el *a quo*, reiteradamente hemos sostenido la opinión de que en aquellos casos en que el particular damnificado se constituya en querellante, la renuncia por parte del Ministerio Público Fiscal de ejercer la acción penal no resulta un obstáculo para que el impulso procesal nazca de la actividad del acusador particular (*in re* "Di Nardo, Luciano R. s/recurso de casación", causa n°5670, reg. 293/05 del 25/4/05; "Perea Amadeo Santiago s/recurso de casación", causa n° 10998, reg. 1860/09, del

18/12/09; y "Varela, Sergio Rubén s/recurso de casación", causa n° 12402 reg. 1282/10, del 30/08/10, entre otros).

En efecto, el relevamiento de los actos procesales iniciales que fuera detallado en el considerando segundo del voto que lidera este acuerdo, ilustran inicialmente que no resulta aplicable a la coyuntura judicial que se analiza la doctrina que fluye del pronunciamiento recaído *in re* "Quiroga", del Alto Tribunal.

Ello así, por cuanto la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación fundó su temperamento, entre otros argumentos, en que *"... el sistema republicano supone que los funcionarios estén sujetos a algún mecanismo de control institucional relativo a cómo ejercen su función, pero ello no puede llevar a autorizar su sustitución en las funciones que le son propias por parte de quienes son ajenos a ellas (...)* Por lo demás, el argumento de la 'falta de control' es inadmisibile, puesto que la ley procesal permanentemente somete a los fiscales al control jurisdiccional, en cuanto son los jueces quienes tienen la facultad de decidir si corresponde que la persecución penal siga progresando. A la inversa, por cierto, la

estructuración de un sistema de control jurisdiccional se torna más compleja, pues en los procesos penales regidos por la noción de 'legalidad' (conf. arts. 120 de la Constitución Nacional, y 71 y 274, Código Penal) el legislador permanentemente enfrenta el dilema de facilitar el ejercicio de la defensa -acusación necesaria- y el establecimiento de mecanismos que eviten la desviación del poder de perseguir penalmente. Tampoco es posible argumentar como lo hace el señor Procurador General, en el sentido de que 'cuando el fiscal solicita fundadamente la desestimación de la denuncia, el sobreseimiento o la absolución por ausencia de delito no está disponiendo de la acción ya que no hay acción que disponer', en tanto el conflicto se plantea, justamente, porque la cámara afirma que sí hay un delito, y por lo tanto acción, y obliga al fiscal a ejercerla. En este sentido, **es indudable que la invalidación del procedimiento del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación significa un debilitamiento considerable del principio de legalidad. Sin embargo, en la medida en que su utilización conduce a que la acusación no provenga de un sujeto procesal distinto del**

**juez, su supresión resulta ineludible.** Por lo demás, la ausencia de un control judicial dentro del proceso no descarta la existencia de los controles internos del Ministerio Público ni amparan a los fiscales frente a posibles violaciones de los deberes de funcionario público"; añadiendo más adelante que "aun cuando se entienda que el legislador puede válidamente organizar un proceso penal en el que la acción penal es indisponible, y estructurarlo con controles suficientes para que esto se cumpla, tales controles sólo pueden producirse en el estrecho límite trazado por la autonomía funcional de los fiscales (art. 120 de la Constitución Nacional), que no es respetado por la directiva del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación pues el procedimiento de control de la acusación que instaura concede a los jueces una facultad que la Constitución Nacional les veda: determinar el contenido de los actos del fiscal. El Ministerio Público del art. 120 supone no sólo independencia del Poder Ejecutivo, sino también del Poder Judicial, como correlato de una concepción dentro de la cual sólo dicha independencia permite estructurar un procedimiento penal en el que las garantías de la defensa en juicio y la imparcialidad del tribunal no estén en discusión... "; pero aclaró que "... **lo dicho**

*precedentemente no resulta aplicable a los supuestos en los que la discrepancia se plantea entre el fiscal –que se manifiesta en favor del sobreseimiento– y el querellante, que pretende que la causa sea elevada a juicio. En tales casos, en principio, no es posible suponer una afectación genérica de la imparcialidad del tribunal, en la medida en que su intervención quede limitada a asegurar que el querellante pueda ejercer el derecho que la ley le concede a ser oído en juicio oral y público (conf. doctrina caso ‘Santillán’, Fallos: 321:2021) ni una afectación intolerable a la independencia del Ministerio Público... ”.*

En el caso, como ya se ha dicho, la intervención de la parte querellante desde los estadios iniciales del proceso le otorga un legítimo impulso al proceso, de manera tal que los órganos jurisdiccionales llamados a resolver las controversias que en él se suscitan se encuentran obligados a ejercer en forma plena sus potestades de “decir el derecho”.

En análogo sentido, por lo demás, nos hemos pronunciado en la causa n° 8600 caratulada “Kalstein, David Alberto s/ recurso de casación”, ocasión en la que claramente dejamos asentado nuestro criterio en punto a que no compartimos la apreciación relativa a que “la figura del acusador en el actual ordenamiento procedimental debe ser



tenida como un mero querellante adhesivo, sino que conceptuamos que la estructura procesal permite colegir que el mismo posee facultades acusatorias autónomas. Lo expuesto, encuentra particular sustento en la doctrina que fluye del precedente 'Santillán', de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ese caso, sostuvo el Superior que 'todo aquel a quien la ley le reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma (Fallos: 268:266, considerando 2°)'; estableciendo que una inteligencia de la normativa que niegue la facultad del querellante de excitar la jurisdicción importa un 'serio menoscabo de los derechos asegurados por la Constitución Nacional al privar al particular querellante, a quien la ley le reconoce el derecho a formular acusación en juicio penal, de un pronunciamiento útil relativo a sus derechos, pues esta interpretación dejaría a aquél vacuo de contenido' (conf. causa 'Santillan, Francisco Agustín s/ rec. de casación', S. 1009. XXXII, rta. el 13 de agosto de 1998, considerandos 11 y 15).".

Siendo todo ello así, claro resulta que la resolución que se analiza incurre en

una interpretación arbitraria del plexo normativo vigente, al limitar indebidamente el tribunal *a quo* sus atribuciones legales y de esta manera omitir analizar la totalidad de los agravios que contra la resolución del magistrado de primera instancia interpusiera la parte querellante.

Por todo lo expuesto, proponemos al Acuerdo, hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte querellante a fs. 286/306, sin costas, y en consecuencia anular la resolución de fs. 281/vta (arts. 456 inciso 2, 471 y 530 y 531 a contrario sensu).

Tal es nuestro voto.

La señora Juez doctora **Liliana E. Catucci** dijo:

En atención a que el tema de decidir resulta sustancialmente análogo al tratado por esta Sala, in re: "Perkul, Jaime Mario s/recurso de casación", causa 12396, rta. el 8/9/10, cabe remitirme a lo allí expuesto, según mi voto, en razón de brevedad.

Por ello, adhiero al voto del doctor Eduardo Riggi y emito el mío en igual sentido.

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito al acuerdo que antecede el Tribunal por mayoría **RESUELVE:** Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte querellante a fs. 286/306, sin costas, y en consecuencia anular

la resolución de fs. 281/vta (arts. 456 inciso 2, 471 y 530 y 531 a contrario sensu).

Regístrese, notifíquese y remítase.  
Sirva la presente de atenta nota de envío.

Fdo: Eduardo R. Riggi, Liliana Elena Catucci y Raúl Madueño. Ante mi: María de las Mercedes López Alduncin, Secretaria de Cámara.

Ante mí: