

EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y UNA RESOLUCIÓN DE LA CÁMARA DE APELACIONES DE LA CIUDAD DE ESQUEL, PROVINCIA DEL CHUBUT

A PROPÓSITO DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 306, CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHUBUT

Por JOSÉ RAÚL HEREDIA

I. INTRODUCCIÓN

Nos ha parecido interesante efectuar algunas reflexiones a propósito de una resolución de la Cámara de Apelaciones del Noroeste de la Provincia del Chubut,¹ con asiento en la ciudad de Esquel, en cuya virtud ese tribunal declaró inconstitucional el artículo 306 del Código Procesal Penal [CPrPenCh, ley 3155],² en su segundo párrafo.

Se trata, como se verá, de establecer el alcance del llamado *principio acusatorio* en base a los textos constitucionales y, desde luego, vinculando a éstos con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La norma en cuestión dice así [artículo 306, II párrafo, CPrPenCh.]:

El juez dictará sobreseimiento si estuviere de acuerdo con el requerido; de lo contrario, elevará las actuaciones al fiscal de Cámara. Si éste coincidiera con el sobreseimiento solicitado por el inferior, el juez resolverá en tal sentido. En caso contrario, el fiscal de Cámara formulará el requerimiento de citación a juicio.

El texto corresponde a las reformas introducidas al originario [ley 3155] por las leyes 4143 y 4205. Primitivamente, la norma decía:

El juez dictará sobreseimiento si estuviere de acuerdo con el requerido por el procurador fiscal, de lo contrario, elevará la causa a juicio.

Sin duda, este texto contenido en el Código tal como fue sancionado en 1988 se ajustaba a la doctrina del fallo que aquí comentamos. La reforma de la ley 4143 intentó acercar la solución normativa a la nueva Constitución de la Provincia [1994] y a la doctrina de la Corte, según la inteligencia que atribuyó a ella el legislador.³ La ley 4205 solo introdujo en el artículo un ajuste terminológico.⁴

¹ Tiene competencia como órgano de apelación instructoria [artículo 26, CPrPenCh (ley 3155) y artículo 2º, ley 3193 (Ley de Organización de la Justicia en lo Penal)].

² La aclaración parece necesaria porque se encuentra en vacancia legislativa prorrogada el Código Procesal Penal aprobado por ley 4566 en diciembre de 1999, conocido como *Código "Maier"*, por el prestigioso jurista que lo concibió, del que se han puesto en vigencia dos disposiciones, la referente al proceso abreviado y la referente a la suspensión del juicio a prueba, artículo 9 del mismo [v. ley 4743]. V. nuestro libro *El Devenir Del Enjuiciamiento Penal*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, Introducción, p. 14.

³ Propusimos diversas modificaciones al Código aprobado por la ley 3155, con el objetivo, limitado, de acercarlo a la reforma constitucional acaecida en 1994 en la Provincia: véase nuestra intervención en el

II. EL CASO

El juez de instrucción decretó el sobreseimiento definitivo de una persona respecto del hecho que se le imputaba, calificado provisoriamente como “usurpación por clandestinidad” [artículo 181, inciso 1º, Código Penal], con fundamento en el artículo 294, inciso (5) del CPrPenCh [ley 3155].

Según se desprende de los fundamentos de la sentencia en comentario, el juez dejó constancia de su desacuerdo con la solución fiscal –provocada por la concurrencia de las opiniones del Procurador Fiscal y del Fiscal de Cámara-, acatando literalmente de todos modos la previsión legal a la que se sintió vinculado.

La parte querellante recurrió el sobreseimiento –que se dicta por auto fundado, apelable, entonces, en el sistema del Código vigente [artículos 295 y 310], alternativa a su regulación como sentencia definitiva y pasible del recurso de casación en otros sistemas-, lo que motivó la decisión en análisis.

La parte apelante se agravió: a) por el carácter “vinculante” del dictamen del Fiscal de Cámara a favor del sobreseimiento, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del artículo 306, CPrPenCh; b) ante la falta de motivación autónoma del auto de sobreseimiento por parte del magistrado; y c) por la carencia de certeza negativa con relación al sobreseimiento dispuesto.

Argumentó, en relación al primero de los agravios, que el juez solo se basó en el dictamen fiscal, no obstante su opinión contraria. Dijo que esa solución podría sostenerse en ausencia de toda acusación particular, que no era el caso, admitiendo que aquella es, son sus palabras citadas en la resolución de la Cámara, *pilar básico del proceso penal actual*.

Añadió el apelante su queja por considerar que el juez incurrió en contradicción al aseverar “que el ámbito del juicio es el apropiado para que un Tribunal, agotado el debate, determine en definitiva los argumentos jurídicos más convenientes para la solución del conflicto”, pese a lo cual sobreseyó al imputado, lo que se erigía en *una inaceptable incongruencia* violatoria del precepto constitucional que exige la adecuada fundamentación lógica y legal de las resoluciones judiciales [artículo 169, Constitución de la Provincia (C.Ch)].

Finalmente, el recurrente consideró que la ausencia de certeza sobre sus presupuestos fácticos y jurídicos obstaba al dictado del sobreseimiento definitivo del imputado.

III. LA RESOLUCIÓN

La Cámara de Esquel resolvió el recurso de apelación de la parte querellante en el sentido anticipado, con los siguientes fundamentos:

1. Remitiéndose a precedentes propios [“Carrillo”, A.I.P. Número 33/04, entre otros], argumentó que “en el proceso penal entran en colisión los

Diario de Sesiones, Legislatura de Chubut, sesión de 6 de diciembre de 1995 en que la ley 4143 fue sancionada. V. *El Devenir Del Enjuiciamiento Penal*, ob. cit., p. 281, número 7.

⁴ *El Devenir...*, p. 284, número 10.

derechos del imputado, con los de la víctima y con los de la sociedad –representada por el Ministerio Público Fiscal–, los cuales merecen idéntica tutela jurisdiccional”. Luego, sostuvo la Cámara, haciendo propio, dijo, lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Santillán*”:

Que si bien incumbe a la discreción del legislador regular el marco y las condiciones del ejercicio de la acción penal y la participación asignada al querellante particular en su promoción y desarrollo, desde que se trata de lo atinente a la más acertada organización del juicio criminal (*Fallos*: 253:31), todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma (CSJN, 13/08/1998, *Santillán*, Francisco A., LA LEY 1998-E, 331, con nota de José I. Cafferata Nores - LA LEY 1998-E, 434, con nota de Germán J. Bidart Campos - LA LEY 1999-A, 58, con nota de Luis Alberto Ensinck - DJ 1999-1, 335).

Enseguida citó a la Corte nuevamente in re “*Santillán*” en cuanto allí dijo:

‘El artículo 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia pronunciada por los jueces naturales, dotando así de contenido constitucional al principio de la bilateralidad, sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal’, con la aclaración relativa a que ‘(L)a exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula, razón por la cual nada obsta a que el querellante realice dicha acusación’.

2. Aludió después a la tarea de control de constitucionalidad que compete a los jueces, citando “*Marbury vs. Madison*”,⁵ y entró al examen en el caso. Afirmó sin más rodeos:

(...)el sistema de consulta previsto por el artículo 306, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut para el supuesto de desacuerdo del Juez de Instrucción con el sobreseimiento requerido por el Procurador Fiscal, al sujetar la decisión jurisdiccional al concurso de voluntades sobreseyentes de dos funcionarios –Procurador y Fiscal de Cámara– del Ministerio Público Fiscal –órgano acusador público– contraría, con grave afectación del principio de supremacía (art. 31, CN), las garantías constitucionales al debido proceso legal, a la defensa en juicio y de acceso a la Justicia, entendida esta última como el derecho de toda persona de ocurrir ante un órgano jurisdiccional y obtener una sentencia, fundada en un juicio previo tramitado en legal forma (arts.: 18 y 75, inc. 22, CN; 8.1 de la

⁵ Como se sabe, fallado en 1803; recién en 1857 volvió aquella Suprema Corte a referirse a ese control en *Dred Scott vs. Stanford*. La Corte argentina, en *Municipalidad de la Capital c. Isabel A. Elortondo*, t. 33, p. 162.

Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Mencionó de inmediato el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en que el cimero Tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 348 del Código Procesal Penal de la Nación, norma semejante, destacó, a la del artículo 306 cuestionado en su validez en la especie; allí, había sentenciado la Corte:

Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 348 segundo párrafo primera alternativa del Cód. Procesal Penal en cuanto autoriza a la Cámara de Apelaciones, en aquellos casos en los que el juez no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal, a apartarlo e instruir a quien designe el fiscal de cámara a fin de que efectúe el correspondiente requerimiento de elevación a juicio, toda vez que dicho ‘procedimiento de consulta’ no respeta la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal consagrada en el art. 120 de la Constitución Nacional.⁶

Aclaró la Cámara que en el artículo 306 del CPPCh *se da precisamente la situación inversa*, pero, sustentó, (es) igualmente inconstitucional. Para así concluir, argumentó:

En efecto, al resultar vinculante para el Juez de Instrucción la voluntad sobreseyente del Ministerio Público Fiscal, el “procedimiento de consulta” al Sr. Fiscal de Cámara previsto por la segunda parte de la norma no respeta la autonomía, ni la independencia, ni la exclusiva competencia jurisdiccional de los Jueces establecida por el art. 162, in fine, de la Constitución del Chubut, por lo que el dispositivo en cuestión deviene manifiestamente inconstitucional. En otras palabras, así como el órgano jurisdiccional no puede tener funciones acusadoras, porque sería juez y parte; por idénticas razones, el órgano acusador no puede tener potestades jurisdiccionales.

Y culminó, así, declarando la inconstitucionalidad del artículo 306, segunda parte, CPPrCh., impetrada por la parte querellante, aunque sin ceñirse a sus agravios y argumentaciones, como se verá. En su último considerando, dijo el tribunal de alzada:

Que, en suma, siendo inconstitucional el procedimiento de consulta al Sr. Fiscal de Cámara establecido por el art. 306, segunda parte, del CPPCh y existiendo “acusación” del querellante particular, con facultades autónomas según la doctrina del caso “Garipe” (CSJN, 23/03/04, Doctrina Judicial, 16/06/04, p. 476), corresponde dejar sin efecto el sobreseimiento dictado.⁷

⁶ Citó: CSJN, 23/12/2004, Quiroga, Edgardo O., DJ 02/02/2005, 204 - LA LEY 2005-B, 160.

⁷ En el precedente “Garipe”, el Superior Tribunal de Justicia de Chubut le había negado el recurso de apelación al querellante porque no había apelado el fiscal, en una ceñida interpretación de disposiciones del Código Procesal Penal [ley 3155], que denomina *querellante adhesivo* al acusador particular [*nomen* del artículo 12] y expresamente subordina su actividad a la del Ministerio Fiscal: no puede promover autónomamente la acción penal sino que debe aguardar que la promueva el fiscal [podrá adherirse a la investigación “*ya iniciada con las limitaciones que este Código establece*”, dispone el artículo 12, III párrafo]. Sin embargo, tal como lo sostuvimos en el recurso extraordinario ante la Corte en representación del querellante, el que, admitido, motivó la sentencia a que alude la

IV. ANÁLISIS

1. Reseñamos estos aspectos:

1.1. En primer lugar, apreciamos que la parte querellante no objetó el principio acusatorio en cuanto este exige la concurrencia de *acusación* para habilitar la condena.

El agravio se ha centrado en la omisión del juzgador de acordar efectos a la intervención del acusador particular, quien había efectuado el requerimiento de elevación a juicio a los fines de la celebración del debate [305, CPrPenCh]. Si bien impetró la inconstitucionalidad de la segunda parte del artículo 306, no parece haber objetado el carácter vinculante para el juez de instrucción de la decisión del fiscal de Cámara concordante con la del procurador fiscal de no requerir la elevación a juicio y, en cambio, instar el sobreseimiento. Es el alcance que le acordamos a estas palabras contenidas en su recurso: *esa solución podría sostenerse en ausencia de toda acusación particular* (en tanto la acusación resulta ser) *pilar básico del proceso penal actual*.

A nuestro juicio, ese es el verdadero alcance del agravio audible en el ámbito de un control de constitucionalidad del segundo párrafo del artículo 306, CPrPenCh. Claro está, siempre que se entendiera que una interpretación sistemática de las normas del Código -que es lo que vamos a propiciar aquí- no alcanza para sostenerlo válidamente.

1.2. En segundo lugar, el tribunal no se ha sentido limitado por los agravios del querellante y ha entendido pertinente declarar la inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 306 *en todos sus alcances*, esto es, no le concede, *ni aun en ausencia de parte querellante o de su silencio*, preeminencia al Ministerio Público Fiscal sobre el juez de instrucción, que podría -puede, según la hermenéutica en análisis- apartarse válidamente del pedido de sobreseimiento y elevar la causa a juicio.

1.3. En tercer lugar, el examen de constitucionalidad practicado no se ha referido a las normas de la Constitución de la Provincia relativas al Ministerio Pública Fiscal y a sus facultades, sino que ha citado la Constitución de la Nación y los Tratados sobre derechos humanos. Desde luego, ello no es incorrecto en sí, por la supremacía devenida del artículo 31 y también del 75 (22), C.N., mentados en el fallo; subrayamos, ello no obstante, que estamos, como principio, en una materia

resolución de la Cámara de Esquel, no le veda el acceso a los recursos de apelación en contra de la falta de mérito [artículo 278] o del sobreseimiento [295 y 310], o, incluso, al de casación contra la sentencia en los supuestos establecidos [417, ref. ley 4143], que puede interponer autónomamente. Así lo sostuvo también el Procurador General de la Nación, en argumentaciones que hizo suyas la Corte. Pero de esa sentencia, nos parece, no puede inferirse que el querellante tiene plena autonomía en la ley adjetiva de Chubut [el querellante en este Código no puede asistir a la declaración del imputado - artículo 262 in fine, agregado por la ley 4143-]. Tampoco está facultado para pedir el encarcelamiento del imputado o para recurrir la eximición o la excarcelación que se le concediere (395, segundo párrafo y 290) ni para impugnar el auto de procesamiento dictado pero sin la prisión preventiva (395 y 278)]. Aunque sí, la ley le permite al querellante, una vez promovida la acción penal por el acusador público, requerir la elevación a juicio y acusar en el debate [304, 305 y 352].

propia de las provincias [arg. artículos 5º, 121, 122, 126 y 75 (12), C.N.] y que ello exige un examen de las instituciones que se han dado en materia no delegada.⁸

1.4. En cuarto lugar, lo decimos desde ya, en rigor, la decisión se ha apartado de la doctrina de la Corte Suprema in re “*Quiroga*”, que, sin embargo, ha citado el tribunal en apoyo de la solución que ha dado en el caso.

1.5. Finalmente, podría pensarse que el tribunal se adscribe a la postura sustentada por la mayoría transitoria de la Corte in re “*Marcilese*”,⁹ si se proyectara su sentencia a la etapa conclusiva del debate.

2. La Corte Suprema entendió desde antiguo, según mencionamos, que:

Las garantías que en materia criminal asegura y consagra el artículo 18 de la Carta fundamental, consisten en la observancia de las formas substanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales del reo.¹⁰

En su desarrollo, después añadió la Corte que la exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable¹¹ y que condenar sin que medie ese acto procesal pone al descubierto una transgresión a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso.¹²

Es posible recordar una antigua interpretación del principio acusatorio con base en la Constitución, como lo hizo el Procurador General en “*Marcilese*” trayendo a colación la opinión del doctor Elías Guastavino, emitida al dictaminar en *Fallos: 299:249*:

...nuestro sistema penal 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 en el 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 civil, sin existir demandante.

Todavía cabría volver a citar a la Corte:

...el principio según el cual la acción penal es irrenunciable en los delitos de acción pública no impide que el agente fiscal se abstenga de acusar por

⁸ Es materia de otro análisis determinar cuánto han podido ceder las autonomías provinciales luego de la reforma constitucional de 1994.

⁹ Hemos comentado ese pronunciamiento de la Corte en “*De ‘Tarifeño’ a ‘Marcilese’*”, en www.ArgentinaJurídica.com, nota incluida en *El Devenir...*, ob. cit., Apéndice II, El Principio Acusatorio, pp. 441-461.

¹⁰ *Núñez, Manuela c/ Rocca de Ominelli, Manuela. Aybar Sobrecasas, Francisco*, T. 125, p. 10; T. 127, p. 36.

¹¹ *Fallos: 321:2021*.

¹² *Fallos: 318:1234, 1401, 2098; 320:1891*.

entender que no existe delito (...) por el contrario es violatoria de la defensa en juicio la sentencia que condena al procesado, si el fiscal de Cámara no mantuvo en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto por el agente fiscal contra el fallo absolutorio.¹³

3. A partir de la inveterada doctrina de la Corte, no cabe duda que la palabra juicio contenida en el artículo 18, C.N. exige las formas sustanciales relativas a la *acusación, defensa, prueba y sentencia* pronunciada por los jueces naturales, esto es, por un órgano imparcial predeterminado.

Sin embargo, todavía es preciso, en otra aproximación, determinar qué ha de entenderse por *acusación*. La minoría de la Corte lo ha dejado dicho así:

Esta fórmula, sin embargo, resulta insuficiente para resolver la cuestión que se debate (...) toda vez que poco ilustra sobre el contenido exigible a cada uno de esos actos para satisfacer aquella garantía fundamental.

En virtud de ello, corresponde precisar los alcances y contenidos de la garantía constitucional del debido proceso a fin de determinar si el pedido de absolución formulado por el agente fiscal al momento de alegar en el debate oral, impide que el tribunal de juicio valore ese debate y en su caso, condene al acusado. Ciertamente, es un tema que ha originado arduos debates doctrinarios y dividido a la jurisprudencia. Hasta '*Tarifeño*', por lo general los tribunales de juicio se entendían habilitados a pronunciar sentencia de condena aunque no mediara pedido fiscal en ese sentido. La legislación procesal penal moderna inaugurada por el Código de Córdoba [1939] instauró un sistema mixto, según se sabe: la investigación instructoria –como le llamaba Clariá– a cargo de un juez de instrucción, con una doble función, antitética, que sobreesía o elevaba la causa a juicio, y el debate, juicio propiamente dicho, predominantemente oral, a lo menos en su concepción teórica, público y de base acusatorio.

En tanto en los hechos la instrucción *se tragó el juicio*, en la certera expresión del doctor Julio B. Maier, el principio acusatorio no contuvo contornos precisos y terminó por desaplicarse; es sabido que varias veces el sistema mixto permitía –y permite– violentar ese principio, el carácter adversarial del juicio y la garantía de imparcialidad del juzgador. La invariable recurrencia a la incorporación por lectura de prueba, la oficiosa actividad del tribunal durante el debate –que, incluso, puede suplir las omisiones de las partes e introducir prueba por sí– y la posibilidad de condena sin acusación fiscal, demuestran acabadamente que no puede hablarse de principio acusatorio.

En nuestras meditaciones actuales, hemos extraído la siguiente conclusión, avalada sobradamente, según creemos, por los antecedentes constitucionales y por las previsiones de la Constitución vigente desde 1853: *el enjuiciamiento penal en Argentina nunca estuvo perfectamente adecuado a la Constitución*. No logró esa adecuación el movimiento codificador iniciado por Vélez Maricónde y Soler y proseguido por el primero y Torres Bas, Levene y Clariá Olmedo. La práctica judicial, en base a esa normativa, uniformó el imperio de las

¹³ Fallos: 234:270.

decisiones jurisdiccionales por encima de las posiciones del Ministerio Fiscal y permitió condenas sin acusación.

Al referirse al Código italiano de 1988 (vigente desde el 24 de octubre de 1989) dice *Ferrajoli* que ha adoptado el sistema acusatorio, no expresamente previsto en la Constitución, configurando el nuevo proceso como una relación triple entre juez, acusación y defensa, antitética no sólo con relación al proceso medieval, de tipo enteramente ‘inquisitorial’, sino también con relación al ‘mixto’ del viejo código Rocco, construido sobre la confusión en la fase instructoria entre juez y acusación y sobre la recíproca relación investigador-investigado.¹⁴

Suele decirse en nuestros días que la reforma constitucional de 1994 vino a conmovier aquella legislación llamada en su momento “moderna”. Ello es exacto, con los alcances que deben precisarse, pero no lo es, en cambio, según nos parece, que solo a partir de ella devendrían inconstitucionales algunas de sus previsiones. Ello así, sostenemos ahora, por cuanto la Constitución no se ha alterado en la garantía consagrada en el artículo 18 si nos atenemos a cuanto venimos de decir para enfatizar el alcance verdadero de la expresión *juicio* contenida en esta norma. Y, por consiguiente, cada vez que nuestros tribunales, a lo largo y ancho del país, en jurisdicción federal y en jurisdicción provincial, han pronunciado y pronuncian una sentencia de condena sin mediar acusación fiscal en el debate, violentaron y violentan la garantía del *juicio* previo.

Si el juicio es el ámbito –*único ámbito constitucionalmente habilitado*– en el que debe quedar establecida la culpabilidad del imputado sobre la base de las pruebas allí rendidas –y solo, como principio, revisten ese carácter los medios introducidos en el debate con control de partes, es decir, con plenitud del contradictorio,¹⁵– pronunciada por un tribunal imparcial, entonces, si ello es así como derivación de la garantía citada –*juicio previo*– deviene inconstitucional la condenación sin acusación [*nullum iudicium sine accusatione*].

Así las cosas, únicamente ha de entenderse por acusación la petición de condena formulada en el alegato final por el fiscal en el debate. Solo de tal modo se le ha acordado al imputado la posibilidad de controvertir la valoración inculpativa del resultado del procedimiento probatorio, la afirmación del acusador del enunciado fáctico resultante del procedimiento probatorio en sustento de su pretensión condenatoria.

A través del principio de *contradicción* se cumple con la estricta *jurisdiccionalidad* del juicio; corresponde a un método de conformación de la prueba y de comprobación de la verdad fundado no ya sobre un juicio potestativo, sino sobre un conflicto, disciplinado y ritualizado, entre *partes* contrapuestas. De esa confrontación depende la efectividad de la presunción [estado] de inocencia del imputado.¹⁶

Por estas razones, debe proscribirse la posición que entiende al requerimiento fiscal de elevación a juicio con naturaleza de acusación; lo ha señalado

¹⁴ *Derecho y Razón*, p. 580.

¹⁵ Con ese alcance, el artículo 144 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut sancionado por ley 4566, en vacancia legislativa prorrogada como se dice en el texto.

¹⁶ Ferrajoli, ob. cit., p. 733.

así, por ejemplo, el doctor Fayt en sus reiterados votos en contra de la doctrina “Tarifeño”: v.gr., en *Cáseres, Marcilese, Mostaccio*.

4. Resulta penitente la siguiente reseña recordatoria:

4.1. Desde “*Tarifeño*” la posición de la Corte, sin disidencias entre sus miembros, autorizó a razonar del modo siguiente: culminada la recepción de toda la prueba, el fiscal de juicio debe analizar qué puntos se encuentran acreditados respecto de los hechos contenidos en el requerimiento de elevación a juicio y así concretar su acusación en oportunidad de pronunciar su alegato. Si el titular de la acción penal considera que los motivos expresados en el requerimiento de elevación a juicio, fundados de manera provisional en la prueba colectada durante la instrucción, no han subsistido a la amplitud del debate y a la prueba producida durante su transcurso, puede pedir la absolución del imputado, haya o no mediado ampliación de su requerimiento durante el debate, pues aquel titular es libre de provocar el pronunciamiento que entienda legalmente procedente de acuerdo a su opinión. Es en el momento de los alegatos cuando realmente se ejercita la acción penal contra el imputado, pues, una vez conocida la acusación, éste se encuentra en condiciones de replicarla en todos sus extremos y preparar su defensa sin sorpresa alguna, respetando así el principio de defensa.

En forma sintética, entonces, sin acusación fiscal producida en la discusión final [alegato] del debate, no está autorizado el tribunal a pronunciar una sentencia de condena.

Luego de ello, se produjo la “variante” “*Santillán*”: aquí, la Corte señaló que la exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, *sin que tal requisito contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula*.¹⁷

Pero aparecería aquí una diferenciación de posturas entre los miembros de la Corte, que habíamos sintetizado¹⁸ del siguiente modo: la mayoría sostenía que la acusación en el juicio es necesaria para entender por reunido el requisito del debido proceso (artículo 18 C.N.) y que basta la instancia de condena del querellante a esos fines, aunque no haya acusado el fiscal. La minoría postulaba que *cabe entender por acusación el requerimiento de elevación de la causa a juicio* al que resulta en todo caso coadyuvante la instancia de condena por el querellante particular, aunque no haya acusado el fiscal en el debate (discusión final). En otras palabras, que el requerimiento de absolución por parte del fiscal de juicio no desapodera al tribunal del ejercicio de la jurisdicción.¹⁹

Convendrá recordar todavía que el doctor Fayt, en su voto en el caso “*Marcilese*”, subrayó:

(...) el principio *ne procedat iudex ex officio* supone únicamente que el proceso sólo podrá iniciarse si hay acusación del fiscal extraña al tribunal

¹⁷ Fallos: 143:5.

¹⁸ En “*De ‘Tarifeño’ a ‘Marcilese’*”, op. cit.

¹⁹ Causa C.397.XXVIII. “C.,M.H.(...)”, el 25 de septiembre de 1997 [*Cáseres*], voto en minoría.

de juicio, en tanto ello es garantía de la *imparcialidad* de quien ha de juzgar (entendida como garantía implícita derivada de la forma republicana de gobierno). Con base en 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. 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 pretenciosa y, a la vez, vacía de contenido.

El doctor Nazareno señaló a su vez:

(...) el ejercicio de la jurisdicción del tribunal oral está precedido por una previa acusación formulada en la requisitoria de elevación de la causa a juicio -art. 347 del Código Procesal Penal de la Nación- que fija los hechos en forma clara, precisa y circunstanciada, su calificación legal y los motivos en que se funda, presupuestos éstos que no deben ser violados a fin de asegurar el derecho de defensa en juicio, de raigambre constitucional (Fallos: 312:2066 y 315:308, entre otros).²⁰

4.2. Lo sostenido por la mayoría de la Corte en “*Marcilese*” tuvo efímera vigencia, como lo habíamos anticipado.²¹ En “*Mostaccio*”, la Corte, en mayoría, “regresó” a “*Tarifeño*” a través de “*Cáseres*”; esto nos autorizó a decir que una nota al nuevo fallo debería denominarse “*De ‘Tarifeño’ a ‘Tarifeño’*”.

Esa doctrina de la Corte tiene ahora estabilidad, atento la nueva composición del Tribunal. En tanto ella se erige en la interpretación de una garantía contenida en la Constitución de la Nación –juicio previo, artículo 18-, tal doctrina vincula a los tribunales de las provincias pese a su autonomía en materia de procedimientos judiciales.

Es cierto que esa vinculación no es robótica, porque los fallos del cimero Tribunal del país no obligan a los jueces como principio; sin embargo, la misma Corte ha sostenido que los jueces deben dar *razón plausible* para apartarse de sus pronunciamientos y, en defecto de ello, las sentencias pueden ser descalificadas como acto jurisdiccional válido, esto es, tachadas de arbitrarias.

Es cierto también que en los últimos tiempos ha mediado una suerte de apartamiento sistemático de jueces de grado de algunos pronunciamientos de la Corte. Empero, no es dudoso que razones de economía procesal y aun de seguridad jurídica, en un tema en que está en juego la libertad de las personas, aconsejan adecuar las interpretaciones a aquella doctrina, especialmente si ella ha de mantenerse en el tiempo. Enfatizamos que ella deviene de una interpretación de la parte dogmática de la Constitución y que ésta impera –debe imperar- sin distinción del lugar en que habitan las personas en el país; esto significa *todos los habitantes de la Nación*.

²⁰ Reténgase también la importancia que inviste el requerimiento fiscal, que debe ser *regular*.

²¹ En “*De ‘Tarifeño’ a ‘Marcilese’*”, op. cit.

Lo anterior, obviamente, tiene entidad a partir de esta otra aseveración: se trata de afirmar que la Corte ha acertado en su postura, desde el diseño constitucional del proceso penal.

4.3. Es menester decir ahora, en relación con la doctrina de la Corte, que no median discrepancias internas respecto a que sin acusación no puede haber condena; tampoco ya puede dudarse en que la acusación del ofendido por el delito, en ausencia de la del acusador público, habilita el pronunciamiento de condena. En cambio, queda por establecer si, además del alegato final del fiscal y del querellante en el debate, ha de entenderse por acusación al requerimiento fiscal de elevación a juicio.

El doctor Fayt lo dejó señalado así en su voto en “*Marcilese*”.

(...) se procura determinar si la acusación exigida por la fórmula antes enunciada -como exigencia requerida por la garantía del debido proceso- se satisface con el requerimiento fiscal o si, por el contrario, ese acto debe ser ratificado en el momento de alegar.

Es que, dijo también, la fórmula adoptada por la Corte desde antiguo - *la garantía consagrada por el artículo 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*- no alcanza por sí para explicitar qué ha de entenderse por acusación.

El desarrollo de los dichos de la Corte, especialmente vinculados a su composición actual, nos permite avizorar que la cuestión se zanjará rechazando la postura que ha quedado ahora en minoría y, en adelante, de manera uniforme, la Corte seguramente entenderá que el requerimiento de elevación a juicio no habilita al tribunal del juicio a condenar al imputado si el acusador público ha retirado la acusación en el debate y no existe la acusación del querellante.

4.4. Hay que decir enseguida que la Corte sentó esta doctrina in re “*Quiroga*”:²²

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 del juez respecto de las partes de la causa; y por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación./ 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

²² CSJN., Q. 162. XXXVIII - "Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302" - 23/12/2004.

haber controlado el procedimiento de instrucción, esto es, permaneciendo "ajenos"/. La argumentación, 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 cuanto, la obligatoriedad de la persecución penal para todos los funcionarios estatales nunca fue entendida con una extensión tan amplia como para imponer al Ministerio Público la obligación de acusar. Tanto que, en numerosas ocasiones el desistimiento del fiscal de cámara fue considerado válido e idóneo para privar de jurisdicción a las cámaras respectivas, sin que el principio de legalidad procesal haya interferido.

Citamos aun:

(...) el ejercicio efectivo de la misión que a cada uno de ellos le compete (fiscal y juez) 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./ 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./ La introducción del art. 120 de la Constitución Nacional señala una modificación del paradigma procesal penal vigente hasta ese momento. En efecto, al establecer la independencia funcional del Ministerio Público 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. Y, 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./ No es posible alegar que la desaparición del mecanismo de consulta previsto en el art. 348 del C.P.P. permitiría al Ministerio Público una libertad absoluta, incompatible con la situación en que se encuentra todo funcionario dentro de un estado derecho. Ya que, el sistema republicano supone que los funcionarios estén sujetos a algún mecanismo de control institucional relativo a cómo ejercen su función, pero ello no puede llevar a autorizar su sustitución en las funciones que le son propias por parte de quienes son ajenos a ellas./ [subrayados nuestros].

Según se aprecia, es sencillamente imposible citar esta doctrina para fundar la decisión del fallo en comentario. El caso "*Quiroga*" comporta un importante avance en el largo y tortuoso camino de establecer con claridad los alcances de la garantía del *juicio previo* y del principio acusatorio, hoy repotenciados por la introducción en el derecho interno de los pactos de derechos humanos, que adquirieron jerarquía constitucional [artículo 75 (22), C.N.] y, como lo señala la Corte, por la recepción en el texto positivo constitucional del Ministerio Público (Fiscal) como órgano independiente, que Bidart Campos llamó extra-poder.

Queda allí puntualizado que el fiscal es el titular de la persecución penal pública y que su función no está subordinada a la del juez. Lo que dice el fiscal,

cuando requiere el sobreseimiento del imputado, es *no proseguir la persecución penal pública*; el juez no debe imponer otra solución en tal situación, porque de otro modo se erige él en el perseguidor público, cambiando de rol súbitamente –es más claro cuando el juez es de garantías y no de instrucción-.

4.5. Ocurre que en nuestra cultura jurídica ha sido y es todavía muy dominante la idea de una *instrucción jurisdiccional*. Y se entiende que los jueces deben controlar a los fiscales. Véase lo que ha sostenido el doctor Fayt en reiterados argumentos:

(...) Que, por otra parte, esta solución es la que mejor se compadece con un sistema republicano de gobierno, cuyo contenido no se circunscribe al exigido por la doctrina clásica de separación de poderes, sino que se inspira en una ideología que, con el fin de proteger a los hombres en su libertad y derechos, establece una estructura de contención a través de un sistema de revisión y control recíproco de esos poderes, en pos de evitar que la excesiva concentración y la ausencia de control degeneren en arbitrariedad, despotismo y tiranía. Carecería de sentido que un pedido fiscal desincriminatorio no fundado en derecho obligara al tribunal a absolver, imposibilitándosele el ejercicio de un debido control de legalidad y razonabilidad./ Desde esta concepción tampoco se explica cómo una sentencia puede ser revisada en virtud de su contenido arbitrario, mientras que, paradójicamente, el alegato no motivado de un fiscal debería tener un efecto vinculante para el juzgador./ En efecto, si el fiscal solicita una condena pero el tribunal absuelve de modo absolutamente infundado -por ejemplo no valorando importante prueba de cargo-, esta decisión deberá ser considerada arbitraria (en este sentido véase entre otras causas en Fallos: 314:83 y 321:2131), sin embargo si el fiscal solicita la absolución -en forma infundada- maniataría al tribunal con el mismo tipo de "arbitrariedad"./ (...) Que en efecto, si la propuesta del fiscal tuviera poder vinculante no habría oportunidad de corregir su contenido "arbitrario" -lo que justamente pretendió impedirse en el sub lite-. El alegato del fiscal debe ser fundado en hechos y derecho, como derivación, principalmente, del principio de oficialidad. Si esto así no fuera, el ejercicio de la acción penal se confundiría con su disponibilidad. El tribunal de juicio está obligado a valorar esta situación, toda vez que el control ejercido por los jueces respecto de las actuaciones de las partes en el proceso penal constituye un deber (deber que en el sub examine fue ejercido por el tribunal, ante la actuación de un fiscal que incluso luego de ampliar la acusación durante el debate, solicitó intempestivamente la absolución del imputado). Entonces no puede exigirse que el juez quede atado ineludiblemente a una evaluación de los hechos y a una interpretación del derecho realizadas por el fiscal, sobre la base de motivaciones de las que no participa, apartándose así de su convicción acerca de la verdad real. Si se pretende ser consecuente con el principio acusatorio formal, 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. [*De su voto en disidencia en "Marcilese"*].

Es claro que en esa posición subyace la concepción de un juicio penal continental europeo; citamos de nuevo al doctor Fayt:

Una correcta acusación es el presupuesto de un debate válido y conforme la estructura de nuestro juicio penal recibida del derecho continental europeo, el juicio oral y público tiene por misión valorar esa acusación -que abrió el juicio- según el contenido del debate. [*Ibidem*; subrayado nuestro].

Nos detendremos a demostrar que nuestro juicio penal no es -no debió ser- de base continental europeo conforme con la correcta *lectura constitucional del proceso penal*.

Interesa recordar que el Tercer Congreso Nacional de Ciencias Procesales²³ entre las conclusiones del Tema III-B *Bases uniformes de la reforma de los Códigos Procesales Penales*, sustentó lo siguiente: - (...) *La instrucción debe ser judicial en todos los casos (...) – Se sustituirá la consulta jerárquica del pedido de sobreseimiento del Ministerio Fiscal por la decisión jurisdiccional: si el juez de instrucción no hiciere lugar al pedido de sobreseimiento formulado por el fiscal, éste podrá apelar ante un tribunal especial.*

Bien; esa cultura fuertemente arraigada impidió y aun impide apreciar la importancia constitucional de la diferenciación de los roles en el procedimiento penal.

Nosotros pensamos que deben subrayarse dos cosas:

4.5.1. *Primero*, el Ministerio Público Fiscal constituye una *magistratura no decisoria*, expresión que adoptamos de la doctrina española²⁴ y que significa que los fiscales en ningún caso pueden cumplir el rol de jueces. Solo éstos pronuncian el derecho. Se afirma, sin embargo, que, cuando el fiscal retira la acusación en el debate impide la decisión de los jueces y, de algún modo, los sustituye. Véase:

(...) 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 ya 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 poder distinto e independiente.

Así planteada la cuestión, parece una petición de principios: si el fiscal no acusa y el tribunal lo sustituye, o se apoya en el requerimiento fiscal de elevación a juicio, considerando a éste la acusación, afecta su independencia funcional, su rol en el proceso. Si el fiscal vincula con su abstención al tribunal, afecta la independencia de los jueces y su rol de magistratura decisoria. ¿Cómo salir del encierro?

²³ Reunido en Salta de 12 a 19 de setiembre de 1948, al que concurrió Francesco Carnelutti, designado su Presidente Honorario.

²⁴ En *El Ministerio Fiscal en España* de M. Fernández Martín-Granizo, citado por Francisco Granados en *El Ministerio Fiscal*, ed. tecnos, Madrid, 1989, p. 16.

Acaso la respuesta pueda comenzar a darse a partir de este fundamento contenido en “*Quiroga*”:

(...) 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.

Sucede que hay que añadir a las tensiones entre fiscales y jueces, la situación del imputado en el proceso. Él tiene derecho a una decisión imparcial y nadie puede sostener que el tribunal que no atribuye ningún efecto a la abstención fiscal luego de desarrollado el debate –que está previsto para obtener en él, únicamente en él como principio, las pruebas de cargo- siga siéndolo en adelante. Sin hipocresías, hay que decir que si el tribunal continúa el procedimiento lo hace porque ha decidido ya la condena. La deliberación, acto inexcusable bajo pena de nulidad, carece de todo sentido.

Además, la defensa sufre ostensiblemente desde que no puede oponerse a una conclusión de condena que no existió en el debate. Y, también como principio, la defensa únicamente debe basarse en lo acaecido en el desarrollo del debate. El tribunal debería intimar a la defensa para que haga su alegato final en base a la requisitoria de elevación a juicio. ¡Qué cuestión sobrevendría si el defensor se negara a hacerlo, alegando, precisamente, que se adhiere al pedido de absolución efectuado por el fiscal! ¡El tribunal no podría condenar sin defensa!

Claro está, si los roles están diferenciados no solo en la concepción teórica si no en la práctica durante todo el desarrollo del procedimiento penal, no es posible arribar a semejante situación.

4.5.2. *Segundo*, como todo poder, el ejercicio del poder fiscal –que ejerce poder- debe ser controlado. En el *Derecho Constitucional del Poder* se afirma que *a mayor poder, es preciso mayor control*.

La postura mayoritaria de la Corte in re “*Quiroga*” no niega la necesidad de ese control; sentada esa premisa, hay que establecer después los alcances. Y damos razón a la Corte cuando afirma que, a esos fines, no es posible admitir que los jueces muten su rol en el proceso, ejerciendo una función que les es, por principio, ajena. Pero ello no significa ausencia de todo control para los fiscales; por de pronto, hay que destacar –y lo hace la Corte- que existen normas, incluso con proyección en el Código Penal como el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, a las que podrían remitirse los jueces. También, pueden ponerse en marcha los mecanismos de destitución o despido del fiscal. Y la víctima, afectada por una decisión absurda, en caso extremo, podría reclamar del Estado la reparación y éste, a su vez, traer al eventual proceso al fiscal para repetir en su contra.

Ahora bien; en el ámbito del proceso, ¿es posible algún control? Imaginamos que el fiscal que insta el sobreseimiento ante el juez de garantías –es el verdadero rol que cumple, o debería cumplir, aun el juez de instrucción al momento de la clausura de la etapa preparatoria del juicio, hoy, instrucción o investigación instructoria- puede quedar vinculado a un triple control: el de la víctima, que puede resistirlo y, en cambio, pedir la elevación de la causa a juicio; el del juez de garantías, que puede pedir la opinión del superior del fiscal, y el de éste. No sufre el principio acusatorio si se acude al mecanismo de la consulta, porque ella queda circunscripta, finalmente, al ámbito del Ministerio Público Fiscal. Tal vez, la posición más purista llevara a entender que ni siquiera cabría que el juez resistiera el primer requerimiento fiscal; pero, la solución que se propicia, hoy recibida en nuestra ley vigente [artículo 306, CPrPenCh] con la interpretación que de ella propondremos, es admisible en el marco de las potestades provinciales para legislar en materia de procedimientos y así se preservan, creemos, convenientemente los dos intereses en juego, el del imputado y el de la víctima, interés éste que el proceso penal debe resguardar también. Y para quienes incluyen *el interés público prevalente*, igualmente quedaría observada su preservación, en lo posible.

En el juicio –debate- creemos que todavía es posible un control ajustado a los roles que exige observar el principio [adversarial] acusatorio, solución, se dice desde ya, excepcional. La única posibilidad que le queda a los jueces es declarar la nulidad de la intervención fiscal por no cumplir ésta la finalidad a la que está llamada [principio contenido en el artículo 169 del Código Procesal Civil, de la Nación y de la Provincia del Chubut] en presencia de una ostensible desviación de poder. Empero, como los jueces en tal situación mutan su rol, deben apartarse y ya no podrían pronunciar la sentencia. Esto conlleva la realización nuevamente del debate. En rigor, hemos visto en algunos fallos la declaración de la nulidad y el apartamiento de los jueces.

De un lado, así los jueces no admiten la postura arbitraria –e ilegítima, porque seguramente importaría tal desviación un delito penal- del fiscal, al retirar éste infundadamente la acusación, y se resguarda su independencia porque no puede exigírseles que convaliden un delito. De otra parte, el nuevo debate, que, ciertamente, no asegura que no acaecerá un idéntico desenlace, podría evitarse si es que el tribunal se ha integrado con un mayor número de jueces y hay también otro fiscal, que permita el reemplazo inmediato. Esta idea del mayor número de jueces ya estuvo en la intención del Constituyente de Chubut de 1994, como lo dejamos reflejados al comentar el artículo 182, C.Ch.²⁵ Siempre es menos oneroso evitar la reiteración del

²⁵ V. nuestro libro *La Reforma en la Provincia del Chubut*, com. artículo 182, parágr. 84, p. 320. Dice: “Jueces de Refuerzo./ ARTICULO 182. El Superior Tribunal de Justicia en pleno puede, durante determinados lapsos y en la forma que lo prescribe esta Constitución, de conformidad con la reglamentación legal, disponer la actuación de Jueces de Refuerzo para complementar el servicio de justicia en cualquier órgano judicial que lo requiera. Los Jueces de Refuerzo tienen como misión dictar sentencias a fin de descongestionar la sobrecarga y desigualdades en el número de causas en trámite./ En los tribunales de juicio oral pueden ser convocados por el Superior Tribunal de Justicia con el objeto de evitar la reiteración de los debates./ Los abogados que se designan como Jueces de Refuerzo deben reunir los requisitos de los jueces titulares./ La provisión de los refuerzos no supe, en su caso, las responsabilidades de los jueces titulares por retraso en el desempeño de sus funciones”.

juicio. Desde luego, si el fiscal sustituto nuevamente retira la acusación, no cabría otra alternativa que la absolución, sin perjuicio de las consecuencias para el mal desempeño que podrían instarse.

Reiteramos, se trata de hipótesis extraordinarias; la nulidad permite otro control a la actuación del fiscal, con un límite exigido por el derecho del imputado. Pero tal solución, extrema, es una facultad del tribunal y no una exigencia; habrá jueces que entiendan que deben atenerse a la postura del fiscal –en ausencia, claro, de parte querellante- y que prefieran acudir a los mecanismos de responsabilidad de funcionario directamente. Si no se tratara de un grosero desvío del fiscal, es lo recomendable.

La potencia que ahora se le concede a la víctima en el procedimiento penal permite entender que los casos referidos serán todavía menos probables, porque siempre podrá acusar si tiene fundamentos, y ello bastará [doctrina “*Santillán*”].

4.6. Nos es preciso, en aproximación sucesiva, traer a colación otro fallo de la Corte Suprema que permite completar el análisis. En la causa “*Mattio*”²⁶ se reiteró la doctrina sentada en “*Quiroga*”; es de suma trascendencia poner de manifiesto que el doctor Fayt en este precedente, adujo:

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 irrespetando el debido proceso, pues no se condice con el valor que debe otorgarse a la mencionada autonomía.

Es decir que, aun en la postura de quien argumenta que la abstención fiscal en el debate no desapodera de la jurisdicción al tribunal, sin embargo exige la requisitoria fiscal de elevación a juicio y desautoriza la consulta a un órgano judicial porque se afecta la independencia del Ministerio Fiscal. Es decir, no admite que tal requerimiento se supla con la intervención de un juez. Aquí parece, pues, mediar acuerdo entre los ministros de la Corte.

Resta citar la disidencia del doctor Zaffaroni en “*Mattio*”; dijo allí:

Que, en lo pertinente resultan aplicables al caso, sólo parcialmente, los fundamentos que el suscripto vertiera oportunamente en la causa Q.162.XXXVIII. “*Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302*” —voto del juez Zaffaroni—, sentencia de la fecha. / ...Que sin perjuicio de sostener íntegramente los argumentos expuestos en el voto mencionado precedentemente, el caso en examen difiere del anterior por incluir la figura del querellante, que en esta oportunidad se presenta solicitando la elevación a juicio de las actuaciones. /... Que tal como se consignó en el voto mencionado precedentemente, habiendo querellante, la discrepancia se plantea entre la pretensión de éste de elevar la causa a juicio y el pedido de sobreseimiento fiscal. En tal caso, no puede presumirse parcialidad en el tribunal, ya que su intervención sólo tiene por objeto, asegurar al querellante

²⁶ M. 1344. XXXIX - “*Mattio, Celina Edith s/ recurso de queja*” - 23/12/2004 – CSJN.

el derecho que le otorga la ley a ser oído en juicio oral y público./ ...Que aun cuando la elevación en consulta a la cámara de apelaciones resulta viable en este supuesto, ello no habilita al órgano judicial a ordenar el apartamiento del fiscal actuante, facultad de la que carece por tratarse del representante de un organismo distinto y autónomo. [*Subrayado nuestro*].

Y veremos, a partir de sumar este voto, cómo debe integrarse la solución en un supuesto semejante al fallado por la Cámara de Apelaciones de Esquel.

5. Diremos en este acápite que aquella afirmación del doctor Fayt, conforme con la cual nuestro juicio penal es de base continental europeo puede controvertirse a partir de los antecedentes y normas constitucionales que enseguida citamos.

El apelante afirmó en su recurso ante la Cámara de Esquel que la acusación es un pilar del *proceso penal actual*. Subrayó un recaudo del debido proceso penal –la acusación, previa a la condena- como una exigencia *actual* que, sin embargo, estrictamente, nos parece que *siempre* fue una exigencia del *diseño constitucional* de nuestro enjuiciamiento penal, desatendido a poco de entrar en vigor la Constitución de 1853/60.

Esa desatención a lo largo del tiempo, lo hemos dichos antes en otras oportunidades, tan ostensible, da razón a las palabras de Luigi Ferrajoli: *si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia del proceso penal es una historia de errores*.

El objetivo repaso de todos nuestros antecedentes constitucionales permite concluir en que el proceso penal fue concebido siempre, en esos textos de naturaleza fundacional, como *oral, público y adversarial acusatorio*. Esto es lo que significa *juicio por jurados*, expresión invariablemente contenida en aquellos antecedentes, con la sola excepción del Proyecto de Alberdi, que no la contuvo.

Según Del Valle, los constituyentes persiguieron dar seguridad a todos los hombres del mundo que se establecieran en el país, especialmente los sajones, pues se temía de nuestros tribunales de corte colonial, con un procedimiento formulista modelado con ideas inquisitorias. Y fue defendido tempranamente por nuestros autores como el sistema que permitiría un funcionamiento más libre y armónico de nuestras instituciones.²⁷

Apreciamos una línea conductora, siempre referida al juicio por jurados, que se inicia en los primeros intentos constitucionales y culmina en la Constitución de 1853: *Proyecto de Constitución para las provincias unidas del Río de la Plata de la Comisión especial nombrada en 4 de Noviembre de 1812*,²⁸

²⁷ V. Juan Fernando Segovia, “*Las Facultades Legislativas respecto de Códigos, Leyes Generales y Leyes Especiales*”, en *Atribuciones del Congreso*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, Bs. As., 1986, pp. 179-221.

²⁸ Por decreto de 4 de Noviembre de 1812, fue nombrada por el ejecutivo de las Provincias Unidas, una comisión compuesta de los Doctores D. Luis José Chorroarin, D. Valentin Gomez, D. Manuel José García, D. Hipólito Vieites, D. Nicolas Herrera, D. Pedro Somellera y D. Pedro Jose Agrelo, a los que

Capítulo XXI “Del Poder Judicial” [22, 23]; *Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata, de 27 de Enero de 1813*, Sección 3ª, Capítulo 10 [151];²⁹ *Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica* [1813], Capítulo 22 “Del Poder Judicial de cada Provincia” [175]; *el Proyecto de Constitución de carácter federal para las Provincia unidas de la América del Sud*, de 1813 no aludió al juicio por jurados, pero contuvo una notable norma de anticipación;³⁰ *Constitución monárquica de 1815*³¹ [Del Poder Judicial/12];³²

La Constitución de 1819 atribuía al Congreso “Reglar la forma de todos los juicios; y establecer Tribunales inferiores a la Alta Corte de Justicia” [Cap. IV, Atribuciones del Congreso, XXXVII]. Y en la Sección V, Capítulo II “Derechos Particulares”, establecía:

CXIV. Es del interés y del derecho de todos los miembros del Estado el ser juzgados por jueces los más libres, independientes e imparciales, que sea dado a la condición de las cosas humanas. El Cuerpo Legislativo cuidará de preparar, y poner en planta el establecimiento del juicio por Jurados, en cuanto lo permitan las circunstancias.

Ambas disposiciones fueron repetidas en la Constitución de 1826, Sección IV, Del Poder Legislativo, 49 y artículo 164 –éste, con leve alteración de redacción-, respectivamente. El *Proyecto de Constitución para la República Argentina redactado por don Pedro de Angelis*³³ contuvo esta disposición:

125. En las causas criminales el proceso será público; y cuando la Corte Suprema de Justicia crea que pueda introducirse el juicio por jurados, lo propondrá al Congreso para que lo discuta y autorice.

Y arribamos a la Constitución de 1853, en que aparecen las tres previsiones sobre el juicio por jurados, a saber:

Art. 24°. El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados.

se encargó, entre otros trabajos legislativos, que debían someterse al congreso general que se acababa de convocar, el proyecto de una *Contitución política* [así se aclara en nota a pie en *Asambleas*, VI, Segunda Parte, p. 607, en que se inicia la trascripción de este proyecto, que no tuvo atención del congreso].

²⁹ Véase *Asambleas*, VI, Segunda Parte, p. 631.

³⁰ “Art. 50. En todos los procesos criminales gozará el Reo del derecho de ser juzgado pronta y públicamente por un juez imparcial de la Provincia o distrito, en que el crimen se haya cometido; el cual distrito habrá sido establecido por Ley; y de ser instruido de la naturaleza de la causa: de ser careado con los testigos que depongan contra él: y por último de obtener órdenes compulsorias para que comparezcan testigos en su favor, y asista un Abogado para su defensa”.

³¹ V. *Las Constituciones de la Argentina (1810/1972)*, Tomo I y II, Recopilación de Arturo Zampay, eudeba, Bs. As., 1975, p. 211.

³² Ver *Documentos Constitucionales Argentinos*, de Ma. Laura San Martino de Dromi, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., 1994, p. 2167.

³³ Impreso en Buenos Aires en 1852 [v. Ravignani, *Asambleas*, lug. cit., p. 769, nota 2].

Art. 64°. Corresponde al Congreso: ...11- Dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería, y especialmente leyes generales para toda la Confederación sobre ciudadanía y naturalización, sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

Art. 99°. Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en la Confederación esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma Provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Confederación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

Según se sabe, en la reforma de 1860, a pedido del “Estado de Buenos Aires” en su revisión de la Constitución, enmienda aceptada así por la Convención ad hoc reunida en Santa Fe, se modificó la atribución 11 del Congreso, en el artículo 64 que pasó a ser el 67 –hoy 75, inciso 12-, quedando las otras dos disposiciones con el tenor original, artículo 24 y artículo 102 [hoy, 118], respectivamente, conforme con su ubicación en el texto constitucional de 1860.

Respecto del artículo 99 [102 (1860), 118 (1994)], suele decirse que fue tomado de la Constitución de los Estados Unidos, como se aprecia en la comparación:

Artículo III/ (...) Sección/ 1. (...) Sección 2. (...) El juzgamiento de todos los delitos, excepto en los casos de juicio político, se hará por jurados, y tal juicio se realizará en el Estado donde hayan sido cometidos dichos delitos, pero cuando no hubieren sido cometidos dentro de ningún Estado, el juicio se realizará en el lugar o los lugares que el Congreso designe por ley.³⁴

En verdad, parece más inmediata la norma que contuvo la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela de 1811, en su artículo 111 según cita Sagüés:

Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Representantes por el art. 44, se terminarán por jurados luego que se establezca en Venezuela este sistema de legislación criminal, cuya actuación se hará en la misma Provincia en que se hubiere cometido el delito; pero cuando el crimen sea fuera de los límites de la Confederación contra el derecho de gentes, determinará el Congreso por una ley particular el lugar en que haya de seguirse el juicio.

Se prueba de tal suerte nuestro aserto. El juicio a que se refiere el artículo 18 de la Constitucional, juicio penal, es –debe ser, debió ser siempre- *oral*,

³⁴ Traducción de Verónica Gómez del libro *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos* de David P. Currie, ed. Zavalía, Bs. As., 1993 (1988). Puede compararse con otras traducciones, p. ej. la de la página web de la Biblioteca electrónica. Caracas, Venezuela, en que se lee: “3. Todos los delitos serán juzgados por medio de un jurado excepto en los casos de acusación por responsabilidades oficiales, y el juicio de que se habla tendrá lugar en el Estado en que el delito se haya cometido; pero

público, de base acusatorio y por jurados. La nítida separación que el constituyente histórico hizo en el diseño del juicio político entre acusación y juzgamiento [actual artículo 53, C.N.] avala también la señalación precedente.

6. Deberemos incursionar en las normas constitucionales y legales propias de la Provincia del Chubut para, finalmente, extraer la solución que propiciamos.

Chubut sancionó en 11 de octubre de 1994 una nueva Constitución, en reemplazo de la histórica sancionada en 26 de noviembre de 1957 con vigencia desde el día 30 de ese mes y año. La nueva Constitución rige a partir del 15 de octubre de 1994.

Desde el inicio y en relación con nuestro comentario aquí, hay que destacar, mínimamente, las siguientes normas:

6.1. *El Ministerio Público en la Constitución*. Se trata de un órgano inexistente con anterioridad con jerarquía constitucional, aunque tuvo nivel legal [ley 37, Orgánica de la Justicia], integrado, ahora, por el Ministerio Público Fiscal y por el Ministerio Público de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces [artículo 194, C.Ch.].³⁵

Entre las posturas conocidas –integrado en el Poder Ejecutivo, en el Poder Judicial o extra-poder-³⁶, en Chubut ha sido regulado como un órgano *en el Poder Judicial con autonomía funcional*; su independencia es inequívoca. Cabe recordar a *Biagio Petrocelli*, cuando afirmó: “*La evolución del Ministerio Fiscal hacia la independencia pertenece a la historia de la independencia de toda la Magistratura*”.³⁷

El *diseño constitucional del proceso penal* se integra con las previsiones referentes al Ministerio Público, artículos 194 a 197, C.Ch.; especialmente, el numeral 3º del artículo 194 dispone que el Ministerio Público Fiscal *promueve y ejerce la acción penal pública ante los tribunales competentes*. No cabe dudar acerca de los alcances de esta previsión en consonancia con otras de la Constitución provincial: ésta ha diseñado un proceso penal de base acusatorio.³⁸

Por consiguiente, toda interpretación de las normas legales referentes al enjuiciamiento penal debe efectuarse atendiendo a ese *diseño* [artículo 10, C.Ch.].³⁹

cuando no se haya cometido dentro de los límites de ningún Estado, el juicio se celebrará en el lugar o lugares que el Congreso haya dispuesto por medio de una ley”.

³⁵ V. *La Reforma...*, ob. cit., parágr. 88, pp. 323-345.

³⁶ Si es que se admite esta caracterización, *órgano extra poder*, rechazada por destacados constitucionalistas.

³⁷ Véase *El Ministerio Fiscal*, por Francisco Granados, ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 63; también, el examen que hacemos en *La Reforma...*, ob. y lug. cit.

³⁸ Véase nuestra nota “*Bases para un modelo de enjuiciamiento penal conforme a la Constitución*”, en *El Reporter*, número extraordinario dedicado a los diez años de la reforma constitucional de Chubut, Rawson, octubre de 2004, p. 1-6.

³⁹ Dice: ARTICULO 10. Toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por esta Constitución otras restricciones que las que la misma permite o prive de las garantías que ella asegura, son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces.

6.2. *Los tratados sobre derechos humanos.* Es decisiva la norma del artículo 22, C.Ch.⁴⁰ para establecer que en la Provincia rigen todos los tratados sobre derechos humanos, incluso en los aspectos procesales. Amén que la posición que ocupan esos tratados en la Constitución Nacional –y más allá del debate acerca de la potestad que el constituyente de 1994 en el orden federal tuvo para incorporarlos así– los erige en normas obligatorias no tan solo para el Gobierno nacional sino también para cada una y todas las provincias, a todo evento, no hay espacio para ninguna vacilación respecto a que ellos rigen en Chubut de una doble manera: por imperio de la Constitución Nacional [artículo 31] y por imperio de la Constitución Provincial [artículo 22, citado]. Los jueces, de tal suerte, quedan vinculados a los tratados como normativa, cuando menos, de la misma jerarquía que la Constitución local en el ámbito de la legislación de forma [artículo 10, C.Ch.].

Quiere ello decir que el *diseño constitucional del proceso penal* tiene que ver también con esos pactos internacionales que la Nación Argentina ha suscripto, aprobado, ratificado y constitucionalizado [artículo 75 (22), C.N.], y que la Provincia del Chubut ha querido integrar igualmente al mismo nivel de su Constitución en los aspectos en que pudiera requerirse su autónoma decisión, como los procesales [véase el artículo 28, Cláusula federal, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CASDH)], o, si se entendiese aceptable el dictamen de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires en relación con la jerarquía de esos tratados;⁴¹ en esta última tesitura regirían con la jerarquía normativa señalada de todos modos en Chubut en el ámbito de la aplicación del derecho por los jueces [artículo 22, C.Ch. ya citado].

Y, entonces, es menester recordar ahora que, entre las garantías judiciales, la CASDH enumera el derecho de toda persona de ser oída *por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial*, establecido con anterioridad por la

⁴⁰ Ella dice: Derechos Humanos. Interpretación. Responsabilidades./ ARTICULO 22. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Nacional y la presente reconocen, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina./ Es responsable el funcionario o magistrado que ordene, consienta o instigue la violación de los derechos humanos u omite tomar las medidas y recaudos tendientes a su preservación./ La obediencia a órdenes superiores no excusa esta responsabilidad.

⁴¹ DICTAMEN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES SOBRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, emitido “(A)nte la doctrina judicial sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas ‘Arancibia Clavel’ (que motivó el dictamen de esta Corporación de fecha 7 de diciembre de 2004), ‘Espósito’ y ‘Simón’, en los que el Alto Tribunal se pronunció a favor de la primacía de los tratados y convenciones de derechos humanos sobre la Constitución Nacional”. Allí dijo la citada Academia básicamente (punto 5) que “*La doctrina judicial que asigna primacía a los tratados de derechos humanos y a la costumbre internacional sobre las normas de la Constitución Nacional implica conculcar su Art. 31, que establece el orden de prelación jurídica del sistema normativo argentino, y si aceptáramos que la reforma constitucional ha modificado dicho Art. 31, la reforma sería nula de nulidad absoluta, porque así lo disponen los arts. 6º y 7º de la ley 24.309 que convocó a la Convención reformadora y que disponen que ella no puede introducir modificación alguna en la primera parte de la Constitución (Arts. 1 al 35 inclusive), lo que así corresponde de lege ferenda*”.

ley, en la *sustanciación de cualquier acusación penal* formulada contra ella. Por otro lado, es una garantía que emana del texto de la Constitución de Chubut [artículo 44, II párrafo].

Es interesante retomar la caracterización de Ferrajoli, quien llama *imparcialidad (terzietà)* a la ajenidad del juez a los intereses de las partes en la causa; *independencia*, a su exterioridad al sistema político y, más en general, a todo sistema de poderes; *naturalidad*, a que su designación y la determinación de sus competencias sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio. Estos tres aspectos de la imparcialidad del juez, añade, requieren *garantías orgánicas* consistentes en otras tantas separaciones: la imparcialidad exige la separación institucional del juez respecto de la acusación pública; la independencia demanda su separación institucional de los otros poderes del estado y, por otra parte, la difusión de la función judicial entre sujetos no dependientes entre sí; la naturalidad requiere su separación de autoridades comitentes o delegantes de cualquier tipo y la predeterminación exclusivamente legal de sus competencias.⁴²

Y podemos rematar este tramo de nuestras reflexiones así:

La separación del juez de la acusación (...) supone la configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales están como *partes* en la causa, y el tercero *super partes*: el acusador, el defensor y el juez. Esta estructura triádica constituye, como se ha visto, la primera señal de identidad del proceso acusatorio.⁴³

V. CONCLUSIONES. NUESTRA POSICIÓN

Una lectura sistemática del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut, integrando, desde luego, en ella las normas preeminentes de la Constitución, permite arribar, en nuestra opinión, a las siguientes conclusiones.

1. El artículo 306, CPrPenCh [ley 3155] contiene una previsión, en su segundo párrafo, que se ciñe estrictamente al principio acusatorio, como exigencia constitucional, al diferenciar adecuadamente los roles del acusador y del juez, permitiendo un control del fiscal cuando ha requerido el sobreseimiento, en tanto posibilita la consulta por el juez al superior de aquél aunque no habilita al juez a imponer la elevación a juicio. Como la consulta que el juez puede efectuar está dirigida a un fiscal superior, y en tanto el Ministerio Fiscal actúa internamente bajo el principio de la dependencia jerárquica [artículo 194, C.Ch], no se afecta la independencia de éste y se preserva el acusatorio al ser uno de sus miembros el que impone, en todo caso, la elevación a juicio. Esta decisión es –debe ser– considerada vinculante para el juez.

2. En la situación del artículo 306, CPrPenCh., el actual juez de instrucción –figura que ha quedado al margen y aun en contra de la Constitución– actúa (debe actuar) estrictamente como juez de garantías, esto es, como órgano judicial independiente e imparcial en tanto debe expedirse concretamente sobre una

⁴² Ob. cit., p. 580.

⁴³ Ob. cit. p. 581.

potencial *acusación*. Esto es, el juez debe olvidarse de su doble papel –trágico, desde todas las formas- superando el perfil inquisidor que anularía su decisión.

Debe avanzarse a la superación normativa del juez de instrucción y entregar, como quiere la Constitución [artículo 195, numeral 3, C.Ch.], la promoción y ejercicio de la acción penal pública al Ministerio Público Fiscal. Entre tanto, está constitucionalmente desautorizado el juez de instrucción para imponerle al fiscal el requerimiento de elevación a juicio [artículos 18, 31 y 75 (22), C.N; 194, 195, numeral 3; 44, II párrafo; 22, C.Ch.; 8, numeral 1, CASDH; artículo 306, II párrafo, CPrPenCh. (y doctrina de la Corte in re “*Quiroga*” y “*Mattio*”)].

3. El requerimiento fiscal de sobreseimiento no impide la elevación a juicio, fundada, si la víctima la ha instado por los medios autorizados [doctrina del voto en disidencia del doctor Zaffaroni in re “*Mattio*”]. No es dudoso que esta conclusión está permitida frente al artículo 306, párrafo segundo, aunque su texto no contenga esta previsión, porque los jueces están obligados a aplicar *todas las normas* en juego, y las primeras normas procesales penales están contenidas en la misma Constitución de la Provincia. Por lo demás, el interés de la víctima tiene protección en el proceso penal actual [artículo 12, CPrPenCh. (ley 3155)] y ella puede apelar el auto de falta de mérito y de sobreseimiento [artículos 278, 295 y 310, CPrPenCh. (ley 3155)]; ello exige una interpretación armónica, más valiosa por conjugar los diferentes intereses, que admita que la víctima no quede vinculada al requerimiento fiscal en ninguno de sus alternativas, ni en sus contenidos.

4. La desaplicación literal del segundo párrafo del artículo 306, CPrPenCh. en relación con la víctima, no conlleva ni exige la declaración de su inconstitucionalidad desde que puede armonizarse en una interpretación sistemática e integrativa como la que propiciamos.

5. De tal modo, la norma no impide que, existiendo pedido expreso del querellante, el juez (de instrucción actuando como juez de garantías, entre las que se cuentan también las de la víctima) eleve la causa a juicio si lo entiende procedente en los hechos y en el derecho [artículos 22, 10, 35, 195, numeral 3, C.Ch.; artículos 278, 295 y 310, CPrPenCh. (y doctrinas de “*Santillán*”, “*Quiroga*”, “*Garipe*” y disidencia del doctor Zaffaroni en “*Mattio*”)].