

Quiroga

Proceso justo e imparcial

Se desconoce la autonomía del MP

Principio acusatorio y separación de funciones requirentes y decisorias

El principio de legalidad procesal no puede diluir la separación de esas funciones

La CNCP otorga al principio de legalidad un peso normativo del que carece

El sistema del 348 afecta la imparcialidad

El argumento de la falta de control es insostenible

El incumplimiento del MP se debe resolver mediante la responsabilidad funcional

El 348 permite a los jueces afectar la autonomía del MP

La ley orgánica del MP no ha derogado el 348

Q. 162. XXXVIII. Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302.

Suprema Corte:

-I-

En la oportunidad prevista por el artículo 346 del Código Procesal Penal de la Nación, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó el sobreseimiento del imputado. El juez a cargo de la instrucción discrepó con tal criterio y, por aplicación del artículo 348

del ordenamiento procesal citado, remitió los autos en consulta a la Cámara de Apelaciones, la cual resolvió remitir el sumario al Fiscal General ante esa alzada para que apartara al Agente Fiscal y desinsacara un nuevo representante del Ministerio Público.

El Fiscal General requirió la declaración de nulidad del auto por el que el juez elevó la causa en consulta y de todos los actos posteriores practicados en su consecuencia, con fundamento en que el mentado artículo 348 había sido derogado tácitamente en virtud de lo dispuesto por el artículo 120 de la Constitución Nacional y los artículos 1 y 76 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (ley 24.946). Subsidiariamente, sustentó la nulidad en que, de no considerarse derogada tácitamente la norma procesal en cuestión, ella sería, de todos modos, inconstitucional a la luz de los artículos 18 y 120 de la Ley Fundamental.

La Cámara de Apelaciones rechazó la nulidad impetrada y, contra esa decisión, el Fiscal General interpuso recurso de casación, que fue concedido.

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación, sin embargo, declaró inadmisibile el recurso por considerar que la decisión impugnada no constituía sentencia definitiva ni era equiparable a ella en los términos del artículo 457 del Código Procesal Penal, y que el recurrente no había tenido en cuenta ni criticado la doctrina de la sala sobre la derogación e inconstitucionalidad pretendidas.

Contra esa resolución el Fiscal General ante esa Cámara interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la presente queja.

-II-

El caso traído a conocimiento de V.E. es

sustancialmente análogo al debatido en el expediente B. 320, L. XXXVII, "Banco de la Nación Argentina s/defraudación", en el cual dictaminé con fecha 30 de abril de 2002, y a cuyos fundamentos y conclusiones remito con la salvedad que efectuaré seguidamente.

Me refiero a que, en aquella ocasión, el Fiscal ante la Cámara de Apelaciones interpuso recurso extraordinario directamente contra la decisión de esa alzada que rechazó la nulidad del auto por el que se había dispuesto la elevación de la causa en consulta. Es por ello que, en el dictamen que mencioné, fundamenté el carácter federal de los agravios traídos a examen, la equiparabilidad a sentencia definitiva de la resolución recurrida y, en cuanto al requisito de superior tribunal, sostuve que razones de gravedad institucional aconsejaban que V.E. hiciera caso omiso de ese óbice formal y resolviera directamente la disputa en torno a la vigencia y constitucionalidad del procedimiento previsto en el artículo 348 del Código Procesal Penal.

Ahora bien, a diferencia de lo ocurrido en aquella oportunidad, aquí el Fiscal General ante la Cámara de Apelaciones recurrió primeramente ante la Cámara Nacional de Casación Penal, que declaró inadmisibile el recurso. Desde esta perspectiva, una primera aproximación indicaría que el tema a decidir lo constituiría ahora la negativa del a quo a pronunciarse sobre la cuestión, en su carácter de tribunal intermedio, so pretexto de carecer de competencia para ello. Sin embargo, el caso presenta una particularidad que, en mi opinión, habilita a V.E. a resolver directamente el problema de fondo.

En efecto, si bien es cierto que el a quo rechazó la queja por razones formales, también lo es que, so pretexto de indicar cuál era el criterio de la sala que el recurrente había omitido confrontar, los magistrados se pronunciaron sobre el fondo de la cuestión, a saber, la alegada derogación tácita o, eventualmente, la

inconstitucionalidad del artículo 348 del Código Procesal Penal, a la luz de lo dispuesto en la ley 24.946 y el artículo 120 de la Constitución Nacional.

Es del caso recordar que, tal como ha reconocido reiteradamente la Corte, las sentencias judiciales constituyen una unidad lógico-jurídica que debe interpretarse no sólo en su parte dispositiva sino también en sus fundamentos y conclusiones parciales (Fallos: 305:209; 307:112, entre otros). Y, en tal sentido, al haber resuelto el a quo sobre las cuestiones de derecho articuladas en el recurso, previo a disponer su rechazo, V.E. ha quedado -en atención a la irreparabilidad del agravio y su carácter federal- en condiciones de pronunciarse también sobre el fondo del asunto.

Sin perjuicio de lo anterior, pienso además, también en esta ocasión, que la cuestión de fondo que verdaderamente se halla en debate, relativa a la vigencia del artículo 348 del Código Procesal Penal, trasciende del marco de la causa para proyectarse sobre la buena marcha de la administración de justicia, pues descansa en el conflicto sus-citado entre el Ministerio Fiscal y el Poder Judicial en torno al modo en que se ha de entender delimitadas sus funciones, luego de la reforma de la Constitución Nacional y la sanción de la ley 24.946, en un aspecto crucial para la válida tramitación del juicio previo que es, a su vez, condición constitucional para la aplicación de la ley penal.

Pienso, por tanto, que la gravedad institucional que reviste el caso amerita soslayar óbices formales, inclusive el requisito de tribunal superior, para la procedencia del recurso extraordinario en aras de la pronta obtención de una resolución de V.E. que ponga fin a la discusión (A.417. XXI "Álvarez, María Luisa s/ jubilación", resuelto del 18 de febrero de 1988, *a contrario sensu*, y Fallos: 313:863; 317: 1690 y sus citas).

Por lo tanto, en virtud de los fundamentos expuestos en el ya recordado caso B.320.XXXVII, "Banco de la Nación Argentina s/ defraudación", solicito a V.E. que haga lugar a la presente queja, declare procedente el recurso extraordinario y revoque la resolución de la Cámara de Apelaciones que rechazó la nulidad del auto por el que se elevó la causa en consulta en los términos del artículo 348 del Código Procesal Penal.

-III-

Supletoriamente, para el caso de que V.E. no comparta los fundamentos precedentemente expuestos en el acápite II de este dictamen, pasaré a expedirme sobre la procedencia de esta queja.

En tal sentido, si bien es cierto que, por regla general, el recurso extraordinario no procede contra los autos que resuelven sobre la procedencia del recurso de casación, también lo es que V.E. ha hecho excepción a ese principio y lo ha admitido cuando el a quo ha denegado el recurso ante ella interpuesto sobre la base de fórmulas dogmáticas y genéricas en violación a las reglas del debido proceso (Fallos: 321:1385, 3695 y 322:1526).

Tal es, a mi entender, la situación excepcional que se ha configurado en el caso traído a examen, pues la Cámara Nacional de Casación Penal declaró inadmisibile el recurso de queja en virtud de que la resolución impugnada no revestía carácter de sentencia definitiva o equivalente en los términos del artículo 457 del Código Procesal Penal, pero omitió examinar si, más allá de los supuestos contemplados expresamente en ese artículo, cabía equiparar el pronunciamiento a una sentencia definitiva conforme la doctrina que V.E. ha sentado en la materia (Fallos: 299:249; 311:593; 315:2255, entre otros) y había invocado este Ministerio Público.

Al resolver así, la Cámara de Casación omitió entonces considerar una cuestión esencial planteada por el Fiscal General para fundar esa equiparabilidad, cual es que la resolución impugnada ocasionaba un perjuicio de insusceptible reparación posterior, puesto que la autonomía del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la función de acusar y, con ello, las reglas del debido proceso legal, sólo podían ser objeto de tutela útil en la etapa prevista para esa actividad procesal.

En tales condiciones, la falta de tratamiento y resolución de la cuestión planteada priva al pronunciamiento de fundamentos suficientes que lo sustenten, y lo descalifica como acto jurisdiccional válido a la luz de la doctrina de la arbitrariedad desarrollada por el Tribunal (Fallos: 310:302; 313:1095; 321:2243, entre otros).

La misma tacha cabe formular cuando el *a quo*, como argumento adicional para el rechazo de la queja, aduce que el Fiscal General no se habría hecho cargo de la jurisprudencia sobre la materia sentada por esa sala. Ello es así, pues los argumentos sobre los cuales el *a quo* sustentó su posición favorable a la vigencia y constitucionalidad del mentado artículo 348, transcritos en los considerandos del fallo, no son otros que aquellos en torno a los cuales ha discurrido hasta ahora la discusión y, como tales, han sido confrontados en su escrito por el recurrente, más allá de que no haya hecho mención expresa a los precedentes de esa sala de la Cámara Nacional de Casación.

Por consiguiente, al objetar que el recurso no estaría suficientemente fundado, el *a quo* ha incurrido en una afirmación dogmática, desprovista de sustento en las constancias de la causa, o bien, si lo objetado es la falta de mención de sus precedentes, en un excesivo rigor formal, que descalifica también en este aspecto como acto jurisdiccional válido.

Por lo demás, en cuanto a los demás requisitos de impugnabilidad objetiva, en autos se cuestiona la vigencia y constitucionalidad del artículo 348 del Código Procesal Penal, por considerársele incompatible con los artículos 18 y 120 de la Constitución Nacional y, consiguientemente, se postula la invalidez del auto de elevación en consulta dictado de conformidad con esa norma. En esta inteligencia los agravios que motivaron esta presentación directa debieron ser considerados por el tribunal *a quo*, tal como surge de los artículos 167, inciso 2º, y 456, inciso 2º, de la citada ley procesal penal.

Sobre esa base adquiere plena vigencia la doctrina de V.E. por la cual se estableció que en el ordenamiento procesal actual la Cámara Nacional de Casación Penal constituye un órgano intermedio ante el cual las partes pueden encontrar la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, máxime si los agravios invocados involucran una cuestión federal, como en el presente caso (Fallos: 318:514 y 319:585).

De conformidad con el artículo 283 del Código Procesal Civil y Comercial, acompaño fotocopias del recurso de casación oportunamente interpuesto por el Fiscal General, doctor Marcelo Palacín.

En consecuencia, por lo expuesto y los demás fundamentos vertidos por el señor Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal, mantengo la presente queja.

Buenos Aires, 30 de abril de 2003.

ES COPIA

NICOLÁS EDUARDO BECERRA

Buenos Aires, 23 de diciembre de 2004.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el fiscal general de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que al expedirse en el *sub lite* sobre el mérito de la instrucción en la oportunidad prevista por el art. 346, del Código Procesal Penal de la Nación, el fiscal de primera instancia se pronunció por el sobreseimiento del imputado. El juez federal discrepó con el criterio del Ministerio Público y elevó los autos en consulta a la cámara de apelaciones, de acuerdo con el procedimiento previsto por el art. 348, Código Procesal Penal de la Nación.

2º) Que el planteo de nulidad del auto de elevación en consulta formulado por el fiscal fue rechazado por la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario. El recurso de casación interpuesto contra dicha decisión fue declarado inadmisibles por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, y ello dio origen al recurso extraordinario, cuya denegación motiva esta queja.

3º) Que el *a quo* sostuvo que el rechazo de la nulidad del auto de elevación en consulta no constituía sentencia definitiva ni era equiparable a tal en los términos del art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación, y que, por lo demás, el recurrente no había tomado en consideración los precedentes de esa Sala en los que se había resuelto la constitucionalidad de la norma cuestionada.

A este respecto, en la decisión apelada se afirma que el art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación establece "una excepción al principio acusatorio (a la vez que [es] una muestra del procedimiento mixto instaurado), en tanto autoriza al juez de instrucción a requerir la intervención de la cámara de apelaciones si no estuviese de acuerdo con el sobreseimiento instado por el agente fiscal, no se opone a la garantía implícita del debido proceso (art. 33 de la Constitución Nacional) ni a la independencia funcional y orgánica del Ministerio Público (art. 120 de la Constitución Nacional), que asegura a los habitantes de la Nación un juicio previo en el que las funciones de acusar y juzgar se encuentren en manos de órganos diferentes. Ello es así tan pronto se advierta que el sumario es un procedimiento breve de recolección de pruebas con un restringido control de las partes, y que, en todo caso, debe estarse a la prueba que en definitiva surja del debate, que es el juicio contradictorio en sentido estricto. Y que, por lo tanto, los actos cumplidos durante dicha instrucción preparatoria del juicio no pueden dar base a la sentencia sino a una acusación o, en su caso, al sobreseimiento, razón ésta que, sumada a la imposibilidad de apertura del proceso en forma oficiosa, convierten al recordado art. 348 sólo en *la herramienta puesta en manos de los jueces para asegurar la vigencia del principio de oficialidad* en la persecución penal que consagra nuestra legislación" (sin destacar en el original). Con respecto al art. 120 de la Constitución Nacional, el *a quo* sostuvo que "la única conclusión válida que con referencia al tema analizado cabe extraer del art. 120 de la Constitución Nacional reside en el hecho de que a partir de la promulgación de la reforma introducida...los miembros del ministerio público se desprendieron de la dependencia del Poder Ejecutivo Nacional...".

4º) Que, por su parte, en el recurso extraordinario ante esta Corte el fiscal general sostuvo que la decisión de la cámara de

casación incurrió en un arbitrario rigorismo formal al examinar los requisitos de admisibilidad del recurso y en una errónea interpretación del art. 120 de la Constitución Nacional, y de la ley 24.946, de "Ministerio Público". Según el apelante, la regla establecida en el art. 348, Código Procesal Penal de la Nación, configura una violación al principio *ne procedat iudex ex officio*. Al permitir —afirma— que el tribunal encargado de dirimir el pleito se entrometa en la función requirente, que se encuentra en cabeza del Ministerio Público, se llega a la pérdida de toda posibilidad de garantizarle al imputado un proceso donde sea juzgado por un órgano imparcial que se encuentre totalmente ajeno a la imputación, y de este modo, se viola la garantía de imparcialidad y defensa en juicio. Asimismo, la utilización del procedimiento de "consulta" desconoce la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal, como titular de la acción penal pública, y cuyos alcances fueron precisados por el legislador al sancionar la ley 24.946, que veda toda posibilidad de que su accionar sea condicionado por indicaciones, instrucciones o directivas de otros organismos, prohibición que incluye al Poder Judicial.

5°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente procedente, pues se encuentra en cuestión la compatibilidad de la facultad de la cámara de apelaciones de obligar al Ministerio Público a producir el requerimiento de elevación a juicio (art. 348, Código Procesal Penal de la Nación), con la independencia funcional de que goza dicho organismo en virtud de los arts. 120 de la Constitución Nacional y 1 de la ley 24.946, y la decisión apelada causa un agravio de imposible reparación ulterior.

6°) Que el art. 348, 2° párr., del Código Procesal Penal de la Nación establece: "...El juez dictará el sobreseimiento si estuviere de acuerdo con el requerido. De lo contrario, sea que no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal o sea que

sólo el querellante estimara que debe elevar la causa a juicio, dará intervención por seis (6) días a la Cámara de Apelaciones. Si ésta entiende que corresponde elevar la causa a juicio, apartará al fiscal interviniente e instruirá en tal sentido al fiscal que designe el fiscal de cámara o al que siga en orden de turno". A su vez, el art. 120 de la Constitución Nacional consagra al Ministerio Público como "órgano independiente con autonomía funcional". Por su parte, el art. 1º de la ley 24.946 señala que sus funciones serán ejercidas "en coordinación con las demás autoridades de la República" (conf. art. 120 Constitución Nacional) pero "sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura" (conf. art. 1, 2º párr., ley cit.).

7º) Que, de acuerdo con la interpretación que el Ministerio Público hace de las normas mencionadas, el llamado "procedimiento de consulta", en el cual las discrepancias entre el juez de instrucción y el fiscal en cuanto a si corresponde o no elevar la causa a juicio son resueltas por la cámara de apelaciones, que puede instruir al fiscal para que produzca el requerimiento respectivo, viola el principio *ne procedat iudex ex officio*, y consecuentemente, pone en riesgo las garantías de imparcialidad, defensa en juicio y debido proceso legal. En efecto, según lo manifiesta el señor Procurador General al citar la causa B.320.XXXVII el cual dictaminó "permitir que el órgano encargado de dirimir el pleito se involucre con la función requirente, que exclusivamente se encuentra en cabeza del Ministerio Público Fiscal, deriva necesariamente en la pérdida de toda posibilidad de garantizar al imputado un proceso juzgado por un órgano imparcial que se encuentre totalmente ajeno a la imputación". Pero ello, además, "desconoce la 'autonomía funcional' del Ministerio Público Fiscal, como órgano requirente y titular de la acción penal pública, que impide postular su sometimiento a las instrucciones de otros

poderes del Estado".

8º) Que la decisión de la cámara de casación, por el contrario, justifica la existencia del procedimiento cuestionado en la necesidad de implementar un instrumento legal que controle la actividad de los fiscales, quienes deben adecuar su actuación al principio de legalidad, y que son los jueces quienes deben efectuar ese control, a fin de evitar la concesión de "un amplio campo para el funcionamiento práctico del principio de oportunidad", sin que esta situación se haya visto alterada ni por la introducción del art. 120 de la Constitución Nacional ni por la Ley Orgánica del Ministerio Público.

9º) Que, para fundar el criterio de que después de la introducción del art. 120 de la Constitución Nacional ninguna modificación ha de producirse en la ley procesal o en su interpretación, el *a quo* afirma que así como los jueces son quienes resuelven los recursos que interpone el fiscal, también son ellos quienes deben resolver si la causa se eleva a juicio, pues "se trata del control jurisdiccional sobre los requerimientos conclusivos del Ministerio Público, propio de la denominada etapa intermedia", y que impide el ejercicio de facultades dispositivas por parte de los fiscales.

10) Que del examen de los fundamentos de la resolución apelada se advierte que en ella sólo se dan respuestas aparentes a los agravios presentados por el recurrente. En efecto, sostener que dentro de nuestro sistema la función de perseguir penalmente es llevada adelante tanto por el fiscal como por los jueces no es suficiente para explicar que los jueces puedan tener la potestad de "obligar" a los fiscales a pronunciarse en favor de la prosecución de la persecución penal, cuando la Constitución proclama la independencia de dichos funcionarios. En este sentido, la afirmación de que la "independencia del Ministerio Público"

introducida por el art. 120 de la Constitución Nacional sólo significa la prohibición de instrucciones por parte del Poder Ejecutivo aparece como una mera afirmación dogmática, que desconoce el sentido de la separación entre jueces y fiscales como instrumento normativo básico para el aseguramiento del derecho de defensa.

11) Que es equivocado el paralelo que traza el *a quo* entre la facultad de los jueces de resolver los recursos interpuestos por el fiscal y la de decidir en definitiva la elevación a juicio, a fin de demostrar que es la voluntad judicial la que debe prevalecer. En efecto, se trata de situaciones sustancialmente diferentes: lo que se discute en el caso no es que sean los jueces quienes decidan dentro de su jurisdicción apelada que no existen elementos que justifiquen un debate, sino si pueden ser quienes resuelvan de oficio lo contrario: impulsar la acción penal, no sólo en contra del fiscal, sino también del imputado.

12) Que tampoco resulta admisible el argumento según el cual la garantía de imparcialidad no se vería afectada, en tanto la decisión de acusar proviene de un tribunal distinto del que habrá de tener intervención durante el debate. Si lo que está en discusión es la imparcialidad del tribunal que ha de controlar la investigación preparatoria, la respuesta no puede ser que se trata, de todos modos, de una etapa procesal en la que dicha garantía rige en menor medida que durante el debate.

13) Que si bien es cierto que el sumario es un procedimiento breve de recolección de pruebas, y que, en definitiva, habrá de estarse a la prueba que surja del debate, de ello no se extraen las conclusiones a las que llega la cámara de casación. Aun cuando el procedimiento preliminar tenga carácter meramente preparatorio, y por sus propias características, suponga una cierta prevalencia de los órganos estatales de persecución penal por sobre el imputado, ello no puede conducir a admitir que sea indiferente si

su realización es controlada por un juez imparcial o no.

14) Que, tal como lo expresaba Alfredo Vélez Mariconde, con remisión a la opinión de Hélie "los poderes que necesariamente deben serle acordados al juez de instrucción con relación a las personas y los bienes a fin de que puedan cumplir su obra entrañan riesgos inevitables; su objetivo debe ser el triunfo de la verdad y la justicia, pero un paso más o menos convierte un acto en injusto, y a veces el exceso de celo lo enceguece, lo alucina y no puede distinguir las dos opuestas zonas de la justicia y la injusticia" (aut. cit., Derecho Procesal Penal, Lerner ediciones, 2a. ed., Buenos Aires, 1969, T. I, pág. 386). Es evidente que "la instrucción compromete el honor, la reputación y la tranquilidad de una persona legalmente inocente, que puede restringir su libertad o afectar su patrimonio, o alejarlo de su actividad ordinaria o de su familia, dejando a ésta en el desamparo; que, en fin, puede adquirir las formas y la severidad de una pena, causando la deshonra y la ruina irreparables" (conf. op. y loc. cit.).

15) Que, frente a tales riesgos, la actividad legislativa enfrenta permanentemente el desafío de lograr un adecuado equilibrio entre un proceso penal "eficiente" y uno que le dé al imputado la oportunidad de defenderse en un marco de verdadera imparcialidad. En este sentido, no es nueva la concepción de que la separación funcional entre juzgador y acusador apunta a lograr esa finalidad. Así, ya Manuel Obarrio, en la Exposición de Motivos del Código de Procedimientos en Materia Penal decía: "Cuando el acusador arriba a estas conclusiones [ausencia de prueba suficiente de culpabilidad del procesado], no es posible entrar al plenario, porque el plenario es un juicio en materia criminal que participa de la naturaleza del juicio ordinario en materia civil, es decir, es un juicio seguido entre partes, un juicio contradictorio. Entrar al plenario sin acusador sería lo mismo que abrir la tramitación de un

juicio ordinario civil, sin existir demandante. Sólo alterando radicalmente el orden natural de los juicios puede sancionarse, en mi concepto, un hecho que importa una positiva irregularidad en la marcha de los procedimientos. Por lo demás, la imparcialidad es una de las condiciones de que debe el juez estar siempre revestido, y esa imparcialidad es inconciliable con las funciones de la acusación, funciones que vienen en rigor a desempeñar, cuando, a pesar de las opiniones del ministerio público o querellante particular, manda llevar adelante los procedimientos y pasar la causa al estado de plenario". Dejando a un lado si dicho código respetaba tales premisas en toda su concepción, lo cierto es que la noción de separación entre acusador y juzgador como herramienta para asegurar la imparcialidad no es novedosa en nuestro medio.

En la misma dirección se ha dicho, en tiempos más cercanos, que "la separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás...La garantía de la separación así entendida representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzietà*) del juez respecto de las partes de la causa, que, (...) es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la *carga de la imputación y de la prueba*, que pesan sobre la acusación" (Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, págs. 564 y sgtes.).

16) Que dicha concepción no ha sido ajena a la jurisprudencia de esta Corte, que en múltiples oportunidades ha vinculado la necesidad de acusación a la inviolabilidad de la defensa en juicio (conf. Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308: 1557, "Tarifeño" —publicado en Fallos: 325:2019—; 320:1891).

17) Que la exigencia de "acusación", si es que ha de salvaguardar la defensa en juicio y la imparcialidad como

condiciones del debido proceso, presupone que dicho acto provenga de un tercero diferente de quien ha de juzgar acerca de su viabilidad, sin que tal principio pueda quedar limitado a la etapa del "debate" (como se planteó en los precedentes indicados), sino su vigencia debe extenderse a la etapa previa, de discusión acerca de la necesidad de su realización.

18) Que ello es así por cuanto en el marco de un sistema procesal regido por el principio de legalidad procesal, en el cual la pretensión penal pública es llevada adelante por dos representantes del *Estado* (el fiscal y el juez), la exigencia de que las funciones de acusar y juzgar se encuentren, al menos formalmente, en cabeza de funcionarios distintos queda completamente diluida si también el tribunal de alzada puede, en contra del criterio del Ministerio Público, decidir, por sí solo, que se produzca la acusación y la apertura del debate.

19) Que, en efecto, aun en un contexto normativo limitado a lo que ha dado en llamarse el principio "acusatorio formal" (conf. acerca de este concepto, Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2000, págs. 86 y sgtes.), resulta insostenible que sea el tribunal encargado de controlar la investigación preparatoria el que pueda ordenarle al fiscal que acuse. Pues el ejercicio de tal facultad de sustituir al acusador hace que los jueces, en vez de reaccionar frente a un estímulo externo en favor de la persecución, asuman un compromiso activo en favor de ella. Tal actitud es susceptible de generar dudas en cuanto a la imparcialidad con que debieron haber controlado el procedimiento de instrucción, esto es, permaneciendo "ajenos". Cabe recordar que este Tribunal ha reconocido desde siempre que el derecho a ser juzgado por los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (art. 18, Constitución Nacional) debe ser entendida como sujeta a la garantía de imparcialidad,

reconocida como garantía implícita de la forma republicana de gobierno y derivada del principio acusatorio (Fallos: 125:10; 240:160), sin restricción alguna en cuanto al mayor o menor avance de las etapas procesales.

Desde esta perspectiva, la intervención de la cámara de apelaciones "ordenando" que se produzca la acusación pone en tela de juicio la imparcialidad del tribunal "retroactivamente", y que ese mismo tribunal ya no intervenga más no basta para tranquilizar la conciencia, pues dicha intervención ya es suficiente para generar la sospecha de que, en algún momento, durante la etapa procesal que debió controlar manteniéndose desinteresado, abandonó la posición de tercero ajeno al conflicto y se inclinó indebidamente en favor de la acusación.

19) Que, en consecuencia, por el momento puede quedar a un lado la pretensión del Ministerio Público de que se interprete el aforismo *ne procedat iudex ex officio* como un derivado necesario del principio republicano de división de poderes que debe funcionar *con prescindencia* de que se vean afectadas las garantías de imparcialidad y de defensa en juicio. Así se juzga, pues, frente a ciertas situaciones la pregunta relativa a si efectivamente hubo una lesión a tales garantías se torna irrelevante, y el riesgo de que esto pueda ocurrir ya es suficiente.

20) Que tal fue el sentido de los precedentes de esta Corte en los que se exige la observancia de la acusación como *forma sustancial* del juicio. Este criterio fue especialmente reforzado a partir del caso "Cáseres", registrado en Fallos: 320:1891, en el cual, a pesar de que había habido requerimiento de elevación a juicio, el Tribunal entendió que ello no bastaba como "acusación" en los términos del debido proceso. En efecto, del caso citado es posible extraer que, aun cuando el requerimiento de elevación resulta apto para fijar el objeto del juicio, e incluso, bajo ciertas

condiciones —ciertamente, poco frecuentes—, podría satisfacer las exigencias de la defensa en juicio y la imparcialidad, una defensa efectiva supone que sea el fiscal, y no el tribunal de juicio, quien construya, a partir de la prueba producida en el debate, la imputación definitiva. Tal principio fue afirmado ya desde un punto de vista de las *formas sustanciales del debido proceso*, sin que se haya examinado la cuestión relativa a si el imputado pudo o no defenderse en la situación concretamente planteada en la causa.

21) Que a partir de los precedentes citados se advierte que la colisión entre la regla que impone a todos los funcionarios estatales el deber de provocar la persecución penal y la necesidad de garantizar un proceso imparcial, que facilite el ejercicio de la defensa, ya ha sido resuelto por esta Corte en favor de la vigencia de ésta.

22) Que, por lo tanto, la decisión adoptada por el *a quo* en este punto, según la cual el art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, es sólo una herramienta para asegurar el principio que llama de "oficialidad", otorga a dicho principio un peso normativo del que carece. Por lo demás, la *obligatoriedad de la persecución penal para todos los funcionarios estatales nunca fue entendida por esta Corte con una extensión tan amplia como para imponer al Ministerio Público la obligación de acusar*. Así, en numerosas ocasiones el desistimiento del fiscal de cámara fue considerado válido e idóneo para privar de jurisdicción a las cámaras respectivas, tomando en cuenta que "tan desprovista de soportes legales resultaría una condena de primera instancia sin acusación, como una condena de segunda instancia sin apelación" (conf. especialmente jurisprudencia a partir de Fallos: 234:271 y 372), sin que el principio de legalidad procesal haya interferido.

23) Que aun cuando se pueda sostener que los fiscales cumplen, materialmente, una función judicial, en tanto, al igual que los jueces, aspiran a que el proceso finalice con una sentencia justa, lo hacen desde posiciones procesales diversas, y el ejercicio efectivo de la misión que a cada uno de ellos le compete se excluye recíprocamente: ni el fiscal puede juzgar ni el juez puede acusar. De otro modo, durante la instrucción el imputado debe defenderse no sólo de quien lo acusa, sino de quien decide, y de quien debería poder esperar independencia de criterio.

24) Que la percepción de la relación que existe entre la garantía de imparcialidad y la separación de las funciones investigativas y acusadoras en el proceso penal es, justamente, la que conduce a la implementación del "fiscal". "Sólo un juez dotado de una capacidad sobrehumana podría sustraerse en su actividad decisoria a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigatoria". "Sólo teniendo en cuenta esta experiencia se puede comprender que en el movimiento de reforma del siglo XIX se hiciera necesaria la *implantación del ministerio fiscal*, posibilitándose así la transferencia de esa actividad agresiva e investigadora a un órgano diferente de la autoridad judicial y, al mismo tiempo, la limitación de la función del tribunal a una actividad instructora y decisoria frente al material sospechoso acumulado sin su cooperación" (Eberhard Schmidt, Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, págs. 195 y sgtes.).

25) Que es función de legislador diseñar el proceso penal de tal manera que estén aseguradas del mejor modo posible las garantías individuales y que la más mínima duda de menoscabo a las garantías sea disipada con la solución más favorable a la protección del derecho respectivo. Desde este punto de vista, incluso si se admitiera, por vía de hipótesis, que la ley restringiera

las facultades del Ministerio Público e impusiera un sistema de control del requerimiento de carácter jurisdiccional, autorizar a que sea el mismo juez que posiblemente ya se pronunció en favor de la viabilidad de la persecución (por ejemplo, al confirmar el auto de procesamiento) no parece ser un sistema que aleje las sospechas de parcialidad.

26) Que, si bien limitada a la relación entre instrucción y debate, la garantía de imparcialidad ha sido interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que no pueden atribuirse a un mismo órgano las funciones de formular la pretensión penal y la de juzgar acerca de su procedencia, lo cual, en definitiva, impone a los estados el deber de desdoblarse la función de perseguir penalmente.

27) Que, de acuerdo con el criterio del tribunal internacional mencionado, se ha señalado que en materia de imparcialidad del tribunal lo decisivo es establecer si, ya desde el punto de vista de las circunstancias externas (objetivas), existen elementos que autoricen a abrigar dudas con relación a la imparcialidad con que debe desempeñarse el juez, con prescindencia de qué es lo que pensaba en su fuero interno, y siguiendo el adagio "*justice must not only be done: it must also be seen to be done*" (conf. casos "Delcourt vs. Bélgica", 17/1/1970, serie A, nº 11, párr. 31; "De Cubber vs. Bélgica", 26/10/1984, serie A, nº 86, párr. 24).

28) Que tales criterios jurisprudenciales han sido asumidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como aplicables a la interpretación de la garantía del art. 8.1., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. Informe 5/96, del 1º de marzo de 1996, caso 10.970, Mejía vs. Perú), al expresar que "...la imparcialidad objetiva exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda

acerca de la imparcialidad observada en el proceso" (loc. cit.).

29) Que desde este punto de vista una regla procesal que permite un procedimiento cuya utilización despierta sospechas de parcialidad debe ser rechazada, en tanto supone un sistema en el que los jueces actúan de oficio, en ejercicio de funciones de "control", sólo cuando el fiscal se pronuncia en favor de la desincriminación, mientras, que, para revisar el pedido de persecución, exigen la existencia de un "recurso".

30) Que dentro de este marco, y en contra de lo que sostiene el *a quo*, no puede haber ninguna duda en cuanto a que la introducción del art. 120 de la Constitución Nacional señala, en este aspecto, una modificación del paradigma procesal penal vigente hasta ese momento. En efecto, al establecer la independencia funcional de dicho organismo indica una clara decisión en favor de la implementación de un sistema procesal en el que ha de existir una separación mucho más estricta de las funciones de acusar y juzgar. Desde este punto de vista, una regla procesal como la del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, que "unifica" la potestad de acusar en cabeza de la cámara de apelaciones se torna insostenible.

31) Que no es posible alegar, en contra de tal conclusión, que la desaparición del mecanismo de consulta permitiría al Ministerio Público una libertad absoluta, incompatible con la situación en que se encuentra todo funcionario dentro de un estado derecho.

Ciertamente, 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 inadmisibles, 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. arg. 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 fundamentadamente 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.

32) Que esta Corte ha establecido que los inconvenientes que pudieran producirse como consecuencia del incumplimiento aun malicioso de las reglas a que debe sujetarse el desempeño de los magistrados del Ministerio Público no pueden resolverse desvirtuando el carácter no inquisitivo del plenario que consagra la ley adjetiva sino que han de encontrar remedio en el

ámbito propio de la responsabilidad funcional (conf. dictamen del señor Procurador General Elías Guastavino, a cuyos fundamentos remitió el Tribunal en Fallos: 299: 249, en un caso en el que tanto el agente fiscal como el fiscal de cámara habían entendido que no resultaba procedente la apertura de la causa a plenario, y el juez, apartándose del art. 460, Código de Procedimientos en Materia Penal, resolvió no hacer lugar al sobreseimiento que derivaba de tales opiniones). En dicho precedente se señaló, asimismo, que es inadmisibles la conclusión de que "los jueces puedan gobernar la pretensión punitiva del Estado, en detrimento del sistema acusatorio que organiza nuestra legislación vigente por el cual se pone en manos de un órgano especial, distinto del que declara el derecho, el cometido de excitar la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción".

33) 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.

34) Que el deber del Ministerio Público de actuar "en *coordinación* con las demás autoridades de la República" no puede

ser convertido en *subordinación*, a riesgo de neutralizar el sentido mismo de su existencia. La posición contraria, como la que sostiene la cámara de casación, según la cual el Poder Judicial es el que debe "controlar" el ejercicio que de la legalidad hace el Ministerio Público, es la que conduce, finalmente, a admitir la consecuencia extrema de que en el debate la imputación provenga, en definitiva, del propio tribunal que debe juzgar sobre su admisibilidad (conf. doctrina de la mayoría de esta Corte en el caso "Marcilese", Fallos: 325:2005), o incluso, que se pueda llegar a una condena sin que el Ministerio Público haya manifestado su conformidad en este sentido en ninguna instancia procesal.

35) Que no sería posible sostener como alternativa en favor de la constitucionalidad del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación que las "instrucciones" a que hace referencia la norma no son vinculantes para el Ministerio Público. Aun cuando la expresión "instruir" puede ser entendida en la acepción del término según la cual significa sólo "dar a conocer a uno el estado de una cosa" (conf. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21a. edición, 3a. acepción), tal interpretación, no sólo no responde a la inteligencia corriente de la regla y a su sentido dentro del procedimiento penal, como mecanismo de control del requerimiento, sino que si no se entendiera que la decisión de la cámara es vinculante para el fiscal, al no estar previsto el caso de negativa ni la cantidad de veces que se podría intentar la consulta, conduciría a innumerables conflictos y resultaría inaplicable.

36) Que, desde otra perspectiva, no es posible interpretar que la ley 24.946 ha derogado en forma tácita el art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, por resultar contradictorio con la prohibición de instrucciones a los fiscales prevista en el art. 1º. Ello por cuanto el art. 76 de dicha ley deroga expresamente otras reglas del Código Procesal Penal de la Nación, y

frente a la derogación de distintas normas que integran un único cuerpo legal, no parece una interpretación razonable entender comprendidas también normas que no han sido derogadas expresamente. En efecto, nada hace pensar que el legislador haya incluido a una de las principales disposiciones del Código Procesal Penal en cuanto a la regulación de las relaciones entre Poder Judicial y Ministerio Público en la fórmula global "y toda otra norma que resulte contradictoria con la presente ley". Dicho agregado, por otra parte, debe ser interpretado con suma prudencia, pues, de otro modo, la difícil coexistencia entre la pretensión de un fiscal "independiente" y un Código Procesal Penal como el vigente, en el que ni siquiera la preparación de la acusación está, por regla general, en manos del fiscal, llevaría a un caos normativo impensado. La estructuración de un sistema procesal en el que el fiscal es verdaderamente "titular de la acción penal" supone una arquitectura legislativa compleja, que sin lugar a dudas no ha sido realizada hasta hoy. Frente a esta situación, sólo nos queda a los jueces intentar solucionar con prudencia la difícil convivencia entre el art. 120 de la Constitución Nacional, la ley orgánica del Ministerio Público y un código procesal en el que perduran innumerables elementos inquisitivos, pero que no podrían considerarse "tácitamente derogados". Tal situación, si bien obliga a los jueces a examinar bajo una nueva perspectiva reglas procesales que hasta este momento eran aceptadas en nuestro medio casi sin cuestionamientos, exige una interpretación restrictiva de posibles "derogaciones implícitas", pues, de otro modo, se terminaría generando una enorme incertidumbre acerca de cuáles son las instituciones que aún conservan vigencia. Tal riesgo, característico del recurso al mecanismo de la derogación tácita, se acentúa en un caso como el presente, en que se encuentra en juego la totalidad del ordenamiento procesal penal nacional.

37) Que, finalmente, corresponde aclarar 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.

38) Que, por las razones expuestas, la necesidad de asegurar la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal consagrada en el art. 120 de la Constitución Nacional impone declarar la inconstitucionalidad del art. 348, segundo párrafo, primera alternativa, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto autoriza a la cámara de apelaciones, en los casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal, a apartarlo e instruir al que designe el fiscal de cámara, a fin de producir la elevación a juicio.

Por ello, oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvanse los autos al tribunal de origen, a fin de que por quien corresponda se dicte nuevo pronunciamiento conforme a derecho. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - **AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (en disidencia)**- CARLOS S. FAYT (según su voto)- ANTONIO BOGGIANO (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA (según su voto)- E. RAUL ZAFFARONI (según su voto) - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO.

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró mal concedido el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, que había desestimado los planteos de nulidad e inconstitucionalidad del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación. Contra dicho pronunciamiento el señor Fiscal General dedujo el remedio federal cuya denegación motiva la queja en examen.

2º) Que para así decidir, el *a quo* afirmó que lo resuelto sobre la nulidad del auto de elevación en consulta —art. 348— no constituía sentencia definitiva o equiparable a tal en los términos del art. 457 del código mencionado. Añadió que el apelante no refutaba la jurisprudencia de la Sala sobre el art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, conforme con la cual la norma establece una excepción al principio acusatorio que no está reñida con la garantía del debido proceso ni con la independencia funcional y orgánica del Ministerio Público (arts. 33 y 120 de la Constitución Nacional, respectivamente). En tal sentido sostuvo que el sumario es un procedimiento breve de recolección de pruebas con restringido control de las partes y, que, en definitiva, debe estarse a las probanzas que surjan del debate, que constituye el contradictorio en sentido estricto. Sobre tal premisa, aseveró que los actos cumplidos durante la instrucción preparatoria del juicio sólo pueden dar sustento a la acusación o al sobreseimiento, razón ésta que — sumada a la imposibilidad de apertura del proceso en forma

oficiosa— convertían al art. 348 —que no perdió vigencia ni expresa ni implícitamente— en una herramienta puesta en manos de los jueces para asegurar el principio de oficialidad en la persecución penal. Examinó el art. 120 de la Constitución Nacional con apoyo en doctrina y concluyó que la independencia del Ministerio Público lo es respecto del Poder Ejecutivo Nacional.

3º) Que en el recurso extraordinario ante esta Corte el fiscal general sostuvo que la decisión de la cámara de casación incurrió en un arbitrario rigorismo formal al examinar los requisitos de admisibilidad del recurso y en una errónea interpretación del art. 120 de la Constitución Nacional y de la ley 24.946, de "Ministerio Público". Según el apelante, la regla establecida en el art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, configura una violación al principio *ne procedat iudex ex officio*. Al permitir —afirma— que el tribunal encargado de decidir el pleito se entrometa en la función requirente, que se encuentra en cabeza del Ministerio Público, se llega a la pérdida de toda posibilidad de garantizarle al imputado un proceso donde sea juzgado por un órgano imparcial que se encuentre totalmente ajeno a la imputación, y de este modo, se viola la garantía de imparcialidad y defensa en juicio. Asimismo, la utilización del procedimiento de "consulta" desconoce la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal, como titular de la acción penal pública, cuyos alcances fueron precisados por el legislador al sancionar la ley 24.946, que veda toda posibilidad de que su accionar sea condicionado por indicaciones, instrucciones o directivas de otros organismos, prohibición que incluye al Poder Judicial.

4º) Que el recurso extraordinario resulta admisible, pues se encuentra en cuestión la compatibilidad del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación con la independencia y autonomía funcional del Ministerio Público prevista en el art. 120 de

la Constitución Nacional y es ésta la única oportunidad en la que el derecho federal invocado puede encontrar tutela.

5º) Que el art. 348, segundo párrafo dispone que "(e)l juez dictará sobreseimiento si estuviere de acuerdo con el requerido. **De lo contrario, sea que no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal o sea que sólo el querellante estimara que debe elevar la causa a juicio, dará intervención por seis (6) días a la Cámara de Apelaciones. Si ésta entiende que corresponde elevar la causa a juicio, apartará al fiscal interviniente e instruirá en tal sentido al fiscal que designe el fiscal de cámara o al que siga en orden de turno**".

A su vez, el art. 120 de la Constitución Nacional establece que "(e)l Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función 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...".

6º) Que según reiterada jurisprudencia de esta Corte para que una ley derogue implícitamente disposiciones de otra, es necesario que el orden de cosas establecido por ésta sea incompatible con el de aquélla (Fallos 214:189; 221:102; 226:270; 236:588; 258:267; 260:91; 295:237; 304:1039; 306: 303; 312:1484; 320:2609, entre otros).

7º) Que el art. 120 de la Constitución Nacional establece como principio la independencia del Ministerio Público asignándole determinadas funciones en "coordinación con las demás autoridades de la República", aspecto éste, que ante el silencio del texto constitucional quedó librado a la discreción del legislador, a quien incumbe reglamentar la mentada independencia dentro de los límites de la Ley Fundamental. En tales condiciones, se impone

concluir que la enmienda de 1994 no creó un sistema completo, comprensivo del instituto en su generalidad, por lo que mal puede sostenerse que existió una derogación tácita de la norma que se examina.

8º) Que a idéntica conclusión cabe arribar respecto de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946. Es cierto que su art. 1º dispone que los representantes del Ministerio Público no se hallan sujetos a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura. Pero el art. 76 deroga expresamente distintas normas que regulaban relaciones de coordinación entre el Ministerio Público y el Poder Judicial, tales como el capítulo II de la ley 18.345 y los arts. 516 y 517 del Código Procesal Penal de la Nación, sin incluir el precepto que se halla en juego en la especie de análoga naturaleza que aquéllos y de singular trascendencia por su contenido. Por lo tanto, no corresponde entender que fue intención del legislador que aquél quedase abarcado por la fórmula omnicomprendiva "toda otra norma que resulte contradictoria con la presente ley", pues ello importaría una inconsecuencia o imprevisión que, como principio, no cabe presumir (Fallos: 310:195; 312:1614; 325:2386, entre muchos otros).

Por otra parte, este agregado debe ser interpretado con suma prudencia, pues, de otro modo, la difícil coexistencia entre la pretensión de un fiscal "independiente" y un Código Procesal Penal como el vigente, en el que ni siquiera la preparación de la acusación está, por regla general, en manos del fiscal, llevaría a un caos normativo impensado. La estructuración de un sistema procesal en el que el fiscal es verdaderamente "titular de la acción penal" supone una arquitectura legislativa compleja, que sin lugar a dudas no ha sido realizada hasta hoy. Esta situación obliga a los jueces a solucionar con prudencia la difícil convivencia entre el art. 120 de la Constitución Nacional, la ley orgánica del Ministerio Público y un

código procesal en el que perduran innumerables elementos inquisitivos, pero que no podrían considerarse "tácitamente derogados". Tal situación, si bien obliga a los jueces a examinar bajo una nueva perspectiva reglas procesales que hasta este momento eran aceptadas en nuestro medio casi sin cuestionamientos, exige una interpretación restrictiva de posibles "derogaciones implícitas", pues, de otro modo, se terminaría generando una enorme incertidumbre acerca de cuáles son las instituciones que aún conservan vigencia. Tal riesgo, característico del recurso al mecanismo de la derogación tácita, se acentúa en un caso como el presente.

9º) Que como argumento corroborante corresponde señalar que la propia Procuración General presentó un proyecto de ley modificatorio del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación en el que se propuso que ante la disconformidad del juez respecto de la decisión del fiscal de no instruir, en lugar de elevar en consulta a la cámara, lo haga ante el fiscal general. Esta situación implica — obviamente— la asunción del vigor de la norma cuestionada.

10) Que establecido que la norma rige el caso, corresponde indagar su compatibilidad con el texto constitucional. En este cometido debe recordarse que conforme jurisprudencia inveterada de esta Corte, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, por ello, debe ser considerada como última *ratio* del orden jurídico, y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 311:394; 312:122 y 322:842, entre muchos otros) o bien cuando se trate de una objeción constitucional palmaria (Fallos: 14:425; 200:180; 105:22; 112:63 y 182:317).

11) Que, a fin de arribar a una conclusión válida

corresponde distinguir el presente caso del publicado en Fallos: 325:2005 *in re* "Marcilese". En primer lugar, debe destacarse que el *thema decidendum* se diferencia claramente del planteado en el precedente mencionado. Lo que allí se intentó determinar es si la acusación como exigencia requerida por la garantía del debido proceso se satisfacía con el requerimiento fiscal de elevación a juicio o si, por el contrario, ese acto debía ser ratificado en el momento de alegar. Dicho de otro modo: se procuró establecer si el pedido absolutorio del fiscal en su informe conclusivo en el marco del debate oral, impedía que el tribunal de juicio valorara ese debate y, en su caso, condenara al acusado.

Así se relativizó el valor explicativo de la fórmula sobre la exigencia del debido proceso en cuanto a la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a acusación, defensa, prueba y sentencia (voto del juez Fayt). Dicha premisa obligó a precisar cuál era el acto concreto que satisfacía el primero de los requisitos mencionados, a fin de no incurrir en la utilización de conceptos vacíos de contenido formulados a partir de expresiones grandilocuentes como la de la "importancia de la acusación".

12) Que en ese cometido, el voto mencionado resaltó el valor del acto de **requerimiento de elevación a juicio** como objeto alrededor del cual se instala el debate oral y público, y que el tribunal valora para absolver o condenar. En efecto, este acto es el que posee las características definitorias del concepto de acusación como imputación a una persona determinada de un hecho delictivo concreto y singular, y por ello es el presupuesto de un debate válido.

Así se afirmó que como "el demandado en juicio civil no se podría defender si no existiera esa concreta y clara manifestación de voluntad que debe estar contenida en la demanda, el imputado no se podría defender si el juicio penal no reposara en una

acusación formal que describa el hecho delictuoso que se le atribuye. Nadie puede defenderse debidamente de algo que ignora" (conf. Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, ed. Lerner, 1969, T. II, pág. 216). El dogma procesal *no hay juicio sin acusación* es un corolario del principio que impone la inviolabilidad de la defensa. Nadie duda de que la existencia de un actor penal integra la garantía del debido proceso, por cuanto el juicio penal debe tener por base una acusación correcta y oportunamente intimada (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34 y 308:1557), sin la cual el imputado no podría defenderse adecuadamente.

Mas no debe olvidarse que los principios procesales que reconocen raigambre constitucional sólo requieren para subsistir que a una sentencia preceda "una acusación respecto del procesado" (Fallos: 143:5). El requerimiento de elevación a juicio en tanto contiene la hipótesis inicial a valorar por el tribunal —como en la legislación continental europea que le ha servido de modelo—, es la acusación indispensable para garantizar el debido proceso legal. Ella resguarda la imparcialidad de los jueces que integran el tribunal extraños a esa imputación, que sólo deben decidir según los límites por ella impuestos.

Conforme lo hasta aquí esbozado respecto del precedente, el principio *ne procedat iudex ex officio* supone únicamente —a diferencia de lo que sostiene el señor Fiscal General— que el proceso sólo podrá iniciarse si hay acusación del fiscal extraña al tribunal de juicio, en tanto ello es garantía de la *imparcialidad* de quien ha de juzgar. En base a esa necesidad de imparcialidad y objetividad de quien tiene que dictar sentencia es que la existencia de acusación y su contenido no pueden tener origen ni ser delineados por el mismo órgano que luego tendrá a su cargo la tarea decisoria.

Es necesario recordar —en tanto será relevante para la

resolución del presente caso—, que en nuestro sistema de enjuiciamiento penal es el Estado, el que por sí mismo se encarga de la persecución penal (*principio de oficialidad*). Por tal razón el principio acusatorio sólo puede ser concebido en su acepción formal, es decir aquella según la cual —tal como lo puso de relieve el señor Procurador General en Fallos: 299:249— "se ponen en manos de un órgano especial, distinto del que declara el derecho, el cometido de excitar la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción". En efecto, el principio acusatorio consiste en que juez y acusador no sean la misma persona (entre muchos otros, Roxin, *Derecho Procesal Penal*, ed. Del Puerto, 2000, pág. 86). Se trata del desdoblamiento formal del Estado en dos órganos específicos: uno que acusa y otro que decide. Si se soslaya, entonces, que en nuestro sistema procesal mediante el principio acusatorio sólo se pretende proteger la garantía de imparcialidad, aquel principio corre el peligro de transformarse en una fórmula de la que nada sustancial puede extraerse.

13) Que, en ese mismo precedente se precisó que, por el contrario, los alegatos no revisten el carácter mencionado en tanto no modifican el objeto procesal: allí simplemente las partes exponen sus conclusiones sobre las pruebas incorporadas en el debate, actividad que se diferencia claramente de la de acusar. Los informes finales -*Plädoyer*- sólo tienen por misión permitir a las partes una valoración del contenido del debate antes de que se dicte sentencia, como facultad otorgada a aquéllas para influir sobre la voluntad del juzgador, quien conserva el poder de decisión sobre la procedencia o improcedencia de la acusación -imputación del hecho delictivo- contenida en el requerimiento fiscal de elevación a juicio.

También se afirmó que esta idea de que el requerimiento de elevación a juicio constituye ya la acusación que

cumple con las exigencias propias de la garantía de defensa en juicio, se robustece con la posibilidad que ofrecen los códigos procesales de ampliarla, exigiéndose una serie de recaudos para la validez del proceso -nuevo debate, tiempo para la defensa-, lo que resultaría inexplicable si se considerara que la discusión final tiene alguna incidencia para garantizar el derecho de defensa. En el mismo sentido se concluyó que admitir que la mera abstención del fiscal, en el acto postrero del debate -existiendo ya una acusación válida- importa un límite absoluto a la facultad jurisdiccional para dictar la condena, implica -como se señaló- desconocer el alcance que el principio de la oficialidad posee en nuestro sistema de enjuiciamiento penal. En efecto, si el pedido absolutorio fuera inexorable para el tribunal, ello implicaría la arrogación del ámbito de la decisión jurisdiccional que la Constitución asigna a un órgano distinto e independiente. Si se pretende ser consecuente con el principio acusatorio como garantizador de la imparcialidad del tribunal de juicio, no se puede al mismo tiempo postular que sus decisiones queden ligadas a las de otro órgano del Estado.

En este mismo sentido se expidió el miembro informante de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios de la Cámara de Senadores al sancionarse el Código Procesal Penal de la Nación quien señaló que la igualdad de las partes "se rompe cuando una de ellas, en lugar de peticionar aparece provista de capacidad de disposición, que sólo es privativa del juez" (publ. en Antecedentes Parlamentarios de la ley 23.984, Cámara de Senadores de la Nación, 29 de agosto de 1990, pág. 2526). En efecto, no hay dudas acerca de que el fiscal puede solicitar la absolución, pero ello no implica en modo alguno reconocerle un poder de disposición, pues entonces si el fiscal vincula es el fiscal quien **decide**, vulnerándose así el principio de separación de poderes y, de ese modo, el sistema republicano de

gobierno.

Conforme la tesis que aquí se propugna, la teoría de la separación de poderes concebida en su sentido actual, debe ser entendida como separación de funciones. Así se reconoce la existencia entre los poderes o funciones de una **interrelación funcional**. Estas mismas razones -como se detallará *ut infra*- serán especialmente valoradas al momento de determinar la compatibilidad constitucional del art. 348, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación.

En el mismo sentido, Vélez Mariconde (op. cit., t. II, pág. 182, nota 14) afirma que si por ejemplo "el Fiscal de Cámara estima, en el debate, discrepando con el agente fiscal que el hecho imputado no constituye delito o que el acusado no es culpable, sólo podrá pedir la absolución, pero no desistir de la acción y evitar que el Tribunal de juicio se pronuncie; al serle concedida la palabra está obligado a pronunciarse sobre el fondo; si erróneamente (como alguna vez ocurrió) desistiera, debe entenderse que pide la absolución". También Manzini ha afirmado que "al Ministerio Público no le es dado 'retirar la acusación' en el sentido de privar al juez de su poder de pronunciar sentencia de condena, porque su voluntad no puede disponer de la permanencia de la acción penal (...) El retiro de la acusación es una fórmula impropia que se debe entender como requerimiento de absolución, que deja libre al juez para condenar" (Vicenzo Manzini, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952/1954, t. IV, pág. 419). En el mismo sentido, el conocido procesalista español Manuel Serra Domínguez señala que "(m)ientras sin calificación provisional no puede iniciarse el juicio oral [con esto se relacionará el presente caso], la retirada de la calificación definitiva no vincula al tribunal (...) La doctrina más reciente entiende que el tribunal puede condenar pese a la retirada de la acusación fiscal, pues la

acusación, presupuesto de procedibilidad, ha sido ya formulada en el escrito de calificación provisional, siendo sus modificaciones simples elementos de juicio que el tribunal debe tener en cuenta, pero no acatar forzosamente, en su sentencia" (*Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pág. 776 s.). Por último, lo señalado por Francesco Carnelutti en su artículo *Poner en su puesto al Ministerio Público* (Rivista di Diritto Processuale, 1953, I, publ. en Cuestiones sobre el Proceso Penal, ed. Librería del Foro, Buenos Aires, 1994) cobra aquí especial relevancia. El profesor italiano remarca la "ambigua naturaleza" (pág. 211) que caracteriza al Ministerio Público y en referencia al debate final considera que "el ministerio público no motiva, pero nunca deja de concluir. Este es el residuo de la concepción del ministerio público como titular de la acción penal; pero ya no dispone de ella en modo alguno, y menos todavía en el debate. Tan es así, que el juez puede condenar aunque el ministerio público le haya requerido la absolución". Ello es así, en tanto "el oficio de las partes en la fase del debate, o de la discusión (...) es precisa y únicamente la de exponer las razones. Para sacar las conclusiones, es el juez quien debe pensar" (pág. 217).

14) Que si el **mantenimiento** de la acusación fuera presupuesto de la condena, entonces se estaría concediendo al acusador el derecho subjetivo a la imposición de la pena. En efecto, asignar ese significado al principio acusatorio no puede sino vulnerar, al mismo tiempo, las reglas básicas del principio de oficialidad *ut supra* descripto.

Ello, por lo demás implicaría confundir las reglas del debido proceso de carácter acusatorio con el principio dispositivo. Como ya se afirmó, el principio acusatorio impone simplemente disociar las funciones requirente y decisoria -en el *sub lite* se precisará cómo debe ser ejercida esa función requirente-, mientras

que el principio dispositivo se relaciona con la titularidad del derecho material en crisis. A diferencia del proceso civil en el cual el demandante es titular del derecho sustancial, el acusador jamás podrá quitar al tribunal el ejercicio de la función pública procesal (jurisdicción). Es por ello que el único paralelo posible entre el proceso civil y el penal es -como se dijo- la necesidad de la existencia de una demanda y de una acusación respectivamente para la realización del juicio, lo que no puede extenderse de ningún modo a las formas de conclusión del proceso. El proceso civil acepta formas de conclusión -como el desistimiento y el allanamiento- acordes con el principio dispositivo, precisamente impensables en el proceso penal cuando se trata de delitos de acción pública (la conclusión del proceso penal debe sujetarse estrictamente a la legalidad).

Sólo permitiendo que se infiltren elementos dispositivos en el ejercicio de la acción puede entenderse que el pedido de absolución del Ministerio Público al concluir el debate es vinculante para el tribunal de juicio. Precisamente, es la coexistencia del principio de oficialidad con el sistema acusatorio la que impide introducir una connotación dispositiva de la acción penal -principio acusatorio material-, pues ello implicaría desconocer que el *ius puniendi* no pertenece al Ministerio Público Fiscal sino al propio Estado, del que también son expresión los jueces. Es que a diferencia del derecho anglosajón -donde el principio es entendido en su acepción material- no se está aquí ante un derecho de partes. En nuestro sistema de enjuiciamiento penal no hay un derecho subjetivo de los acusadores a la condena del imputado, pues en el proceso penal no hay una verdadera pretensión, en tanto no existe una relación jurídico-material entre acusador y acusado y es el Estado el exclusivo titular del derecho penal sustancial. En efecto, "(e)l que el enjuiciamiento penal se haya convertido en un proceso

no puede suponer que éste quede informado por algo similar a lo que es el principio dispositivo del proceso civil. Este principio no es algo connatural a la idea de proceso sino que atiende a la libre disponibilidad de los derechos subjetivos privados, que es a su vez, consecuencia de la autonomía de la voluntad reconocida al individuo" (Juan Montero Aroca, *Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal: principio acusatorio*, ponencia presentada en el VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, pág. 179). Por ello, no siendo el acusador titular de derecho alguno, resulta impensable que pueda apartar al tribunal del ejercicio de su jurisdicción, ejerciendo un poder vinculante. En efecto, si llegara a determinarse que la petición del acusador maniatra la decisión de quien ha de juzgar, se estaría reconociendo a los acusadores su disponibilidad sobre el derecho penal.

En síntesis: la conclusión del fiscal al final del debate, sólo representa su opinión conforme al mérito que aquél arroja. El principio acusatorio en modo alguno implica concentrar las atribuciones requirente y decisoria en otro funcionario, quedando la suerte del proceso sujeta a la discreción del acusador. Así circunscripto, el principio acusatorio supone como regla de garantía que el juzgador sólo queda ligado a la acusación en el sentido de su imposibilidad de condenar a persona distinta de la acusada y por hechos distintos de los imputados, pero la solicitud concreta del fiscal en modo alguno lo vincula.

15) Que, entonces, en la causa "Marcilese"- voto del juez Fayt- se precisaron las diferencias entre la acusación y el requerimiento final de pena, colocando en su quicio el significado de éste último y destacándose el valor del requerimiento de elevación a juicio para la observancia del debido proceso. En suma: resulta inconstitucional el ingreso al juicio sin pedido acusatorio, mas una

vez que se ha provocado con la acusación la jurisdicción del juez, ésta queda fuera del ámbito del fiscal.

Precisamente, una vez establecido que el requerimiento de elevación a juicio es el acto que satisface la exigencia de acusación, resulta ineludible indagar acerca de lo que sí constituye el *thema* de la presente causa: la validez constitucional que tiene ese acto si proviene de un trámite en el que **de conformidad con el art. 348, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación es un tribunal de alzada el que previa consulta del juez de la causa impele al Ministerio Público a realizarlo.**

16) Que, por el contrario, para quienes adscriben a la doctrina según la cual la acusación recién se concreta en el debate -art. 393 del Código Procesal Penal de la Nación- (conf. mayoría *in re* "Tarifeño" (Fallos: 325:2019); disidencia *in re* "Marcilese" (Fallos: 325:2005) y mayoría *in re* "Mostaccio" (M.528.XXXV, resuelta el 17 de febrero de 2004), constituiría una *contraditio in adjecto* sostener que el art. 348 del código de rito no respeta las formas sustanciales de juicio, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia que exige el art. 18 de la Constitución Nacional.

En efecto, bien puede considerarse, siguiendo un razonamiento lógico a partir de esta postura, que la garantía del debido proceso se ha satisfecho, pues de existir una acusación previa formulada por un representante del Ministerio Público Fiscal **durante el debate**, podría arribarse a una sentencia condenatoria sin violación del principio *ne procedat iudex ex officio*, razón por la cual no se configuraría agravio alguno. La posterior actuación del fiscal de juicio eliminaría el agravio, máxime teniendo en cuenta que luego de este procedimiento de consulta obligada, el fiscal de juicio tiene la posibilidad de requerir la absolución con efecto vinculante para el tribunal (conf. mayoría en "Tarifeño" y "Mostaccio").

17) Que, como contrafaz de esa noción, considerar que

el requerimiento de elevación a juicio constituye la verdadera acusación en tanto allí se determina el único objeto sobre el que se desarrollará el juicio, impone precisar con suma prudencia sus condiciones de efectividad. Más aun, de lo decidido en el voto reseñado no podría derivar, de ningún modo, la convalidación de una condena que no estuviera precedida por una acusación cuya validez resulte inobjetable. Si se parte de la premisa de que la actuación del fiscal en el debate no vincula al tribunal, el requerimiento posee una importancia fundamental que no puede subestimarse, en tanto el Ministerio Público Fiscal no tendrá luego la posibilidad de renunciar a la acción.

"La posibilidad de condenar a pesar del pedido de absolución del fiscal de juicio -sin vulneración del derecho de defensa- pu[ede] formularse, precisamente, como corolario de la existencia de una acusación válida. Sólo sobre esta premisa pudo enunciarse una doctrina como la allí establecida" (conf. F.179.XXXVII. "Fariña Duarte Santiago y otros s/ recurso de casación", resuelta el 6 julio de 2004, voto de los jueces Fayt y Vázquez).

Como luego se verá, existen dos modos, igualmente cuestionables aunque con diferentes fundamentos, de dejar la acusación en manos distintas del Ministerio Público. Uno de ellos, tal como se dio cuenta en el precedente "Fariña Duarte", consiste en condenar por un hecho distinto del comprendido en la requisitoria de elevación a juicio y el otro —cuestión que se debate en el *sub lite*— imponer los órganos del Poder Judicial —aunque no el tribunal decisor— derechamente la necesidad de formular la acusación.

Por último, y siguiendo el razonamiento hasta aquí esbozado, cabe destacar que el *a quo* subestima claramente el valor de verdadera acusación que posee el requerimiento de elevación a juicio al intentar ubicarlo como un "acto propio de la investigación

preliminar o instrucción, en cuya etapa el contradictorio está evidentemente limitado".

18) Que, por lo dicho, la distinción con el caso "Marcilese" es esencial, en tanto lo que se discute en el *sub lite* es la validez de una regla de procedimiento que concede una facultad claramente **persecutoria** al poder judicial, toda vez que consagra la imposición al ministerio público de presentar acusación en el debate cuando él ha requerido el sobreseimiento. Una cosa es obligar a presentar una acusación y otra muy distinta es que una vez formulada, su falta de mantenimiento sea vinculante para el tribunal.

En efecto, resulta claro que en el caso "Marcilese" el juez ya tenía jurisdicción y su facultad de absolver o condenar era una facultad indudablemente decisoria. En cambio, en el caso *sub examine* corresponde determinar si de conformidad con el art. 348 el juez no se estaría convirtiendo en un perseguidor sin jurisdicción, en tanto es el Poder Judicial el que estaría imponiendo la acusación.

19) Que de lo dicho se deriva que en el precedente reseñado nada se ha concluido acerca del tema que aquí se decide y que consiste en determinar si la acusación -requerimiento de elevación a juicio- (conf. voto del juez Fayt en "Marcilese"), además de provenir de un órgano ajeno al tribunal sentenciador -principio de imparcialidad- (conf. voto del juez Fayt en "Marcilese" y voto de los jueces Fayt y Vázquez en "Fariña Duarte") debe provenir -y no sólo formalmente- del Ministerio Público.

Corresponde entonces determinar en el caso, si el ingreso al juicio puede proceder de un trámite en el que el control sobre el pedido de sobreseimiento formulado por el Ministerio Público se encuentra en manos del juez de instrucción, quien si considera que el dictamen fiscal es errado y que corresponde llevar la causa a juicio, eleva la causa a la cámara de apelaciones, la que

si, a su vez, comparte el criterio del juez, aparta al fiscal que hubiera intervenido e instruye al reemplazante para que solicite la elevación del caso a juicio. El sucesor, según este diseño legal, produce la acusación, conforme a las instrucciones del tribunal de apelación.

20) Que para responder a este interrogante dos son las cuestiones que no deben ser confundidas: la primera, es la atinente al principio de imparcialidad y la segunda, es la que se refiere a la independencia y autonomía funcional del Ministerio Público.

Tratándose la declaración de inconstitucionalidad de un acto de suma gravedad, es necesario colocar en su quicio el significado de las garantías que se pretenden violadas a fin de no extender su significado inapropiadamente.

21) Que en ese cometido resulta ineludible demarcar, en primer lugar, el contenido del principio de imparcialidad consagrado en el art. 8º, inciso 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional).

Fundamentalmente el principio mencionado implica que el tribunal que **juzga** no debe encontrarse comprometido con la imputación que está llamado a resolver. En el caso concreto esto significa que el requerimiento debe ser formulado por un órgano extraño al que resolverá la causa. En efecto, se intenta poner en cabezas distintas las funciones persecutoria y juzgadora con el fin de garantizar la imparcialidad de quien decidirá el caso, evitando así que determinen al juez los "influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigatoria" (Eberhard Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pág. 195). Resulta esencial, entonces, la separación entre aquél que formula la acusación y quien tiene que decidir sobre su procedencia (en el caso

concreto se trata del tribunal que tomará la decisión final por la que condenará o absolverá al imputado). Tal como se afirmara en el precedente "Marcilese" la acusación no puede quedar en manos del tribunal que habrá de decidir, pues ello afectaría su imparcialidad.

Precisamente, lo que en primer lugar debe evaluarse es si la aplicación del art. 348, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación implica que la acusación "queda" en manos del tribunal que decide la causa.

22) Que el elemento definitorio para considerar que se ha respetado el principio de imparcialidad -sea cual fuere el sistema procesal en el que se enmarque- es que quien deba realizar **el juicio de culpabilidad definitivo** no haya anteriormente tomado decisiones que impliquen **un juicio preparatorio sobre esa declaración de culpabilidad**. La garantía se viola cuando el imputado ha sido condenado por un **tribunal** sobre el que existen sospechas de parcialidad, en tanto éste hubiera tomado determinadas decisiones durante el procedimiento previo que hubieran podido significar una aproximación a la comprobación de culpabilidad.

Lejos de negar aquí la importancia que posee el principio de imparcialidad, debe quedar claramente establecido que lo que éste pretende conjurar es la actuación como miembros del tribunal de juicio de magistrados que hubieran intervenido en la etapa de instrucción (juicio preparatorio), realizando tareas investigativas o netamente persecutorias.

23) Que la doctrina nacional define con este mismo alcance la garantía de imparcialidad. En efecto, Clariá Olmedo sostiene que, por ejemplo, "(e)l auto de procesamiento es ya una declaración jurisdiccional inculpativa, aunque lejos esté de significar una condena; la acusación toma sus elementos de esa declaración jurisdiccional...Se hace imposible o por lo menos muy

inconveniente, que todo esto sea obra del mismo tribunal que después ha de actuar en los debates y dictar sentencia...en principio, instruir y sentenciar s(on) incompatibles" (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, ed. Ediar, 1962, t. II, pág. 79 ss). También Vélez Mariconde señala como un grave defecto el de que "en algunas provincias, el Instructor actú(e) también como juez de sentencia..." (op. cit., t. I, pág. 376).

24) Que en lo que aquí interesa, la garantía sólo se encontraría vulnerada si el tribunal oral que debe realizar el juicio de culpabilidad definitivo hubiera intervenido con anterioridad en el mecanismo de consulta cuestionado (esto, considerando que no cualquier intervención previa vulneraría el principio en estudio, sino sólo aquella en la que el miembro del tribunal hubiera tomado a su **cargo tareas de investigación y de evaluación del mérito** de una imputación personal).

En síntesis para considerarse violada la garantía, deben presentarse dos variables: 1) que el tribunal sea el que debe decidir sobre el juicio de culpabilidad definitivo, 2) que algún miembro de ese tribunal haya intervenido previamente en una función que hubiera significado un juicio de culpabilidad provisorio.

25) Que trasladados estos principios al *sub lite*, corresponde señalar que esta situación no se ha configurado, en tanto de conformidad con el procedimiento descrito en el segundo párrafo del art. 348, quien decidirá en la causa no se ve comprometido con la hipótesis acusadora (requerimiento de elevación a juicio), resguardándose así la imparcialidad del tribunal.

En efecto, toda vez que es la **cámara de apelaciones** la que en definitiva motiva al Ministerio Público a formular la acusación, la imparcialidad del tribunal que resolverá el caso **-tribunal de juicio-** no se ve comprometida, máxime, teniendo en cuenta que no hay una relación jerárquica entre ellos. Aun más:

nuestro ordenamiento procesal prevé una serie de remedios -que a diferencia de códigos anteriores en la vieja jurisdicción federal y en distintas provincias argentinas- procura evitar que quien deba realizar el juicio de culpabilidad definitivo haya anteriormente tomado decisiones que impliquen un juicio preparatorio sobre esa declaración de culpabilidad, en tanto la situación que se pretende impedir -tal como se señaló- consiste en que la sentencia definitiva pueda estar influida por una opinión formada en etapas previas del proceso. A su vez, la cámara de apelaciones no tiene posibilidad de intervenir en los recursos que se planteen con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva.

26) Que esta Corte ha sostenido que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye un parámetro válido para la interpretación de las garantías constitucionales que se hallan biseladas por disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Fallos: 318:2348; 319:2557; 322:1941, entre otros). Es por ello que a fin de comprender la extensión que debe asignarse a este principio resulta ilustrativa su vasta jurisprudencia en la materia. Sin embargo, de su lectura debe destacarse que, si bien correctas, sus conclusiones resultan inaplicables al caso *sub examine*, en tanto las situaciones de hecho de las que parten son totalmente disímiles a la que aquí se plantea.

Así, puede afirmarse que absolutamente en todos los casos que fueron llevados ante el Tribunal mencionado, lo que debía determinarse era si el **tribunal de juicio** -es decir el que había resuelto finalmente la causa- era un órgano sobre el que pesaban sospechas de parcialidad por haber actuado en etapas previas del proceso (conf. *Piersack vs. Bélgica* (1982); *De Cubber vs. Bélgica* (1984); *Hauschildt vs. Dinamarca* (1989); *Jón Kristinsson* (1990); *Oberschlick* (1991); *Pfeifer y Plankl vs. Austria*

(1992); *Castillo Algar vs. España* (1998); *Tierce y otros vs. San Marino* (2000) y *Kyprianou v. Chipre* (2004), entre otros). En todas estas causas quienes debían decidir, se habían desempeñado previamente en la etapa de instrucción preliminar -según el sistema- como fiscales o jueces de instrucción. En ejercicio de esas funciones tomaron decisiones que se aproximaron a convicciones firmes acerca de la autoría de los imputados.

Asimismo, resulta relevante estudiar algunas particularidades de las causas llevadas ante el tribunal europeo a fin de comprender con mayor precisión cuál es la extensión que se le ha asignado al principio. Así, por ejemplo, en el caso *Nortier vs. Países Bajos* (1993), en el que el proceso había estado a cargo de un mismo juez desde la instrucción hasta la sentencia definitiva, el acusado no había sido sometido a una pena sino a una medida de seguridad (tratamiento psiquiátrico). Aun en ese caso el Tribunal sostuvo que no se había configurado agravio alguno pues el juez cuestionado, si bien había realizado un juicio de responsabilidad por el hecho, no había efectuado un juicio de culpabilidad. Es decir, incluso en el caso de decisiones definitivas el principio ha sido utilizado restrictivamente.

Para considerar violada la garantía de imparcialidad, entonces, debe presumirse que los jueces "verdaderos" están imbuidos de prejuicios iniciales acerca de la imputación, objeto del juicio oral, público y contradictorio. Para ello, no interesa si en la instrucción preliminar el miembro de ese tribunal se desempeñó como fiscal o como juez de instrucción. En suma: se pretende evitar que el imputado llegue al juicio una vez que alguno de sus miembros se hubiese pronunciado -cualquiera haya sido su función- por la "presunta culpabilidad" del acusado.

A su vez, a los fines de la **garantía de imparcialidad** el acusador no necesariamente debe ser un miembro del Ministerio

Público sino una **persona distinta** del juez que decide la causa. En el caso de que la función instructoria y decisoria sea ejercida por personas distintas -lógicamente- el respeto al principio es incuestionable (por el contrario, si la persona es la misma, deberá evaluarse o no -según se sostenga una posición restrictiva o amplia- el contenido del acto preliminar de que se trate).

27) Que, como puede apreciarse, la jurisprudencia citada no logra conmover lo argumentado hasta aquí, sino que por el contrario lo reafirma. **El art. 348 segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación no vulnera el principio de imparcialidad.** Admitiéndose incluso que el mecanismo que establece esa norma implique una decisión de mérito por parte de quien lo motiva -cuestión que también puede discutirse-, la cámara de apelaciones no es la que realizará el juicio de culpabilidad definitivo. Tampoco podría pensarse que la garantía de imparcialidad se ve conculcada porque el órgano que puede, vgr., confirmar un procesamiento, es el mismo que motiva el requerimiento de elevación a juicio. Si un órgano de control de la instrucción toma dos convicciones firmes preparatorias como, por ejemplo, la confirmación del procesamiento y posteriormente el control del sobreseimiento pedido por el fiscal, estos dos razonamientos previos no afectarán el principio de imparcialidad en tanto no sean los que deciden la suerte de la causa en cuanto a la culpabilidad del imputado. Del mismo modo que nadie discute que en la etapa preliminar o intermedia no se afecta la garantía si la cámara de apelaciones instructorias confirma primero un procesamiento y luego, por ejemplo, la prisión preventiva.

Al respecto, resulta ilustrativo lo dictaminado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Ben Yaacoub vs. Bélgica* (1985). Adviértase que allí un miembro de la Sala del Consejo había decidido como primer acto la detención preventiva

del acusado y luego su remisión a juicio. No fue el hecho de que haya asumido esas dos funciones lo que determinó la violación al principio de imparcialidad, lo fue que, posteriormente, asumiera el juzgamiento en calidad de presidente del tribunal de juicio.

Como puede verse, lo resuelto por el Tribunal Europeo se diferencia claramente de lo que se discute en el *sub lite*. En efecto, aun considerando que con el mecanismo de consulta establecido en el art. 348, pudiera interpretarse que la cámara de apelaciones ha emitido un juicio de culpabilidad provisional, aquélla no emite el juicio de culpabilidad definitivo, con lo que mal podría considerarse conculcada la garantía.

Con respecto al requerimiento de elevación a juicio resulta fundamental que el tribunal pueda tomarlo como el paso necesario que deriva del hecho de que **otros** han sospechado antes sobre esa culpabilidad, pero no él mismo. Y lo establecido en el art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación no contraría este postulado.

28) Que tampoco las denominadas reglas de Mallorca (dictadas por la Comisión de expertos convocada por el Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid con la cooperación de la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de Naciones Unidas en Viena, 1990-1992) permiten afirmar algo distinto de lo que se ha dicho hasta aquí, en tanto éstas establecen -entre otras cuestiones- que quien investiga y persigue no debe juzgar. Como se dijo, el segundo párrafo del art. 348 del código de rito en modo alguno establece que quien investiga y persigue, juzga.

29) Que la garantía de imparcialidad se ve satisfecha si el tribunal oral interviniente o la Cámara Nacional de Casación Penal, en su caso, no están integrados por quienes ya han declarado la presunta culpabilidad del acusado. Es por ello que

quien ha emitido opinión como integrante de la cámara de apelaciones, controlando la actuación del fiscal al momento de la elevación a juicio por vía del "control jurisdiccional" no puede de ningún modo intervenir en el juicio y, asimismo conocer del recurso contra la sentencia que de él derive.

Esta situación no se presenta -a diferencia de lo que ocurría en anteriores ordenamientos procesales- en la actual legislación procesal, en la que precisamente se procura que el mecanismo de control en cuestión no sea realizado por quien luego habrá de juzgar. En efecto, la cámara de apelaciones no puede realizar el juicio oral, toda vez que éste recae sobre un órgano distinto: el tribunal oral, que, por su parte, no ha intervenido previamente. A su vez, los recursos contra las decisiones del tribunal oral también competen a un tribunal distinto de la cámara de apelaciones: la Cámara Nacional de Casación Penal.

30) Que aun si se admitiera que el acto sobre el que debe determinarse si se ha violado la garantía de imparcialidad es el de la propia instrucción impartida por la cámara de apelaciones soslayándose la primera de las variables enunciadas -esto es, que el tribunal haya decidido sobre el juicio de culpabilidad definitivo-, sería de todos modos necesario determinar si efectivamente la cámara de apelaciones actuó anteriormente en decisiones que hubiesen implicado declaraciones provisionales de culpabilidad -segunda variable-, como, vgr., confirmar un procesamiento o revocar un sobreseimiento o -si se quiere ser aun más amplio- que cuanto menos hubiera actuado con anterioridad. De seguirse ese razonamiento -es decir que sólo la segunda variable conforma el principio, cuestión que aquí ya se ha negado-, para declarar la inconstitucionalidad del artículo 348 sería de todos modos necesario comprobar que esa actuación se hubiera configurado, de lo contrario no existiría un agravio concreto. Tal como señala el

Tribunal Europeo *in re Hauschildt* "(l)a tarea de la Corte no consiste en revisar el derecho relevante y la práctica in abstracto, sino determinar si la manera en que fueron aplicadas ... dieron lugar a una violación". O, cuanto menos, debería considerarse expresamente que la afectación ya se produce con la sola existencia del órgano, pues el imputado, por ejemplo, podría haberse visto intimidado de apelar su procesamiento ante quienes eventualmente impondrían al fiscal la necesidad de requerir la elevación a juicio.

De todos modos esta posición -discutible por cierto-, sólo se enmarca en un debate puramente especulativo, pues como ya se afirmó el principio de imparcialidad -por sus características definitorias y su consiguiente ámbito de protección-, se dirige a quienes debiendo formular un juicio de culpabilidad definitivo ya se hubieran formado una opinión determinada acerca de las circunstancias de la causa. Ese y ningún otro es el alcance del principio.

Podría pensarse que sería óptimo un sistema en el cual la cámara -como órgano de apelaciones instructorias- no fuera la que ejerce también ese sistema de control, pero eso no significa que con su actuación se vulnera *per se* el principio de imparcialidad tal como ha sido definido doctrinaria y jurisprudencialmente. La garantía -como ya se señaló- no se relaciona con el modo en que deben juzgarse los actos entre sí dentro del proceso penal preparatorio.

31) Que el hecho de que exista acusación -conf. voto del juez Fayt *in re* "Marcilese"- y que ésta haya sido instada por un tercero diferente (cámara de apelaciones) de quien juzga (tribunal oral), respetándose así claramente el principio de imparcialidad, no significa que una norma que consagra la facultad de la cámara de apelaciones de **imponer al fiscal la presentación de la**

acusación, tenga validez constitucional.

En efecto, si por vía de hipótesis una norma asignara a un tribunal de justicia la función de ordenar al fiscal la formulación de la acusación —en el supuesto de que no hubiera tenido la posibilidad de intervenir antes en el proceso, como sí lo hace la cámara de apelaciones, ni tampoco después, como sí lo hace la cámara de casación— dicha norma sería pasible de los mismos reparos de los que se hará acreedor el art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, como a continuación se explicitará. Esto, obviamente, demuestra que la violación al principio de imparcialidad -aun entendido con un alcance distinto al que aquí se propugna- no constituye la *ratio decidendi*.

32) Que, entonces, lo decidido por la Cámara Nacional de Casación Penal en cuanto a que el control jurisdiccional de los tribunales de justicia establecido en el art. 348 del código de rito no vulnera *per se* el principio de imparcialidad, resulta inobjetable. Ello es así, pues este postulado sólo supone -en concordancia con normas del mismo código-, conviene reiterarlo, que los jueces que decidieron la necesidad de imputar penalmente y de obligar al fiscal a acusar, están excluidos para integrar el cuerpo de decisión que juzgará esa imputación.

Sin embargo -como ya se señaló- resta preguntarse si, aun no afectando el principio de imparcialidad, el requerimiento de elevación a juicio como acusación que incorpora la imputación que determina y encausa el debate, puede ser **impuesto** por un órgano del Poder Judicial, que en definitiva termina decidiendo acerca del **impulso** de la acción penal. En efecto, si bien es cierto que la imputación no parte de los jueces que han de juzgar, desplazar a un fiscal e instruir a otro dentro de un contexto de autonomía funcional -como luego se verá-, ya es otra cuestión.

Como el segundo párrafo del art. 348, coloca en manos

del Poder Judicial la decisión final sobre la apertura del juicio público, el problema que debe entonces distinguirse del de imparcialidad, es la situación de que un órgano jurisdiccional -cámara de apelaciones- desplace e imparta instrucciones a un miembro de otro órgano -ministerio público-. Es decir, se trata de determinar si el tercero ajeno como única exigencia del principio de imparcialidad puede ser, conforme nuestro ordenamiento constitucional, cualquier tercero ajeno. Es claro que la realización del requerimiento debe quedar en manos distintas de aquél que juzga. ¿Esas "manos distintas" deben ser necesariamente las del Ministerio Público?

33) Que, en primer lugar podría, responderse que estrictamente esa función no corresponde a la cámara de apelaciones sino que la resolución de requerir la elevación a juicio la adopta, en último lugar y en suma, un representante del Ministerio Público.

Al respecto, resulta ilustrativa la legislación procesal alemana. Allí también es un tribunal -el tribunal superior de provincia (OLG)- el que desempeña un rol similar al que aquí el art. 348 concede a la cámara de apelaciones. Del mismo modo, se ha dejado a salvo allí el principio de imparcialidad en tanto ese tribunal no será competente para entender en el procedimiento principal con lo cual no estará expuesto "al peligro de soportar de antemano una tacha de parcialidad" (Roxin, op. cit., pág. 344). Sin embargo -y tal como sucede en nuestro ordenamiento- el auto de promoción de la acción tiene que cumplirlo **la propia fiscalía** con un escrito de acusación -existencia formal de una acusación- (§ 175, segunda frase, de la Ordenanza Procesal Alemana).

De este modo -señala el profesor alemán- se deja a salvo formalmente el principio acusatorio, en tanto el imputado tiene la posibilidad de defenderse de quien está destinado a acusar.

Sin embargo, **su actuación está limitada materialmente en forma considerable a través de la sujeción de la fiscalía a la decisión del tribunal superior de provincia** (Roxin, *op. cit.*, pág. 346, el resaltado no corresponde al original).

Es por ello que la cuestión no radica estrictamente en la distinción que debe existir entre las funciones del juez y el acusador, pues más allá de su importancia, el deslinde ya está asegurado por el mecanismo que prevé que es la fiscalía la que deberá presentar el escrito de acusación. En este contexto, es el fiscal quien acusa, pero obligado a mantener una acusación que él no ha sustentado.

34) Que, entonces, la cuestión a resolver se circunscribe a determinar si este requerimiento de juicio **obligado** que cubre formalmente la expectativa de acusación, es compatible con la actual redacción de la Constitución Nacional en relación a la jerarquía constitucional otorgada a la independencia y autonomía funcional del Ministerio Público (**art. 120 Constitución Nacional**), y consiguientemente determinar si el vicio de voluntad que padecería el órgano independiente lesiona el debido proceso.

En efecto, **la existencia de una disposición constitucional específica es la nota distintiva** que determina que deba evaluarse la validez del procedimiento en consulta —aceptada en otros ordenamientos—, en tanto se estaría convalidando la aplicación de una imposición sobre un órgano independiente. Si bien los órganos judiciales no concretan el acto por sí, pues quien lo 'formaliza' es un agente fiscal distinto al que solicitó el sobreseimiento en el caso, lo cierto es que la realización del acto **depende** de la decisión de los órganos judiciales.

Corresponde determinar, de tal modo, si con la sujeción de la fiscalía a una decisión judicial, se está respetando la regla según la cual es al Ministerio Público a quien corresponde "**promover la**

actuación de la justicia" como lo exige el art. 120, función que en el caso del Ministerio Público Fiscal tiene concretamente como correlato la **promoción y ejercicio de la acción penal pública** (arts. 25, inciso "c" y 33, inciso "b" y -en lo que al caso interesa- 40 de la ley 24946).

Partiendo del artificio que implica la división formal de las funciones requirente y decisoria —de conformidad con el principio de oficialidad—, una norma como la consagrada en el art. 348 no generaría, en principio, conflicto alguno. Empero el art. 120 de la Constitución Nacional impone un examen diferente.

Dentro de este marco, y en contra de lo que sostiene el *a quo*, no puede haber ninguna duda en cuanto a que la introducción del art. 120 de la Constitución Nacional señala, en este aspecto, una modificación del paradigma procesal penal. En efecto, al establecer la independencia y autonomía funcional de dicho organismo, el constituyente ha tomado una clara decisión en favor de una división rigurosa entre las funciones de promoción y decisión. La constitucionalización del Ministerio Público entraña entonces el rechazo a que otro órgano que no tenga esa función constitucionalmente asignada se inmiscuya, en tanto resulta impensable que de toda atribución conferida expresamente por la Constitución Nacional pueda implicarse, sin más, una autoridad que destruya, precisamente, los límites de la concesión. La libertad de los individuos no sólo se vería amenazada cuando los poderes ejercieran facultades no concedidas, sino también cuando las concedidas fueran ejercidas por poderes extraños a la concesión (Fallos: 318:1967 *in re* "Peláez").

Toda vez que por definición constitucional expresa, es el Ministerio Público Fiscal el órgano específicamente encargado de la persecución, la norma legal no puede concederle esa función a otro poder —sea el judicial o cual fuere—, privando de ella al competente

para ejercerla.

35) Que, por ello, puede afirmarse que con respecto a la independencia y autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal, la resolución apelada sólo da respuestas aparentes. En efecto, sostener que dentro de nuestro sistema la función de perseguir penalmente es llevada adelante tanto por el fiscal como por los jueces, no es suficiente para explicar que los jueces puedan tener la potestad de obligar a los fiscales a pronunciarse en favor de la prosecución de la persecución penal cuando la Constitución proclama la independencia de dichos funcionarios.

36) Que, en este sentido, la afirmación de que la "independencia del Ministerio Público" introducida por el art. 120 de la Constitución Nacional sólo significa la prohibición de instrucciones por parte del Poder Ejecutivo, aparece como una mera afirmación dogmática. A fin de arribar a una conclusión válida sobre la cuestión, resultaba necesario estudiar el sentido del nuevo diseño constitucional. Como se ha dicho, la reforma constitucional de 1994 ha significado un profundo cambio, en tanto ha erigido al Ministerio Público como una magistratura particular situada junto a los jueces, que cumple sus funciones propias en estrecha conexión con ellos, pero con la necesaria independencia que requiere un órgano de contralor.

37) Que, al respecto corresponde puntualizar que si bien es cierto que a partir de la reforma constitucional, los miembros del Ministerio Público se desprendieron de la dependencia del Poder Ejecutivo Nacional instituida en el art. 7º de la ley 23930 (del 23 de abril de 1991) -en cuanto establecía que competía al Ministerio de Justicia asistir al Presidente de la Nación (..). y, en particular, entender en la organización del Ministerio Público y en la designación de sus miembros y el ejercicio de su dirección de conformidad con la ley"-, constituye un paralogismo sostener que

sólo con respecto a ese poder se circunscribe su actual independencia. La condición de independiente -esto es no subordinado a otro poder- lógicamente no admite matices. Por lo demás, la norma no establece excepción alguna que permita realizar distingos entre los poderes del Estado establecidos originariamente en la propia Constitución Nacional.

Esa ha sido sin lugar a dudas la intención del constituyente. En efecto, el miembro informante por el dictamen de la mayoría en la convención constituyente de 1994 al tratar las razones para incorporar a la Constitución Nacional el artículo 120, señaló que a través de una fórmula sencilla se daba "cauce a la constitucionalización de un órgano con carácter independiente de los poderes Ejecutivo y Judicial...". También se puso de relieve que con la fórmula del art. 120 "se quiere expresar que [el Ministerio Público] no tiene que estar sometido al Poder Ejecutivo pero tampoco al Poder Judicial, ya que tiene que actuar con independencia de los dos".

A su vez, **la autonomía funcional**, tal como se explicita en el art. 86 de la Constitución Nacional (si bien respecto del Defensor del Pueblo), es la cualidad que describe al órgano que actúa "sin recibir instrucciones de **ninguna** autoridad" (no cabe presumir la inconsecuencia del constituyente). El mismo significado se asigna al concepto de autonomía funcional en el segundo párrafo del art. 1º de la ley 24946: el Ministerio Público no está sujeto a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura. Resulta inexplicable, entonces la interpretación efectuada por el **a quo**.

38) Que, de tal modo, la garantía del debido proceso supone que la acusación proviene de un miembro del Ministerio Público Fiscal que la ha formulado libre de subordinación. En el cometido de estimar la naturaleza de la independencia y autonomía

funcional del ministerio público, debe valorarse especialmente "la jerarquía que significa lucir en una sección propia dentro del organigrama constitucional esquemático del gobierno federal". El debido proceso ha sido ampliado en forma ineludible con las garantías que surgen para los justiciables del artículo 120 de la Constitución Nacional, en tanto "la independencia y autonomía funcional de todos y cada uno de los magistrados del Ministerio Público tienen por destino absolutamente indiscutible todos y cada uno de los justiciables. Y de la misma manera y de la misma suerte que se tiene derecho al estrado natural individualizado antes de los hechos que motivan la causa, se tiene derecho al Ministerio fiscal...establecido en los términos de la ley y antes del hecho de la causa..." (Alberto A. Spota, *Ensayo sobre el Ministerio Público, artículo 120 de la Constitución Nacional*, en "Y considerando...", publ. de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, vol. 23/24, año 2001, pág. 36 ss.).

39) Que, sentado lo anterior, resulta claro que la aplicación del segundo párrafo del art. 348 de la ley procesal, en tanto establece un sistema de elevación en consulta por parte del órgano jurisdiccional -juez de instrucción- al órgano jurisdiccional -cámara de apelaciones-, por el que le **impone** al Ministerio Público fiscal la obligación de impulsar la acción penal **irrespeto el debido proceso**, pues no se condice con el valor que debe otorgarse a la mencionada autonomía.

Conforme la norma cuestionada, es la propia intervención del Ministerio Público Fiscal la que no se encuentra verdaderamente garantizada, pues su actuar obligado no garantiza al justiciable -"más allá de lo formal"- su presencia. Si un tribunal es finalmente el que motiva el mecanismo de consulta -juez de instrucción- y también es un tribunal el que decide sobre la procedencia de formular la acusación, aunque formalmente lo haga

un fiscal, la decisión del Ministerio Público resulta irrelevante, y no se entiende a qué fin es consagrada, no ya su autonomía funcional, sino siquiera su existencia constitucional, al reducir -en el caso concreto- de tal modo su posibilidad de actuación.

A su vez, las cualidades de independencia -no subordinado a otro poder- y de autonomía funcional -que no recibe instrucciones de ninguna autoridad-, que hoy ostentan jerarquía constitucional, obliga a considerar inconstitucional cualquier norma inferior, que consagre precisamente lo opuesto: que otro poder -como el judicial- "aparte" e "instruya" a los fiscales respecto de una función competencial propia.

En efecto, así como en el precedente "Marcilese" -voto del juez Fayt- se afirmó que la igualdad de las partes se rompe cuando el Ministerio Público, en lugar de peticionar, pretende vincular al juez en lo que es su propia función competencial con jerarquía constitucional, esto es, el **conocimiento y decisión**, su necesaria contracara es que el Poder Judicial no puede obligar al Ministerio Público a realizar aquellas funciones que forman parte de su competencia funcional, asumiendo de ese modo una posición **requirente**. Entendido el principio de separación de poderes como multiplicación de funciones y de órganos, lo allí afirmado respecto a la imposibilidad de arrogarse el ámbito que la Constitución Nacional asigna a un órgano -distinto e independiente -obviamente- vale para los dos.

Así como las decisiones del Poder Judicial no pueden quedar ligadas a las de otro órgano del Estado, las peticiones del Ministerio Público, tampoco pueden ser impuestas por otro poder. Más allá de que la resolución de requerir la elevación a juicio la adopte en último lugar un miembro del Ministerio Público, la ley ha colocado -en definitiva- la función de acusar en las manos de un tribunal de justicia, en tanto de conformidad con la norma en

cuestión, para llegar a ese acto fue necesaria la previa decisión de sostener la acción por parte del órgano judicial. De este modo, corresponde responder negativamente al interrogante planteado: la sujeción de la fiscalía a esa decisión judicial, vulnera el mandato constitucional que atribuye al Ministerio Público la función de **"promover la actuación de la justicia"** (art. 120 de la Constitución Nacional) y su correlato respecto del Ministerio Público Fiscal, en la concreta **promoción y ejercicio de la acción penal pública** (ley 24.946). Y, en tanto, existe una disposición constitucional específica que asigna al Ministerio Público la competencia descripta, el Poder Judicial es funcionalmente incompetente para adoptarla (conf. doctrina causa "Peláez" ya reseñada).

40) 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, Constitución Nacional), que no es respetado por la directiva del art. 348 pues -como se señaló- el procedimiento de imposición de la acusación que instaura, concede a los jueces una facultad que la Constitución Nacional asigna específicamente a otro órgano.

Por tal razón, cuando la Ley Orgánica del Ministerio Público -ley 24 946- dispone en su art. 28 que "(l)os dictámenes, requerimientos y toda otra intervención en juicio de los integrantes del ministerio público deberán ser considerados por los jueces con arreglo a lo que establezcan las leyes procesales aplicables al caso", esto no puede significar en modo alguno que la norma abarque derechamente la decisión misma de motivar el requerimiento (art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación). En efecto, tal actuación, obviamente, no encuadraría dentro del estrecho límite

trazado por la autonomía funcional de los fiscales, sino que en forma directa neutralizaría su propio accionar.

Por lo demás, la obligatoriedad de la persecución no puede tener una extensión tan amplia como para imponer al Ministerio Público la obligación de acusar.

41) Que el deber del Ministerio Público de actuar "en coordinación con las demás autoridades de la República" no puede ser convertida en *subordinación*. Esta situación se diferencia claramente del esquema de coordinación del que se daba cuenta *in re* "Marcilese" -voto del juez Fayt-, toda vez que en aquel caso la imputación -requerimiento de elevación a juicio- sí había provenido autónomamente del Ministerio Público y cuando el tribunal finalmente **decidió** en la causa, nada le impuso al órgano independiente -el que ya había formulado con plenitud la acusación-, respetándose así el límite trazado por la autonomía funcional de los fiscales (art. 120, Constitución Nacional). Condenar, si el fiscal considera en el debate que no hay mérito para hacerlo, no es ejercer una función requirente sino decisoria; obligar a requerir, por el contrario, sí lo es.

La exigencia de un requerimiento independiente -es decir no subordinado- como única acusación válida, impide además que se pueda llegar al absurdo de una condena sin que el Ministerio Público haya manifestado su conformidad en este sentido -es decir sin que hubiera impulsado la acción en ninguna instancia procesal- (esto, de admitirse a su vez, la aplicación analógica de este procedimiento respecto del pedido de desestimación de denuncia del fiscal no compartida por el juez de instrucción -art. 180 del código de rito-).

42) Que, asimismo, a fin de comprender cómo el nuevo paradigma obliga a un examen distinto del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, no debe olvidarse que en el momento

de su sanción, dicha norma se enmarcaba dentro de una estructura en la que el Ministerio Público dependía del Poder Ejecutivo Nacional del que recibía instrucciones. Es evidente que en ese caso el mecanismo instaurado -como expresión del principio de oficialidad en la persecución- tenía otro sentido. Así, el informe ante el Senado del entonces Ministro de Justicia León Arslanian en el que se resaltaba que no se le iba a "conceder a los fiscales la facultad de sobreseer y archivar expedientes, o sea, de abortar algunas investigaciones" (Diario de Sesiones de la ley 23 984, pág. 2178), debe ponderarse en el marco de esa clara situación de dependencia respecto del Poder Ejecutivo. Al tratarse de un órgano independiente y con autonomía funcional no hay óbice para un ejercicio pleno de su función requirente y así el procedimiento en cuestión pierde todo sentido. Del mismo modo, el mensaje del Dr. Levene cuando subraya la necesidad de "poner en su lugar" al Ministerio Público- por medio del "control jurisdiccional...siguiendo la [legislación] europea", no necesariamente denotaba el ingreso del Poder Judicial en la órbita de facultades reservadas a otro poder, en tanto estas atribuciones no habían sido encomendadas por la Constitución Nacional expresamente a rama alguna.

43) Que esto no significa, que al tratarse de un órgano independiente el Ministerio Público no esté sujeto a controles. Ello es así porque, más allá del control jurisdiccional que se ejerce en el marco del proceso —tal como se precisará *ut infra*— la ley 24.946 prevé controles internos del Ministerio Público y porque los fiscales no se encuentran exentos de ser sancionados por las posibles violaciones en las que pudieran incurrir por su calidad de funcionario público. Se ha establecido que los inconvenientes que pudieran producirse como consecuencia del incumplimiento aun malicioso de las reglas a que debe sujetarse el desempeño de los magistrados del Ministerio Público han de encontrar remedio en el ámbito propio

de la responsabilidad funcional (cf. dictamen del Procurador General Elías Guastavino, a cuyos fundamentos remitió el Tribunal en Fallos: 299:249).

Ciertamente, 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. Ello por cuanto, la actividad estatal no debe estar monopolizada por voluntades omnipotentes sino repartida entre órganos cuyas competencias se establecen normativamente.

44) Que el argumento de la "falta de control" también es inadmisibles en la medida en 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" (cf. arg. art. 120, 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 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, Código Procesal Penal de la Nación

significa un debilitamiento considerable del principio de legalidad procesal. Sin embargo, en la medida en que su utilización conduce a que la acusación no provenga de un sujeto procesal que debe ejercer esa función en forma autónoma, la declaración de su invalidez constitucional resulta ineludible.

45) Que, específicamente, con relación a la facultad de "apartar" al fiscal interviniente por no estar de acuerdo con su criterio desestimatorio, actuando así sobre funcionarios que integran un organismo diferente, independiente y con autonomía funcional (art.120 Constitución Nacional), la invasión aludida es aun más notoria. En efecto, sobre esta facultad ni siquiera es válida la discusión que se plantea respecto de la "instrucción" dirigida al fiscal reemplazante, de quien cuanto menos finalmente proviene el escrito en el que se fija la concreta imputación. En el caso del "apartamiento", un poder decide directamente reemplazar al representante de una magistratura distinta con estructura funcional propia y autónoma.

46) Que con respecto a la segunda de las facultades otorgadas por el art. 348, no sería posible sostener como alternativa en favor de su constitucionalidad que las "instrucciones" a que hace referencia la norma no son vinculantes para el Ministerio Público. Aun cuando la expresión "instruir" puede ser entendida en la acepción del término según la cual significa sólo "dar a conocer a uno el estado de una cosa" (conf. Diccionario de la Lengua Española, Real academia Española, 21a. edición, 3a. acepción), tal interpretación, no sólo no responde tal inteligencia corriente de la regla y a su sentido dentro del procedimiento penal, como mecanismo de control del requerimiento, sino que si no se entendiera que la decisión de la cámara es vinculante para el fiscal, al no estar previsto el caso de negativa ni la cantidad de veces que se podría intentar la consulta, conduciría a innumerables conflictos y

resultaría inaplicable.

47) Que, en suma: sin requerimiento de elevación a juicio no hay proceso válido (conf. doctrina in re "Marcilese", voto del juez Fayt). En efecto, ese requerimiento es el acto que satisface la acusación exigida para configurar el debido proceso legal. A su vez, el art. 120 de la Constitución Nacional -y consiguientemente la ley de Ministerio Público- asigna esa función requirente al Ministerio Público Fiscal, consagrando asimismo su independencia y autonomía. Es por ello que el requerimiento será válido si y sólo si, la necesidad de su formulación proviene del sujeto competente para concebirla en ejercicio de su autonomía funcional.

Por ello, al interrogante formulado *ut supra*, corresponde responder que el tercero ajeno de quien debe provenir la decisión de acusar -plasmada luego en el requerimiento de elevación a juicio- no puede ser otro, conforme el texto constitucional, que el Ministerio Público Fiscal. De lo contrario, no se habría formulado una verdadera acusación capaz de garantizar el cumplimiento del debido proceso, toda vez que se habría dejado la decisión acerca de su procedencia -actividad requirente- en manos de quien resulta incompetente para hacerlo.

En consecuencia, la necesidad de asegurar la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal consagrada en el art. 120 de la Constitución Nacional y, consiguientemente, el debido proceso legal, conforme los fundamentos arriba expuestos, imponen declarar la inconstitucionalidad del art. 348, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto autoriza a la cámara de apelaciones, en los casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal, a apartarlo e instruir al que designe el fiscal de cámara, a fin de producir la elevación a juicio.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General,

se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase los autos al tribunal de origen, a fin de que por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. CARLOS S. FAYT.

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró mal concedido el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, que había desestimado los planteos de nulidad e inconstitucionalidad del art. 348 del Código Procesal Penal. Contra dicha pronunciamiento el señor Fiscal General dedujo el remedio federal cuya denegación motiva la queja en examen.

2º) Que para así decidir el *a quo* afirmó que lo resuelto sobre la nulidad del auto de elevación en consulta no constituía sentencia definitiva o equiparable a tal en los términos del art. 457 del ritual. Añadió que el apelante no refutaba la jurisprudencia de la Sala sobre el art. 348 del Código Procesal Penal, conforme con la cual la norma establece una excepción al principio acusatorio que no está reñida con la garantía del debido proceso ni con la independencia funcional y orgánica del Ministerio Público (arts. 33 y 120 de la Constitución Nacional, respectivamente). En tal sentido

sostuvo que el sumario es un procedimiento breve de recolección de pruebas con restringido control de las partes y, que, en definitiva, debe estarse a las probanzas que surjan del debate, que constituye el contradictorio en sentido estricto. Sobre tal premisa, aseveró que los actos cumplidos durante la instrucción preparatoria del juicio sólo pueden dar sustento a la acusación o al sobreseimiento, razón ésta que sumada a la imposibilidad de apertura del proceso en forma oficiosa convertían al citado art. 348, que no perdió vigencia ni expresa ni implícitamente, en una herramienta puesta en manos de los jueces para asegurar el principio de oficialidad en la persecución penal. Examinó el art. 120 de la Constitución Nacional con apoyo en doctrina y concluyó que la independencia del Ministerio Público lo es respecto del Poder Ejecutivo Nacional.

3º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible pues se halla en cuestión la función requirente en relación con la independencia funcional del Ministerio Público que consagra el art. 120 de la Constitución Nacional, por lo que el caso reviste interés institucional suficiente y es ésta, la única oportunidad en que el derecho federal invocado puede encontrar tutela (doctrina de Fallos: 299:249 y sus citas; 311:593: 315:2255).

4º) Que de los dos planteos que formula el apelante, esto es el atinente a la compatibilidad entre el art. 120 de la Constitución Nacional con el art. 348 del Código Procesal Penal y el relativo a su vigencia, corresponde tratar en primer término este último pues de resultar procedente tornaría inoficioso un pronunciamiento sobre el otro.

5º) Que el art. 348, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación dispone: "...El juez dictará el sobreseimiento si estuviere de acuerdo con el requerido. De lo contrario, sea que no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal o sea que sólo el querellante estimara que debe elevar

la causa a juicio, dará intervención por seis (6) días a la Cámara de Apelaciones. Si ésta entiende que corresponde elevar la causa a juicio, apartará al fiscal interviniente e instruirá en tal sentido al fiscal que designe el fiscal de cámara o al que siga en orden de turno".

Conforme con el art. 120 de la Constitución Nacional "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene como función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedades, en coordinación con las demás autoridades de la República". El art. 1 de la ley 24.946 tras reproducir el texto constitucional establece que el Ministerio Público "Ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia...pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura".

6º) Que según reiterada jurisprudencia de esta Corte para que una ley derogue implícitamente disposiciones de otra, es necesario que el orden de cosas establecido por ésta sea incompatible con el de aquélla (Fallos: 214:189; 221:102; 226:270; 236:588; 258:267; 260:92; 295:237; 304:1039; 306: 303; 312:1485; 320:2609, entre otros).

7º) Que el art. 120 de la Constitución Nacional establece como principio la independencia del Ministerio Público asignándole determinadas funciones "en coordinación con las demás autoridades de la República", aspecto éste, que ante el silencio del texto constitucional, quedó librado a la discreción del legislador, a quien incumbe reglamentar la mentada independencia dentro de los límites de la Ley Fundamental. En tales condiciones, se impone concluir que la enmienda de 1994 no creó un sistema completo, comprensivo del instituto en su generalidad, por lo que mal puede sostenerse que existió una derogación tácita de la norma que se

examina.

8º) Que a idéntica conclusión cabe arribar respecto de la ley 24.946. Es cierto que su art. 1 dispone que los representantes del Ministerio Público no se hallan sujetos a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura. Pero el art. 76 deroga expresamente distintas normas que regulaban relaciones de coordinación entre el Ministerio Público y el Poder Judicial, tales como el capítulo II de la ley 18.345 y los arts. 516 y 517 del Código Procesal Penal de la Nación, sin incluir el precepto que se halla en juego en la especie de análoga naturaleza que aquéllos y de singular trascendencia por su contenido. Por lo tanto, no corresponde entender que fue intención del legislador que aquél quedase abarcado por la fórmula omnicomprendensiva "toda otra norma que resulte contradictoria con la presente ley", pues ello importaría una inconsecuencia o imprevisión que, como principio, no cabe presumir (Fallos: 310:195; 312:1614; 325:2386, entre muchos otros).

9º) Que establecido que la norma rige el caso corresponde indagar su compatibilidad con el texto constitucional. La enmienda de 1994 ha establecido que el Ministerio Público queda libre de toda interferencia en su función de impulsar la acción. En consecuencia, el art. 348 del Código Procesal Penal ha dejado de guardar coherencia con la Ley Fundamental, pues no sólo concede a los jueces a la posibilidad de apartar al fiscal sino también de imponerles la obligación de acusar. El término "instruirá" no deja lugar a dudas en tal sentido, pues, en el contexto de la norma es evidente que cabe asignarle el sentido propio correspondiente a la tercera acepción de la palabra "instruir", esto es: "Dar a conocer a uno el estado, informarle de ella, o comunicarle avisos o reglas de conducta" (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima edición, Madrid, 1984). En este último sentido

no puede perderse de vista que al no contemplar el Código Procesal Penal una nueva posibilidad de consulta se sigue que la decisión de la cámara es vinculante para el fiscal que, así constreñido, ve conculcada su independencia.

10) Que, sobre el particular, adquieren virtualidad los fundamentos del dictamen del señor Procurador General, doctor Elías P. Gustavino, en el ya citado precedente de Fallos: 299:249 en el que, durante la vigencia del anterior régimen procesal, que regulaba un sistema diferente de consulta en el cual en caso de disenso la causa pasaba al fiscal de la alzada correspondiente, (arts. 460 y 461), el juez no hizo lugar al pedido de sobreseimiento que derivaba de las opiniones coincidentes del agente fiscal y del fiscal de cámara.

11) Que allí se señaló: "No debe olvidarse que nuestro sistema procesal se estructura sobre la base de que cuando el acusador arriba a la conclusión de que no corresponde abrir el juicio, 'no es posible entrar al plenario, porque el plenario es un juicio en materia criminal que participa de la naturaleza del juicio ordinario en materia civil, es decir, es un juicio seguido entre partes, un juicio contradictorio. Entrar al plenario sin acusador, sería lo mismo que abrir la tramitación de un juicio ordinario civil, sin existir demandante' (Nota Explicativa del Autor del *Proyecto del Código de Procedimientos en Materia Penal*, DR. MANUEL OBARRIO, fechada en Buenos Aires el 15 de julio de 1882 y dirigida al señor Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Dr. Eduardo Wilde)...Al prescindir el *a quo* del texto del art. 461 de la ley de rito, declarando la nulidad del dictamen del Fiscal que se aparta de la jurisprudencia plenaria, ha subvertido, a mi juicio, el régimen legal del ejercicio de la acción pública criminal, desnaturalizando así la función institucional que corresponde al Ministerio Público Fiscal. Ello así, porque, en último análisis el criterio adoptado importa la

inadmisible conclusión de que los jueces puedan gobernar la pretensión punitiva del estado, en detrimento del sistema acusatorio que organiza nuestra legislación vigente por el cual se pone en manos de un órgano especial, distinto del que declara el derecho, el cometido de excitar la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción. Además, como también sostiene MANUEL OBARRIO en la nota citada, 'la imparcialidad es una de las condiciones de que debe el juez estar siempre revestido, y esa imparcialidad es inconciliable con las funciones de la acusación, funciones que viene en rigor a desempeñar, cuando, a pesar de las opiniones del ministerio público o querellante particular, manda llevar adelante los procedimientos y pasar la causa al estado de plenario'. Los inconvenientes que pudieran producirse como consecuencia del incumplimiento, aún malicioso de las reglas a que debe sujetarse el desempeño de los magistrados del Ministerio Público, no pueden resolverse desvirtuando el carácter no inquisitivo del plenario que consagra la ley adjetiva, sino que han de encontrar remedio en el ámbito propio de la responsabilidad funcional".

Y si bien expresaba que los magistrados del Ministerio Público debían hacer un uso medido y prudente de la facultad conferida por los arts. 460 y 461 del ritual entonces vigentes y preferir la interpretación que conduzca a habilitar la jurisdicción de los jueces mediante el ejercicio de la acción pública cuando la inteligencia de las normas se hallase seriamente controvertida, con anterioridad había señalado con no menor énfasis que no estaban "obligados ineludiblemente a hacer prevalecer el fin persecutorio por encima del interés en la fiel y justa aplicación de la Constitución y la ley...".

12) Que, como se advierte, el citado dictamen, emitido bajo un régimen legal que discernía los roles de los sujetos del proceso dotándolos de autonomía, da respuesta a todos los

interrogantes sobre la problemática: la naturaleza y sentido de la independencia del Ministerio Público, su responsabilidad (a lo que podría agregarse el régimen sobre incumplimiento de los deberes de funcionario público) y la imparcialidad de los jueces. Por lo tanto, esas consideraciones son enteramente aplicables por extensión para dilucidar los alcances de la independencia funcional de raigambre constitucional.

13) Que otro precedente guarda atinencia con la cuestión debatida y es el registrado en Fallos: 315:2255, en el que se revocó el pronunciamiento por el cual la alzada había impuesto al fiscal de cámara expedirse sobre una cuestión de índole concursal pese a que éste había entendido que el debate no versaba sobre esa materia. Expresó el Tribunal que con el dictamen aludido correspondía dar por agotada la intervención del Ministerio Público en la vista corrida "toda vez que la cámara carece de facultades para imponer el contenido del dictamen requerido a partir de una particular y respetable exégesis de la noción de orden público de la materia tratada, en la medida en que —con arreglo a la recordada independencia funcional y de las implicaciones que de ella derivan— la exigencia efectuada por el tribunal *a quo* de obtener un dictamen sobre el fondo del asunto, importa la inadmisibile conclusión de que los jueces pueden gobernar sobre los criterios hermenéuticos a seguir por el Ministerio Público, materia cuya incumbencia es de exclusivo resorte de éste" (considerando 7º).

14) Que este criterio también brinda una valiosa herramienta para resolver el tema en examen, máxime teniendo en cuenta la particular característica del procedimiento penal. Acerca de éste, es doctrina reiterada de esta Corte que en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces

naturales (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros). Y esta jurisprudencia guarda estrecho vínculo con la solución adoptada por esta Corte en distintos precedentes en los que descalificó sentencias condenatorias sin acusación (conf. causa "Cáseres" registrada en Fallos: 320:1891 y sus citas). En ese contexto, fácil es advertir que el apartamiento de un miembro del Ministerio Público en razón de haber expresado su criterio independiente y la imposición de otro a quien lo sustituye se halla irremisiblemente reñido con el art. 120 de la Constitución Nacional.

15) Que, en tales condiciones, la necesidad de asegurar la independencia del Ministerio Público Fiscal consagrada por la Ley Fundamental impone declarar la inconstitucionalidad del art. 348, segundo párrafo, primera alternativa, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto autoriza a la cámara de apelaciones, en los casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido del sobreseimiento del fiscal, a apartarlo e instruir al que designe el fiscal de cámara, a fin de producir la elevación a juicio.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General se declara procedente la queja y el recurso extraordinario interpuestos y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo conforme a derecho. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase. ANTONIO BOGGIANO.

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS

MAQUEDA

Considerando:

1º) Que la Sala A de la Cámara Federal de Rosario, no hizo lugar a la nulidad esgrimida por el fiscal, contra la decisión del juez de primera instancia de elevar los autos en consulta, en los términos del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, para que ese tribunal decidiera si a pesar de la opinión contraria del Ministerio Público, existía mérito suficiente para instruir a otro fiscal a elevar la causa a juicio (fs. 6/8 vta.).

Dicho pronunciamiento motivó un recurso de casación que fue declarado inadmisibile por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal (fs. 21/24 vta.).

2º) Que para así decidir la cámara sostuvo que no obstante que el art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación establece una excepción al principio acusatorio, en tanto autoriza al juez de instrucción a requerir la intervención de la cámara de apelaciones si no estuviese de acuerdo con el sobreseimiento instado por el agente fiscal, no se opone a la garantía implícita del debido proceso, ni a la independencia funcional y orgánica del Ministerio Público (art. 120 de la Constitución Nacional). Ello por cuanto el sumario es un procedimiento breve de recolección de pruebas con un restringido control de las partes, y que, en todo caso, debe estarse a la prueba que en definitiva surja del debate, que es el juicio contradictorio en sentido estricto. Y que, por lo tanto, los actos cumplidos durante dicha instrucción preparatoria del juicio no pueden dar base a la sentencia sino a una acusación o, en su caso, al sobreseimiento, razón ésta que, sumada a la imposibilidad de apertura del proceso en forma oficiosa, convierten al recordado art. 348 sólo en la herramienta puesta en manos de los jueces para asegurar la vigencia del principio de oficialidad en la persecución penal que consagra nuestra legislación. Agrega que la

función asignada por el art. 120 de la Carta Magna al Ministerio Público en sentido de "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad" no debe ser ejercida por los fiscales con carácter excluyente sino en coordinación con las demás autoridades de la república, entre las cuales se encuentra sin duda, tanto el juez de instrucción como la cámara de apelaciones. También señala que a partir de la reforma lo que se buscó fue la independencia del ministerio público respecto del Poder Ejecutivo.

Contra dicho pronunciamiento el Fiscal interpuso apelación federal (fs. 25/32), cuya denegación dio origen la presente queja.

3º) Que, en el recurso extraordinario ante esta Corte el Fiscal General sostuvo que la decisión del a quo incurrió en un arbitrario rigorismo formal al examinar los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario y que la decisión impugnada carece de motivación ya que no esgrime las razones fácticas ni fundamentación normativa alguna para sostener la constitucionalidad del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, sino que realiza una mera afirmación dogmática.

Señala que el art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación es inconstitucional por cuanto permite que el tribunal encargado de dirimir el pleito se involucre con la función requirente, la cual se encuentra en cabeza del Ministerio Público Fiscal, y que a través de ese mecanismo se pierde toda posibilidad de garantizarle al imputado un proceso donde sea juzgado por un órgano imparcial totalmente ajeno a la imputación, violándose de esta manera la garantía de imparcialidad y de la defensa en juicio, y desconociendo la autonomía funcional que no sólo surge del art. 120, sino, de su ley reglamentaria 24.946, que establece que el Ministerio Público no puede estar condicionado por indicaciones, instrucciones ni

directivas de otros organismos.

4º) Que el recurso extraordinario resulta formalmente procedente, por cuanto se encuentra en tela de juicio la compatibilidad de las facultades de la cámara de apelaciones de instruir al Ministerio Público a disponer el requerimiento de elevación a juicio previsto en el art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, con la independencia funcional de dicho organismo en virtud del art. 120 de la Constitución Nacional.

5º) Que el art. 120 de la Constitución Nacional expresa que: "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función 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. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones".

6º) Que el miembro informante por el dictamen de la mayoría en la convención constituyente al tratar las razones para incorporar a la Constitución Nacional el artículo antes transcrito, luego de realizar un análisis histórico del Ministerio Público Fiscal, recordó cuatro maneras de comprender la posición que le corresponde a este órgano "...la primera la ubica en el judicial, la segunda en la órbita del poder ejecutivo, la tercera emplea el criterio de pertenencia institucional al Poder Legislativo, y la última es la que postula la necesidad de articularlo como órgano extrapoder".

Luego de ello señaló que a través de una fórmula sencilla se daba "...cauce a la constitucionalización de un órgano

con carácter independiente de los poderes Ejecutivo y Judicial, y que su incorporación buscaba de manera terminante [acabar con] la controvertida cuestión de la ubicación institucional del Ministerio". Agregó que con la fórmula del 120 "...se quiere expresar que [el Ministerio Público] no tiene que estar sometido al Poder Ejecutivo pero tampoco al Poder Judicial, ya que tiene que actuar con independencia de los dos". También se puso de relieve que la reforma se debió también a que "...la ley y los códigos procesales no han bastado porque siempre se han originado diferencias y distintas situaciones por esta servidumbre de dos mundos que ha padecido el Ministerio Público. Era menester zanjar entonces el problema con una norma en el más alto nivel, a fin de dar por terminada la ardua discusión...". Así pues la "independencia es el primero de los dotes que se ha querido asignar a este instituto ¿por qué? Porque sólo será asegurada la defensa del justiciable si el órgano acusador está desvinculado de los poderes ejecutivo y judicial. Además, esta posibilidad de asegurar la defensa del justiciable con el más adecuado servicio de justicia tiene que obedecer a otro principio rector, que es que el funcionario debe tener las garantías necesarias que aseguren su imparcialidad...Pues bien ¿Cuáles van a ser las funciones que va a tener el Ministerio Público? En primer lugar, como lo dice el dictamen en consideración, se debe promover la actuación de la justicia...Además, debe defender la legalidad y...los intereses generales de la sociedad". Así los constituyentes consideraron que mejor se sirve a la administración de justicia con un Ministerio Público fuera de ella.

También se señaló que la ley "pondrá los matices y deberá hacerlo con imaginación y creatividad para que sin la nostalgia de la pertenencia anterior los fiscales...tengan un marco apto para crear nuevos caminos que permitan que haya más y mejor justicia para los argentinos. La reforma abre y promueve

esos caminos" (34 Reunión - 3a Sesión Ordinaria (Continuación) del 19 de agosto de 1994).

7º) Que corresponde ahora analizar a la luz de tal interpretación histórica del art. 120 de la Constitución Nacional, si realmente existe una contradicción entre aquél y el art. 348 del Código Procesal Penal vinculado íntimamente con la materia.

8º) Que el art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, —en lo que aquí interesa— señala que "...El juez dictará sobreseimiento si estuviere de acuerdo con el requerido. De lo contrario, sea que no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal, o sea que sólo el querellante estimara que debe elevar la causa a juicio, dará intervención por seis (6) días a la Cámara de Apelaciones. **Si ésta entiende que corresponde elevar la causa a juicio, apartará al fiscal interviniente e instruirá en tal sentido al fiscal que designe el fiscal de cámara o al que le siga en orden de turno**" [la negrilla y subrayado no es original].

En otras palabras, una vez elevada la causa si la cámara considera, en oposición al criterio del fiscal, que corresponde elevar la causa, aquél, conforme lo prevé la norma, será sustituido por un nuevo agente que estará obligado a cumplir con las instrucciones para requerir que al respecto le imparte el tribunal, el fiscal sustituto a lo sumo podrá dejar a salvo, si así le interesa, su criterio personal.

9º) Que este mecanismo jurídico previsto en el art. 348 implica la consagración de facultades judiciales con clara injerencia en las funciones del Ministerio Público Fiscal, incompatible con el fin que tuvo el constituyente al sancionar el art.120, que fue el de elevar al Ministerio Público como un órgano extrapoder con clara independencia orgánica y funcional respecto tanto de la rama judicial como la ejecutiva.

En cuanto a la especificación del art. 120 al expresar en "*coordinación con las demás autoridades*" esa coordinación jamás podría suponer recibir instrucciones que deban ser sumisamente acatadas. Ello en realidad apunta a la relación con el Poder Ejecutivo respecto de la política criminal del Estado cuyos intereses representa, y también con el propio Poder Legislativo, en lo que hace al impulso y sanción de normas penales.

10) Que más allá de la incompatibilidad del art. 348 con una interpretación gramatical e histórica del art. 120 de la Carta Magna, una interpretación sistemática de la Constitución también conduce a las mismas conclusiones.

En efecto, la estricta separación de las funciones de acusar y juzgar responde a la exigencia estructural de un proceso justo, con reales y eficaces posibilidades de defensa y jueces lo más desvinculados posibles de los intereses en juego, para que puedan juzgar con un grado aceptable de imparcialidad.

Por ello la separación de las funciones de perseguir y juzgar además de ser el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, está íntimamente ligado el principio de imparcialidad, y por ello es un presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Supone la configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales están como partes en la causa, con funciones de postulación: acusador y defensor, y el tercero, ubicado por encima de aquellos, con la tarea de juzgar: juez y tribunal. "Si una falta o no está suficientemente desarrollada, el equilibrio se pierde y la justicia cae" (Clariá Olmedo, Jorge "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Edit. Ediar, pág. 24).

Este esquema no admite un monólogo del juez con la prueba para buscar la verdad, sino que requiere el enfrentamiento

de las partes, expresado en afirmaciones y refutaciones, pruebas y contrapruebas, argumentos y contra-argumentos, ambos ante un tercero que decide imparcialmente.

11) Que la relación entre la separación de las funciones —de persecución y jurisdiccional— con el principio de imparcialidad fue advertida por Jofré en la nota del art. 212 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires —que entró en vigencia en 1906— al señalar que la "...imparcialidad que debe tener todo magistrado es inconciliable con las funciones de la acusación, funciones que en rigor vienen a desempeñar los jueces, cuando, a pesar de las opiniones del Ministerio Fiscal, o querellante particular, mandan llevar adelante los procedimientos y pasan la causa a estado de plenario" (Código de Procedimiento Penal, art. 212, pág. 156/ 157, año 1915; ed. de 1965, anotada por Pío S. Jofré).

Así, Jofré hizo suyas las consideraciones de Manuel Obarrio en la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento de la ley 2372 en cuanto a que "...entrar al plenario sin acusador, sería lo mismo que abrir la tramitación de un juicio ordinario civil, sin existir demandante.[y que] sólo alterando radicalmente el orden natural de los juicios puede sancionarse...un hecho que importa una positiva irregularidad en la marcha de los procedimientos. Por lo demás, la imparcialidad es una de las condiciones de que debe estar el juez siempre revestido, y esa imparcialidad es inconciliable con las funciones de acusación" (Nota Explicativa del Autor del Proyecto del Código de Procedimientos en Materia Penal, del 15 de julio de 1882).

12) Que, a nivel internacional, las denominadas reglas de Mallorca señalan que "las funciones investigadoras y de persecución estarán estrictamente separada de la función juzgadora" (Comisión de Expertos, ONU 1990 y 1991). En sentido coincidente las Directrices Sobre la Función de los Fiscales dadas

por las Naciones Unidas expresan que "el cargo de fiscal estará estrictamente separado de las funciones judiciales" (art. 10) (Directrices Sobre la Función de los Fiscales, aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana- Cuba del 27/8 al 7/9/90).

13) Que, por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al establecer el alcance del derecho a ser oído por un tribunal imparcial (art. 6.1), tiene elaborado un estándar objetivo y otro subjetivo, este último vinculado al estado anímico de la persona que juzga. Por su parte el "objetivo" alude a la imparcialidad orgánica y al principio que señala que la justicia no sólo tiene que ser imparcial sino parecerlo, único modo de cimentar la confianza de la sociedad en ella. Así ha considerado que resulta contrario a ese estándar objetivo de imparcialidad un juez que haya estado involucrado anteriormente con funciones de persecución respecto del mismo caso (*Piersack V. Bélgica, TEDH 1/10/82. A 53*), o cuando el juez o tribunal ejerce simultáneamente funciones jurisdiccionales y persecutorias (*Kristinson v. Islandia, TEDH 1.03.90, A 177-B* y *Kyprianou v. Chipre, TEDH 27.01. 2004*), o cuando el fiscal es el que ejerce, además de las persecutorias, funciones jurisdiccionales (*Huber v. Suiza, TEDH 23.10.90, A.188*) o cuando el tribunal que juzga ejerce también funciones de instrucción (*Cubber v. Bélgica, TEDH 14.9.87, A 124-B*).

14) Que, por su parte, en lo que aquí interesa, nuestra Constitución Nacional aún antes de la reforma de 1994, estableció principios al respecto. En efecto, la separación entre las funciones jurisdiccional y requirente también se encuentra ínsita respecto de otras instituciones que ella estatuye. Así al regular el juicio político el constituyente separó claramente el órgano que tenía la función de acusar (Cámara de Diputados, antiguo art. 45, Constitución

Nacional), y de juzgar (Senado, art. 59, Constitución Nacional), separación que hoy es más clara al establecer el nuevo art. 114 de la Constitución Nacional como atribución del Consejo de la Magistratura la decidir el procedimiento de remoción de magistrados y, en su caso, ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente, mientras que el art. 115 de la Constitución Nacional se dispone que los jueces de los tribunales inferiores de la Nación pueden ser removidos por un jurado de enjuiciamiento.

Finalmente la elección del sistema de juicio por jurados (art. 118) también implica la división de las funciones requirentes y jurisdiccional, dejando la primera de ellas en manos del Ministerio Público Fiscal y la de juzgar en las del jurado (art. 120).

15) Que pese ello, paradójicamente en nuestro país al sancionarse los códigos procesales, se siguió fundamentalmente la ley de enjuiciamiento criminal española, de carácter claramente inquisitivo, así lo hizo el denominado "Código Obarrio" para la justicia nacional del año 1888, el que luego fue seguido por las legislaciones provinciales. Así muchas normas locales operativas del debido proceso se apartaron de nuestra Constitución Nacional que se inspiró en el modelo norteamericano, que en esta materia es adversarial y acusatorio.

16) Que tales directrices constitucionales deben tener incidencia a la hora de establecer la intervención necesaria del Ministerio Público Fiscal en determinados actos del proceso penal y limitar el ejercicio del poder penal en cabeza de los órganos jurisdiccionales respecto a otros. En esta labor la jurisprudencia de esta Corte ha sido determinante.

Así en el precedente "Tarifeño" la Corte recordó que "...En materia criminal, la garantía consagrada por el art.18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y

sentencia dictada por los jueces naturales. Dichas formas no son respetadas si se dicta sentencia condenatoria sin que medie acusación" (Fallos: 325:2019). Esa doctrina fue reiterada luego en "García" (Fallos: 317:2043) y "Cattonar" (Fallos: 318:1234).

Pero en aquel caso el Tribunal no aclaró qué debía entenderse por acusación fiscal (Fallos: 325:2019), esto lo hizo en ACáseres@ al señalar que la verdadera acusación era el alegato del fiscal (art. 393 del C.P.P.N.) y no el requerimiento de elevación (art. 348) (Fallos: 320:1891); posteriormente en "Marcilese" (Fallos: 325:2005) consideró que la acusación era el requerimiento de elevación (art. 348), de modo que durante el juicio aun cuando el fiscal solicitara la absolución el juez igualmente podía arribar a una condena; recientemente en la causa "Mostaccio", el Tribunal ha vuelto a los principios sentados en "Cáseres" en cuanto a que si en el alegato el fiscal pide la absolución el tribunal de juicio no puede arribar a una condena (*in re*: M.528.XXXV. sentencia del 17 de febrero del 2004).

De modo que el adagio latino *nullum iudicium sine accusatione*, se identifica no sólo con la exigencia de la previa acusación como requisito para tramitar un proceso, sino que este surge del alegato y constituye un presupuesto ineludible para emitir fallo condenatorio.

La doctrina jurisprudencial que surge de "Mostaccio" implica en la práctica una separación sin eufemismos entre las funciones del Ministerio fiscal y las jurisdiccionales, y a mi modo de ver -que he suscripto este precedente- una mayor compatibilidad con los antecedentes constitucionales y la letra del artículo 120 de la Carta Magna, que consagran al Ministerio Público Fiscal como el titular de la acción penal.

17) Que en esta labor de establecer límites infranqueables entre las funciones que despliegan los sujetos del

juicio, para garantizar un juicio justo, se encuentra lo resuelto en el caso "Alvarez" (considerando 11 del voto de los jueces Vázquez y Maqueda en Fallos: 326:3842).

Allí se pidió el apartamiento del juez correccional con sustento en que quién instruye no debe juzgar, en disidencia, hice lugar a la declaración de inconstitucional de los arts. 88 de la ley 24.121 y 27 del Código Procesal de la Nación, con sustento entre otras razones -con cita de Luigi Ferrajoli- en que la "separación del juez de la acusación...primera garantía orgánica, supone la configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales están como partes en la causa, y el tercer super partes: el acusador, el defensor y el juez...Y es indispensable para que se garantice la afinidad del juez a los dos intereses contrapuestos -el de la tutela frente a los delitos, representada por la acusación, y el de la tutela frente a los castigos arbitrarios, representados por la defensa- que además corresponden a los dos fines perfectamente compatibles en abstracto pero siempre conflictivos en concreto...".

También allí señalé que "...para garantizar la imparcialidad del juez es preciso que éste no tenga en la causa ni siquiera un interés público o institucional. En particular, es necesario que no tenga un interés acusatorio, y que por esto no ejercite simultáneamente las funciones de acusación, como, por el contrario, ocurre en el proceso inquisitivo y, aunque sea de manera ambigua, también en el mixto. Sólo así puede el proceso conservar un carácter 'cognoscitivo' o, como dice Beccaria 'informativo' y no degenerar en 'proceso ofensivo' donde el juez se hace enemigo del reo".

18) Que como corolario de lo expuesto hasta aquí podemos afirmar que restaurar las potestades del Ministerio Fiscal no sólo implica darle un sentido cabal a la decisión de los

constituyentes de enarbolarlo como un órgano extrapoder, sino que al sacarlas de las manos de los jueces ello trae aparejado poner al magistrado en un sitio imparcial.

19) Que obviamente que el hecho de que los fiscales tengan más poder sobre la suerte de la acción penal implica temor por la utilización discrecional de la misma, pues cuando deciden no requerir, significa que mediante el sobreseimiento se beneficiará al sospechoso con la cosa juzgada y la cláusula del *non bis in idem* en relación a la hipótesis delictiva investigada.

Pero dicha discreción es relativa pues se encuentra acotada por diversas razones que se analizarán en las consideraciones siguientes.

20) Que, en este sentido, cabe señalar que la figura del Ministerio Público Fiscal no tiene hoy en día las mismas características que antes. En efecto, como lo recuerda Michel Foucault "Este curioso personaje que surge en Europa hacia el Siglo XII se presentaba como representante del soberano, del rey o del señor. Cada vez que hay un crimen, delito o pleito entre los individuos, el procurador se hace presente en su condición de representante de un poder lesionado por el sólo hecho de que ha habido un delito o crimen. El procurador doblará a la víctima pues estará detrás de aquél que debería haber planteado la queja, diciendo: 'Si es verdad que este hombre lesionó a este otro, yo, representante del soberano, puedo afirmar que el soberano, su poder, el orden que él dispensa, la ley que el estableció, fueron igualmente lesionados por este individuo. Así, yo también me coloco contra él'. De esta manera, el soberano, el poder político, vienen a doblar y, paulatinamente, a sustituir a la víctima. Ese fenómeno, que es absolutamente nuevo, permitirá que el poder político se apodere de los procedimientos judiciales" (Michel Foucault "La Verdad y las Formas Jurídicas", México, ed. Gedisa, 2003, págs.

79/82).

21) Que esa concepción del Ministerio Fiscal ha ido perdiendo vigencia, a instancia de los tratados internacionales que se reflejaron en la jurisprudencia.

Así en antiguos precedentes la Corte negaba que el ofendido por el delito de acción pública tuviese derecho a procurar la investigación y castigo del autor del delito, al considerar que esa intención no constituía "un derecho de propiedad en el sentido de la ley civil" sino una mera concesión legal -de la ley procesal- susceptible de suprimirse en todo tiempo (Fallos: 243:5), consecuentemente lo "atinente a la obtención de una condena criminal no es susceptible de amparo en beneficio de los particulares y con fundamento en los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional" (Fallos: 252:193).

Ello cambió en el caso "Santillán" donde el Tribunal expresó que el derecho "a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna...consiste en la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derecho de los litigantes...derecho que tiene un alcance coincidente con el que reconocen los arts. 8º, párr. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

Sobre la base de ello el Tribunal consideró que la absolución dispuesta por el tribunal a pedido del fiscal sin atender al lo solicitado por el querellante implicó un "serio menoscabo de los derechos asegurados por la Constitución Nacional, pues 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, ha dejado a aquél derecho vacuo de contenido" (Fallos: 321: 2021).

22) Que de este modo el Tribunal ratificó y amplió la exigencia constitucional de que no puede haber condena sin acusación, sin que quepa hacer distingo respecto del carácter público o privado de quien la formula. En consecuencia, el requerimiento de condena del querellante en delitos de acción pública, es idóneo por sí solo para satisfacer las formas sustanciales del juicio penal y habilitar al tribunal a dictar sentencia condenatoria, aún frente al pedido de absolución del Ministerio Público Fiscal.

23) Que así la Corte incorpora los principios sentados por la Comisión Interamericana al interpretar el art. 25 del Pacto en cuanto a que "el derecho a la tutela judicial efectiva" implica que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de "garantizar el derecho a la justicia de las víctimas..." entendiendo a la persecución penal como un corolario necesario del derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en que se establezca la existencia

o no de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y se les impongan las sanciones pertinentes (Bulacio; CIDH Informe n° 34/96, casos 11.228, Informe n° 5/96, caso 10.970).

Así se debilita el carácter inquisitivo del proceso donde el Estado aparece en la doble función de persecución y juzgamiento, representado en las figuras del fiscal y el juez.

En síntesis ya no basta contraponer el interés legítimo estatal con el de la persona que soporta la restricción sino que debe ponderarse los derechos de las víctimas de los actos cuestionados motivos de la persecución penal (considerando 16 del voto del juez Maqueda Fallos: 326:2805 "Videla, Jorge Rafael").

24) Que por estas razones, en principio no sería objetable desde un punto de vista de la imparcialidad que el querellante sea el que reclame ante el tribunal su derecho de elevar la causa a juicio, para ejercitar el derecho a ser oído en juicio oral y público, que es el verdadero "juicio".

25) Que otro instrumento que disuade para que el fiscal no actúe arbitrariamente es que el Ministerio público cuenta con mecanismos internos para que la decisión sobre elevar o no la causa a juicio no sea producto un acto arbitrario del fiscal, así a nivel nacional el art. 67 del Código Procesal permite al fiscal del tribunal de juicio llamar al agente fiscal que haya intervenido en la instrucción , cuando "estuviere en desacuerdo fundamental con el requerimiento fiscal...para que mantenga oralmente la acusación" (previsto también en el art. 58 del código de rito de la Provincia de Córdoba). En este conflicto también toma conocimiento el Procurador General (Resolución M.P. 42/94).

Por otra parte, cabe tener presente que hay determinados principios que caracterizan al ministerio público fiscal, como su coherencia y unidad, que entre otras formas -además del señalado anteriormente- se plasma en instrucción de tipo general que imparte el Procurador General y que delimitan sobre decisiones arbitrarias para disponer el requerimiento (Resoluciones MP 56/93; 62/95; 80/95; 82/96).

En definitiva, se trata de una organización jerarquizada con una unidad de fines principales, cuya consecución está a cargo de funcionarios distintos en las diversas fases del proceso, para asegurar la eficacia y el éxito en la actividad requirente.

26) Que otro principio que también desalienta la arbitrariedad del fiscal es el de "legalidad". En efecto si bien la Constitución Nacional no contiene norma alguna que imponga el

principio de legalidad en la promoción de la acción penal, ni lo impone el nuevo art. 120, lo cierto es que el sistema procesal nacional encuentra su piedra angular en dicho principio de legalidad o indiscrecionalidad, antítesis del de oportunidad o discrecionalidad persecutoria. Así el art. 71 del Código Penal dispone que "deberán iniciarse de oficio todas" las acciones penales. Al establecer el imperativo "deberán", implica el principio de legalidad como regla.

Vélez Mariconde defendía este principio al sostener que el Ministerio Público Fiscal debe ajustar su actuación con criterio de objetividad y legalidad y que por ello "...carecen de toda facultad discrecional para juzgar sobre la oportunidad o conveniencia de promover o perseguir la acción penal, son esclavos de la ley, en el sentido de que tienen el deber de provocar y solicitar la actuación correcta de aquella puesto que lo contrario, implicaría atribuirles un poder dispositivo de indulto o perdón..." (Derecho Procesal Penal t. II, 180/181, Ed. Lerner, Córdoba, 1986).

27) Que es sabido que en "un sistema de frenos y contrapesos las instituciones políticas se limitan entre sí, no sólo en el sentido débil de que cada una está circunscripta a su esfera de poder, sino en el sentido fuerte de que aun dentro de sus esferas no son omnipotentes" (Jon Elster, Régimen de mayorías y derechos individuales en De lo derechos humanos. Las Conferencias Oxford Amnesty de 1993, Madrid, ed. Trotta, 1998, pág. 183).

Claría Olmedo, en lo que aquí interesa, propone dicho control del siguiente modo: "el juez de instrucción -ante el desacuerdo- debía remitir la causa a un fiscal de mayor jerarquía (generalmente de Cámara de Apelaciones o de juicio) a fin de que dictamine por escrito y en forma específica si debe sobreseerse, vale decir si corresponde elevar el proceso a juicio plenario o sobreseer definitivamente" (Derecho Procesal Penal, t. VI, pág. 127).

Esa forma de control, absolutamente compatible con el art. 120 de la Constitución Nacional, es coincidente con el establecido en muchos códigos procesales provinciales. Así cuando el fiscal se expide a favor del sobreseimiento, para que el juez lo dicte a favor del imputado, es necesario la opinión coincidente de dos fiscales, lo que obliga al juez (Córdoba art. 359; Catamarca art. 345; Chubut art. 306; Corrientes art. 363; Entre Ríos art. 357; Chaco art. 336; Buenos Aires art. 326, etc.).

Recientemente la Procuración General de la Nación envió un proyecto para modificar el sistema previsto en el art. 348, para que ante la disconformidad del juez respecto de la decisión del fiscal de no instruir, en vez de elevar en consulta a la cámara, lo haga al fiscal general, o sea a un funcionario jerárquicamente superior pero propio del Ministerio Público.

Lo cierto es que esas son todas cuestiones de política criminal ajenas a las labores de la rama judicial.

28) Que otro modo de disuadir irregularidades y saber si el fiscal actúa legítimamente es por medio de su deber de fundar sus dictámenes. El art. 69 de la ley 23.984 señala que "Los representantes del ministerio público fiscal formularán, motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones, nunca podrán remitirse a las decisiones del juez, procederán oralmente en los debates y por escrito en los demás casos".

Cabe tener presente que el deber de fundar implica, según el caso, la valoración de la prueba, la explicación de cómo se llegó a determinado juicio de valor y la razón de la aplicación de determinada norma del plexo penal.

29) Que la necesidad de fundamentación de los requerimientos del Ministerio Público encuentra sustento constitucional en el derecho de defensa en juicio y también en la

forma republicana de gobierno. En cuanto al primero, pues quién se encuentra sometido a un proceso penal ve diezmada su capacidad anímica, afectada su serenidad y confianza de modo que es necesario que fundadamente se defina su posición frente a la ley y la sociedad (doctrina de "Mattei" Fallos: 272:188), en cuanto al principio republicano, para que quede documentado las razones que tuvieron los fiscales al formular sus requerimientos (doctrina de Fallos: 302:964).

30) Que cabe tener en cuenta que a pesar de que el Ministerio Público Fiscal es una de las "partes" en la relación "triangular" en la estructura de nuestro sistema criminal, sus integrantes tienen el deber de actuar con objetividad, ello implica que deben procurar la verdad y ajustarse a las pruebas legítimas en sus requerimientos o conclusiones, ya sean contrarias o favorables al imputado.

31) Que, incluso, se considera que la lealtad del fiscal al sistema es tal, que debe también actuar con imparcialidad.

Las Directrices Sobre la Función de los Fiscales dadas por las Naciones Unidas señalan que ellos "...deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud..." (12); y que para ello "el cargo de fiscal estará estrictamente separado de las funciones judiciales" (10) y que "...No iniciarán ni continuarán un procedimiento, o bien, harán todo lo posible para interrumpirlo, cuando una investigación imparcial demuestre que la acusación es infundada..." (14); "...los fiscales prestarán la debida atención al enjuiciamiento de los funcionarios públicos que hayan cometido delitos, especialmente en los casos de corrupción, abuso de poder, violaciones graves de derechos humanos..." (15). "...En los países donde los fiscales estén investidos de facultades discrecionales, la ley, las normas o los reglamentos publicados proporcionarán directrices para promover la equidad y coherencia de los criterios

que se adopten al tomar decisiones en el proceso de acusación..." (17) (Directrices Sobre la Función de los Fiscales, aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana-Cuba del 27/8 al 7/9/90).

32) Que, por su parte, la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso "Berger v. United States" ha sostenido que el fiscal debe actuar tanto con imparcialidad como con firmeza, y que ello en materia criminal implica que en la persecución criminal no siempre el fiscal debe ganar el caso, sino lograr que la justicia sea establecida; y que el fiscal como servidor de la ley tiene una doble función que es que el culpable no escape y que el inocente no sufra (295 U.S. 78, 1935. Dicha jurisprudencia se ha repetido en "Banks v. Dretke, Director, Texas Department of Criminal Justice Correccional Institutions Division", pronunciamiento del 24/2/2004; Srickler v. Greene, Warden, sentencia del 17 de junio de 1999). También se ha dicho que el fiscal al representar a toda la comunidad, incluye tanto a las víctimas, si las hay, como al imputado, por consiguiente tiene la obligación de actuar imparcialmente (ver: a Katherine Golwasser en "Limiting a Criminal Defendant's Use of Peremptory Challenges: On Symmetry and The Jury in a Criminal Trial", en 102 Harvard Law Review, 808, pág. 831).

33) Que, más allá de todas aquellas razones para aventar dudas sobre la actuación funcional autónoma de Ministerio Público Fiscal, cabe poner de relieve que dentro del sistema republicano de gobierno ningún funcionario del Estado es dueño o árbitro de los intereses que le son confiados, todos son mandatarios del pueblo, que les señala su cometido a través de las leyes a las que deben sujetar su actuación. Si no lo hacen, son pasibles de un juicio de responsabilidad, como todo mandatario que no cumple en

forma con su contenido. Pero de esto no se sigue que, puestos a ejercer su función específica, no gocen de todas las atribuciones que son propias de su misión ni que carezcan de poder de decisión en los asuntos que les competen, en primer lugar, porque la ley se los ha encomendado a ellos en especial, en segundo lugar, porque la designación de todo funcionario implica un acto de confianza hacia su capacidad de custodio de los intereses que le son legalmente confiados y no hay por qué presumir de antemano que sus decisiones no sean correctas (Dictamen del Procurador General en Fallos: 234:270).

34) Que en lo referente a las consideraciones que realiza el *a quo* en cuanto a que en la fase de instrucción la actividad de las partes es limitada, de modo que el verdadero contradictorio es el plenario. Cabe señalar que no son aceptables tales afirmaciones tendientes a minimizar el procedimiento previsto en el art. 348. En efecto, en el ordenamiento procesal nacional se puede hablar que el Ministerio Público tiene una pretensión evolutiva integrada desde el requerimiento de instrucción (art. 188) el requerimiento de elevación a juicio (art. 348) y los alegatos en el plenario (art. 393). Así el requerimiento de instrucción y la pretensión de elevación a juicio se dirige sin solución de continuidad a la acusación completa y definitiva, condición *sine qua non* para que los jueces dicten condenas.

35) Que, tampoco son aceptables aquellas consideraciones concernientes a que la intervención de la cámara prevista en el art. 348, no afecta la estructura imparcial del juicio, con sustento en que ella no llevará a cabo el juicio ni revisará la sentencia posterior. Dichas conclusiones omiten que la Cámara de Apelaciones que debe resolver el diferendo entre el fiscal y querellante y juez, es el mismo tribunal que tuvo intervención en decisiones anteriores, por ejemplo revocando el sobreseimiento o

falta de mérito y en definitiva definiendo si en el caso se cumplimentaban o no los presupuestos procesales para la elevación de la causa a juicio, emitiendo opinión y comprometiéndose con una hipótesis imputativa.

36) Que, a mayor abundamiento, cabe advertir que más allá de las objeciones hasta aquí expuestas, el sistema de consulta previsto en el art. 348 también es objetable en otro aspecto, por cuanto ante la impugnación del juez de primera instancia del sobreseimiento pedido por el fiscal y el querellante, el imputado no tiene derecho a ser escuchado, resolviéndose la cuestión inaudita parte (art. 349).

37) Que en cuanto a si la ley 24.946, sancionada el 11 de marzo de 1998, que impide que el Ministerio Público reciba "instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura", que es una norma posterior al régimen de consulta que establece el Código Procesal Penal ley 23.984 -sancionado el 5 de septiembre de 1992- habría derogado implícitamente esta última, la respuesta resulta negativa por cuanto el art. 76 de la ley 24.946, ha sido prolijo en cuando a las disposiciones que derogó, y entre las cuales omitió toda referencia al art. 348 del CPPN, a pesar de la relevancia institucional de este artículo.

38) Que finalmente cabe recordar que es jurisprudencia inveterada de esta Corte que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, por ello, debe ser considerada como última ratio del orden jurídico, y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 322:842; 312:122 y 311:394, entre otros). Esta última excepción se da en el presente caso por cuanto sometido el caso a una interpretación gramatical e histórica del art.

120 de la Constitución Nacional, así como a una interpretación sistemática del los principios constitucionales que rigen el juicio en materia criminal, en dicho diseño el art. 348 del Código Procesal no tiene cabida.

39) Que en tales condiciones, la necesidad de asegurar la independencia del Ministerio Público Fiscal consagrada en el art. 120 de la Constitución Nacional impone declarar la inconstitucionalidad del art. 348, segundo párrafo, primera alternativa, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto autoriza a la cámara de apelaciones, en los casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido del sobreseimiento del fiscal, a apartarlo e instruir al que designe el fiscal de cámara a fin de producir la elevación a juicio.

Por ello, oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase los autos al tribunal de origen, para que por quien corresponda se dicte uno nuevo conforme a derecho.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAUL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que al expedirse en el sub lite sobre el mérito de la instrucción en la oportunidad prevista por el art. 346, Código Procesal Penal de la Nación, el agente fiscal se pronunció por el

sobreseimiento del imputado. El juez federal discrepó con el criterio del Ministerio Público y elevó los autos en consulta a la cámara de apelaciones, de acuerdo con el procedimiento previsto por el art. 348, Código Procesal Penal de la Nación.

2º) Que el planteo de nulidad del auto de elevación en consulta formulado por el agente fiscal fue rechazado por la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario. El recurso de casación interpuesto contra dicha decisión fue declarado inadmisibile por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal y ello dio origen al recurso extraordinario, cuya denegación motiva esta queja.

3º) Que el *a quo* sostuvo que el rechazo de la nulidad del auto de elevación en consulta no constituía sentencia definitiva ni era equiparable a tal en los términos del art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación y que, por lo demás, el recurrente no había tomado en consideración los precedentes de esa Sala en los que había resuelto la constitucionalidad de la norma cuestionada. A este respecto, en la decisión apelada se afirma que el art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación establece "una excepción al principio acusatorio (a la vez que [es] una muestra del procedimiento mixto instaurado), en tanto autoriza al juez de instrucción a requerir la intervención de la cámara de apelaciones si no estuviese de acuerdo con el sobreseimiento instado por el agente fiscal, no se opone a la garantía implícita del debido proceso (art. 33 de la Constitución Nacional) ni a la independencia funcional y orgánica del Ministerio Público (art. 120, Constitución Nacional), que asegura a los habitantes de la Nación un juicio previo en el que las funciones de acusar y juzgar se encuentren manos de órganos diferentes. Ello es así tan pronto se advierta que el sumario es un procedimiento breve de recolección de pruebas con un restringido control de partes, y que, en todo caso, debe estarse a la prueba que

en definitiva surja del debate, que es el juicio contradictorio en sentido estricto. Y que, por lo tanto, los actos cumplidos durante dicha instrucción preparatoria del juicio no pueden dar base a la sentencia sino a una acusación o, en su caso, al sobreseimiento, razón esta que, sumada a la imposibilidad de apertura del proceso de forma oficiosa, convierte al recordado art. 348 sólo en *la herramienta puesta en manos de los jueces para asegurar la vigencia del principio de oficialidad* en la persecución penal que consagra nuestra legislación" (sin destacar en el original). Con respecto al art. 120, Constitución Nacional, el *a quo* sostuvo que "la única conclusión válida que con referencia al tema analizado cabe extraer del art. 120 de la Constitución Nacional reside en el hecho de que a partir de la promulgación de las reformas introducidas...los miembros del ministerio público se desprendieron de la dependencia del Poder Ejecutivo Nacional...".

4º) Que, por su parte, en el recurso extraordinario ante esta Corte el fiscal general sostuvo que la decisión de la cámara de casación incurrió en un arbitrario rigorismo formal al examinar los requisitos de admisibilidad del recurso y en una errónea interpretación del art. 120, Constitución Nacional y de la ley 24.946. Según el apelante, la regla establecida en el art. 348, Código Procesal Penal de la Nación, configura una violación al principio *ne procedat iudex ex officio*. Al permitir —afirma— que el tribunal encargado de dirimir el pleito se entrometa en la función requirente, que se encuentra en cabeza del Ministerio Público, se llega a la pérdida de toda posibilidad de garantizarle al imputado un proceso donde sea juzgado por un órgano imparcial que se encuentre totalmente ajeno a la imputación, y de este modo, se viola la garantía de imparcialidad y defensa en juicio. Asimismo, la utilización del procedimiento de "consulta" desconoce la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal, como titular de la acción

penal pública, cuyos alcances fueron precisados por el legislador al sancionar la ley 24.946, que veda toda posibilidad de que su accionar sea condicionado por indicaciones, instrucciones o directivas de otros organismos, prohibición que incluye al Poder Judicial.

5º) Que el recurso extraordinario resulta formalmente procedente, pues se encuentra en cuestión la compatibilidad de la facultad de las Cámaras Nacionales de Apelaciones de obligar al Ministerio Público a producir el requerimiento de elevación a juicio (art. 348, Código Procesal Penal de la Nación), con la independencia funcional de que goza dicho organismo en virtud del art. 120 de la Constitución Nacional y del art. 1 de la ley 24.946, y la decisión apelada causa agravio de imposible reparación ulterior.

6º) Que el art. 348, 2º párr. del Código Procesal Penal de la Nación establece: "...El juez dictará el sobreseimiento si estuviera de acuerdo con el requerido. De lo contrario, sea que no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal o sea que sólo el querellante estimara que debe elevar la causa a juicio, dará intervención por seis (6) días a la Cámara de Apelaciones. Si esta entiende que corresponde elevar la causa a juicio, apartará al fiscal interviniente e instruirá en tal sentido al fiscal que designe el fiscal de cámara o al que siga en orden de turno". A su vez, el art. 120 de la Constitución Nacional consagra al Ministerio Público como "órgano independiente con autonomía funcional". Por su parte, el art. 1º de la ley 24.946 señala que sus funciones serán ejercidas "en coordinación con las demás autoridades de la República" (cc. art. 120 Constitución Nacional) pero "sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura (conf. art. 1, 2º parr. ley cit.).

7º) Que, de acuerdo con la interpretación que el Ministerio Público hace de las normas mencionadas, el llamado

"procedimiento de consulta", en el cual las discrepancias entre el juez de instrucción y el fiscal en cuanto a si corresponde o no elevar la causa a juicio son resueltas por las Cámaras de Apelaciones, que puede instruir a los fiscales para que produzcan el requerimiento respectivo, viola el principio *ne procedat iudex ex officio*, y consecuentemente, pone en riesgo las garantías de imparcialidad, defensa en juicio y debido proceso legal. En efecto, según lo manifiesta el Procurador General al citar la causa B.320.XXXVII en el cual dictaminó "permitir que el órgano encargado de dirimir el pleito se involucre con la función requirente, que exclusivamente se encuentra en cabeza del Ministerio Público Fiscal, deriva necesariamente en la pérdida de toda posibilidad de garantizar al imputado un proceso juzgado por un órgano imparcial que se encuentre totalmente ajeno a la imputación". Por ello, además, "desconoce la 'autonomía funcional' del Ministerio Público Fiscal, como órgano requirente y titular de la acción penal pública, que impide postular su sometimiento a las instrucciones de otros poderes del Estado".

8º) Que la decisión de la cámara de casación, por el contrario, justifica la existencia del procedimiento cuestionado en la necesidad de implementar un instrumento legal que controle la actividad de los fiscales, quienes deben adecuar su actuación al principio de legalidad, siendo los jueces quienes deben efectuar ese control, a fin de evitar la concesión de "un amplio campo para el funcionamiento práctico del principio de oportunidad". Asimismo expreso que esta situación no se haya visto alterada ni por la introducción del art. 120 de la Constitución Nacional ni por la Ley Orgánica del Ministerio Público.

9º) Que para fundar el criterio de que con posterioridad a la introducción del art. 120 de la Constitución Nacional ninguna modificación se produjo en la ley procesal o en su interpretación, el

a quo afirmó que así como los jueces son quienes resuelven los recursos que interponen los fiscales, también son ellos quienes deben resolver si la causa se eleva a juicio, pues "se trata del control jurisdiccional sobre los requerimientos conclusivos del Ministerio Público, propio de la denominada etapa intermedia", y se impide el ejercicio de facultades dispositivas por parte de los fiscales.

10) Que del examen de los fundamentos de la resolución apelada se advierte que en ella sólo se dan respuestas aparentes a los agravios presentados por el recurrente. En efecto, sostener que dentro de nuestro sistema la función de perseguir penalmente es llevada adelante tanto por los fiscales como por los jueces no es suficiente para explicar que los jueces puedan tener potestad de "obligar" a los fiscales a pronunciarse a favor de la prosecución de la persecución penal, cuando la Constitución proclama la independencia de dichos funcionarios. En este sentido, la afirmación de que la "independencia del Ministerio Público" introducida por el art. 120 de la Constitución Nacional sólo significa la prohibición de instrucciones por parte del Poder Ejecutivo aparece como una mera afirmación dogmática, que desconoce el sentido de la separación entre jueces y fiscales como instrumento normativo básico para el aseguramiento del derecho de defensa.

11) Que es equivocado el paralelo que traza el *a quo* entre la facultad de los jueces de resolver los recursos interpuestos por los fiscales y, la de decidir en definitiva la elevación a juicio, a fin de demostrar que es la voluntad judicial la que debe prevalecer. En efecto, se trata de situaciones sustancialmente diferentes. Lo que se discute en el caso no es que sean los jueces quienes decidan dentro de su jurisdicción apelada que no existen elementos que justifiquen un debate, sino si pueden ser quienes resuelvan de oficio lo contrario, impulsar la acción penal, no solo en contra del fiscal,

sino también del imputado.

12) Que tampoco resulta admisible el argumento según el cual la garantía de imparcialidad no se vería afectada, en tanto la decisión de acusar proviene de un tribunal distinto del que habrá de tener intervención durante el debate. Si lo que está en discusión es la imparcialidad del tribunal que ha de controlar la investigación preparatoria, la respuesta no puede ser que se trata, de todos modos, de una etapa procesal en la que dicha garantía rige en menor medida que durante el debate.

Por otra parte, ese argumento pierde todo sentido en las causas de competencia correccional, ya que es el mismo juez quien tiene a su cargo la tarea de investigar y la de juzgar, con lo que se demuestra claramente la importancia de conservar imparcialidad en las decisiones como único reaseguro de la vigencia de las garantías a lo largo de todo el proceso.

13) Que el principio de separación de las funciones de acusar y de juzgar es el corolario lógico de la interpretación armónica de las normas invocadas. La autonomía funcional, que como órgano independiente de los demás poderes del Estado le otorga el art. 120 de la Constitución Nacional al Ministerio Público Fiscal; el ejercicio de la acción penal pública, así como el imperativo de promover y ejercer la acción durante el proceso, de que lo inviste los arts. 5 y 65 del Código Procesal Penal de la Nación y el control jerárquico que impone la ley 24.946, no dejan lugar a duda de que la función de acusar recae de manera excluyente en los miembros del Ministerio Público Fiscal y que la de juzgar, en orden a la imparcialidad de las decisiones y la necesidad de garantizar el derecho de defensa, recae en la figura del juez, también de manera excluyente, ya que es la única garantía de obtener un adecuado equilibrio en cada una de las etapas del proceso penal.

14) Que siendo el fiscal quien tiene la tarea de acusar,

aún en la etapa preparatoria del proceso, cuando arriba a la conclusión de que carece de la prueba suficiente para pasar a la etapa de juicio, desaparece el presupuesto básico de la contienda, toda vez que la acusación, no es ni más ni menos que el marco referencial que delimita el conflicto y respecto del cual se establece la estrategia de defensa. Si el acusador declina la prosecución del proceso, el juzgador no puede suplantarle en su rol, sin romper el juego de equilibrio entre partes, resignando la imparcialidad y afectando las garantías que la Constitución Nacional y la ley consideran vigentes desde la imputación. Ello es así, por cuanto la acusación constituye un bloque indisoluble que se perfecciona en dos momentos procesales distintos: el requerimiento de elevación a juicio, que habilita la jurisdicción del tribunal para abrir el debate y el alegato fiscal solicitando condena, que habilita la jurisdicción del tribunal a fallar.

15) Que dicha concepción no ha sido ajena a la jurisprudencia de esta Corte, que en múltiples oportunidades ha vinculado la necesidad de acusación a la inviolabilidad de la defensa en juicio (conf. Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308: 1557; 325:2015; 320:1891).

16) Que la exigencia de "acusación", si es que ha de salvaguardar la defensa en juicio y la imparcialidad como condiciones del debido proceso, presupone que dicho acto provenga de un tercero diferente de quien ha de juzgar acerca de su viabilidad, sin que tal principio pueda quedar limitado a la etapa del "debate" (como se planteó en los precedentes indicados), sino que su vigencia debe extenderse a la etapa previa de discusión acerca de la necesidad de su realización.

17) Que ello es así por cuanto en el marco de un sistema de procedimiento regido por el principio de legalidad procesal, las funciones de acusar y juzgar deben encontrarse, al

menos formalmente, en cabeza de funcionarios distintos, principio que quedaría completamente diluido si el tribunal de alzada pudiera, en contra del criterio del Ministerio Público, decidir, por sí solo, que se produzca la acusación y la apertura del debate.

18) Que en este contexto, resulta insostenible que el tribunal encargado de controlar la investigación preparatoria sea al mismo tiempo el que puede ordenar al fiscal que acuse. Pues el ejercicio de tal facultad de sustituir al acusador hace que los jueces, en vez de reaccionar frente a un estímulo externo en pos de la persecución, asuman un compromiso activo a favor de ella. Tal actitud es susceptible de generar dudas en cuanto a la imparcialidad con que debieron haber controlado el procedimiento de instrucción, esto es, permaneciendo "ajenos". Cabe recordar que este Tribunal ha reconocido desde siempre que el hecho de ser juzgado por los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (art. 18 Constitución Nacional) debe ser entendida como sujeta a la garantía de imparcialidad, reconocida como garantía implícita de la forma republicana de gobierno y derivada del principio acusatorio (Fallos: 125:10; 240:160), sin restricción alguna en cuanto al mayor o menor avance de las etapas procesales.

19) Que la Constitución Nacional ha establecido la forma republicana de gobierno basada en la división de poderes, a fin de establecer un delicado equilibrio de atribuciones específicas y controles recíprocos, para garantizar el funcionamiento armónico del sistema. Como consecuencia del modelo constitucional elegido, se derivan las diferentes competencias funcionales de acusar, defender y juzgar, cuyo ejemplo paradigmático es el proceso de juicio político, donde una de las cámaras acusa (diputados) y la otra juzga (senadores), de manera de garantizar la imparcialidad en la decisión final y el ejercicio adecuado del derecho de defensa de quien ha sido objeto de juzgamiento. Aquí rige la máxima que asegura la

separación de funciones y la imparcialidad de las decisiones, pues solo la acusación habilita la jurisdicción.

20) Que en el caso que nos ocupa, la decisión adoptada por el *a quo*, según la cual el art. 348, Código Procesal Penal de la Nación, es sólo una herramienta para asegurar el principio de "oficialidad", otorga a dicho principio un peso normativo del que carece. La naturaleza pública del interés represivo del Estado receptado en el juego armónico de los arts. 71 y 274 del Código Penal no debe ser entendida con un alcance tan amplio que ponga en cabeza del Ministerio Público Fiscal la obligación de acusar en todos los supuestos. Así, esta Corte en numerosas oportunidades ha considerado válido e idóneo el desistimiento del fiscal de cámara, tomando en cuenta que "tan desprovista de soportes legales resultarían una condena de primera instancia sin acusación, como una condena de segunda instancia sin apelación" (Fallos: 234:271 y 372).

21º) Que aun cuando se pueda sostener que los fiscales cumplen, materialmente, una función judicial, en tanto, al igual que los jueces, aspiran a que el proceso finalice con una sentencia justa, lo hacen en posiciones procesales diversas, y el ejercicio efectivo de la misión que a cada uno de ellos le compete se excluye recíprocamente; ni el fiscal puede juzgar ni el juez puede acusar. De otro modo, durante la instrucción el imputado debe defenderse no sólo de quien lo acusa, sino de quien decide, y de quien debería poder esperar independencia de criterio.

22) Que la garantía de imparcialidad ha sido interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que no pueden atribuirse a un mismo órgano las funciones de formular la pretensión penal y la de juzgar acerca de su procedencia, lo cual, en definitiva, impone a los estados el deber de desdoblarse la función de perseguir penalmente. Iguales criterios

jurisprudenciales han sido asumidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como aplicables a la interpretación de la garantía del art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (cf. Informe nº 5/96, del 1/3/96, caso 10.970, Mejía vs. Perú).

23) Que desde este punto de vista, una regla procesal que permite un procedimiento cuya utilización despierta sospechas de parcialidad debe ser rechazada, en tanto supone un sistema en el que los jueces actúan de oficio, en el ejercicio de funciones de "control" solo cuando el fiscal se pronuncia a favor de la desincriminación, mientras que para revisar el pedido de persecución, exigen la existencia de un "recurso".

24) Que, corresponde aclarar que lo dicho precedentemente no resulta aplicable a los supuestos en que, habiendo querellante, la discrepancia se plantea entre la pretensión de éste de elevar la causa a juicio y el pedido de sobreseimiento fiscal. En tales casos, no puede presumirse parcialidad del tribunal, en la medida que su intervención solo tiene por objeto, asegurar al querellante el ejercicio del derecho a ser oído en juicio oral y público, que le otorga la ley.

25) Que en otro orden, y en contra de lo que sostiene el *a quo*, no puede haber ninguna duda en cuanto a que la introducción del art. 120 de la Constitución Nacional sustrae al Ministerio Público del control de cualquiera de los poderes del Estado, en virtud de su autonomía, pero que ello no significa "falta de control". Ello es así porque, más allá del control jurisdiccional que se ejerce en el marco de un proceso, la ley 24.946 prevé controles internos del Ministerio Público y porque los fiscales no se encuentran exentos de ser sancionados por las posibles violaciones en las que pudieran incurrir por su calidad de funcionario público. Por ello, la intervención de las cámaras de apelaciones "ordenando"

que se produzca la acusación, no solo pone en tela de juicio la imparcialidad del tribunal, sino que avanza más allá del ámbito de sus competencias, cuando al decidir el apartamiento de las causas donde la controversia se plantea, lo hace sobre funcionarios que integran un organismo diferente, independiente y autónomo (art. 120 de la Constitución Nacional).

26) Que conforme lo manifestado, se debe concluir que la decisión del tribunal de alzada al interpretar el 2º párrafo del art. 348, Código Procesal Penal de la Nación vulnera la autonomía funcional de los fiscales consagrada en el art. 120 de la Constitución Nacional, al conceder a los jueces una facultad que la propia Constitución les veda, toda vez que posibilita que estos puedan determinar el contenido de los actos del fiscal y ejercer el control y el reemplazo del fiscal ante situaciones como la aquí analizadas, sin que el órgano judicial posea competencia para ello.

27) Que, en consecuencia, la necesidad de asegurar la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal consagrada en el art. 120 de la Constitución Nacional impone declarar la inconstitucionalidad del art. 348, segundo párrafo, primera alternativa, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto autoriza a la cámara de apelaciones, en los casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal, apartarlo e instruir el que designe el fiscal de cámara, a fin de producir la elevación a juicio.

Por ello, oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvanse los autos al tribunal de origen, a fin de que por quien corresponda se dicte nuevo pronunciamiento conforme a derecho. E. RAUL ZAFFARONI.

ES COPIA

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO
CESAR

BELLUSCIO

Considerando:

Que la sentencia recurrida no proviene del superior tribunal de la causa (art. 14 de la ley 48), carácter que, en el *sub lite*, reviste la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, ya que no se trata de ninguno de los casos de los arts. 457 y 474 del Código Procesal Penal de la Nación que habilitan los recursos de casación e inconstitucionalidad, respectivamente. (Fallos: 320:2118).

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se desestima la queja. Hágase saber, devuélvanse los autos principales y archívese. AUGUSTO CESAR BELLUSCIO.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por el **fiscal general de Cámara de Casación Penal nº 2**, representado por el Dr. **Raúl Omar Pleé**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I**