

# EL APARTAMIENTO DE LOS JUECES DE UNA OPINION FISCAL FAVORABLE EN MATERIA DE LIBERTAD: UN RETROCESO EN MATERIA DE GARANTIAS

Por Marcela Cabrera De la Rosa y Victor Hugo Gangarossa

**Sumario:** I. El sumario. II. Antecedentes del fallo analizado. III. Puntos críticos. IV. Roles de las partes en un modelo de enjuiciamiento penal ajustado a Constitución. V. Límites a la jurisdicción: Necesidad de pretensión requirente en cuestiones de libertad. VI. Acuerdo de Defensa y Ministerio Público Fiscal sobre la procedencia de la excarcelación: su carácter vinculante. VII. Colofón.

## I. El sumario

*CNCCorr., sala VII, 27-8-2015, "H.M.,M.C." s/Excarcelación. Robo con armas", c. 70.895/2014*

De otro lado, cabe responder al agravio formulado por la defensa (fs. 8), sustentado en la conformidad prestada por la Fiscalía, quien entendió que procedía la excarcelación bajo caución real y el compromiso de comparecer quincenalmente a la sede del juzgado interviniente (fs. 3). Según mi opinión, un dictamen en ese sentido no puede resultar vinculante para la jurisdicción...-Del voto del Dr. Juan Esteban Cicciaro al que adhirió el Dr. Mariano A. Scotto-

Ha sido pacífico el criterio seguido por los tribunales hasta hace poco en torno a que tal conformidad no opera de modo dirimente en favor de la soltura del imputado cuando acuerda con lo postulado por la defensa, al menos en la economía del Código Procesal Penal que resulta aplicable al caso (ley 23.984), pues debe concluirse en que el juzgador cuenta con la posibilidad de denegar la excarcelación o exención de prisión si la prognosis que formula lo conduce a tener por configurados los riesgos de fuga o entorpecimiento, en el marco de un diseño procesal donde la regla es la

instrucción jurisdiccional. Cabe reparar en que, justamente, el caso sub examen se ha iniciado por prevención policial, según lo dispuesto en el art. 195 del Código Procesal Penal -Del voto del Dr. Juan Esteban Cicciaro al que adhirió el Dr. Mariano A. Scotto-.

Nótese que la ley solo prescribe la vista al Ministerio Público Fiscal y la necesidad de que su representante se expida, tras lo cual el juez resuelve, sin contener previsión alguna para el caso de que el dictamen se pronuncie a favor del instituto procurado (art. 331 del Código Procesal Penal) -Del voto del Dr. Juan Esteban Cicciaro al que adhirió el Dr. Mariano A. Scotto-.

...si el juez puede neutralizar un derecho antes concedido, bien puede también denegar aquél que se peticiona; en tanto la medida de mayor rigor en materia de coerción personal, como es la prisión preventiva, puede ser dispuesta por el juez cuando dicta el auto de procesamiento, supuesto en que cabe detenerse en la locución “ordenará” –fórmula imperativa- que trae el art. 312 en su primer párrafo [...] de lo que aquí se trata es de la producción de medidas de carácter cautelar para que el proceso pueda desarrollarse normalmente, siempre que no es posible in absentia (art. 290) -Del voto del Dr. Juan Esteban Cicciaro al que adhirió el Dr. Mariano A. Scotto-.

Por otra parte, ciertamente cuestionable puede resultar la conclusión de que, al cabo, el Ministerio Público Fiscal ha bregado por la excarcelación al dictaminar en este incidente [...] es evidente que al denegar la excarcelación el juez no compartió la opinión de la fiscalía, de modo que bien pudo su titular recurrir lo decidido por la jurisdicción, para lo cual se encuentra expresamente autorizado por una norma general (art. 433) y por otra particular y afín al caso (art. 332) -Del voto del Dr. Juan Esteban Cicciaro al que adhirió el Dr. Mariano A. Scotto-.

Sin actividad recursiva alguna, entonces, lo lógico sería pensar que la fiscalía ha entendido que el juez brindó buenas razones para denegar la excarcelación –en otros términos, se ha convencido de sus argumentos-, criterio que cabe extender a su superior, pues la Fiscalía General bien pudo adherir al recurso de la defensa. Tal inactividad ha implicado una forma tácita de actuación, en el entendimiento de que el dictamen favorable de la fiscalía había sido superado por el ulterior arbitrio del juzgador, en el sentido de que se verificaba algún riesgo procesal. Esa conformidad tácita opera, a la postre, como una forma de desinterés para recurrir en el ámbito de lo

dispuesto por el art. 432 del canon ritual -Del voto del Dr. Juan Esteban Cicciaro al que adhirió el Dr. Mariano A. Scotto-.

Poco compatible sería, en ese sentido, sostener la improcedencia de que los jueces dicten medidas de coerción pese a lo dictaminado por la fiscalía y al propio tiempo que no se arbitre algún remedio (apelación o adhesión, según el caso) para neutralizar semejante impertinencia -Del voto del Dr. Juan Esteban Cicciaro al que adhirió el Dr. Mariano A. Scotto-.

En definitiva, la interpretación que en los últimos tiempos puede verse no resulta sino una extrapolación de los criterios que trae el Código Procesal Penal sancionado a partir de la ley 27.063 que no rige el trámite de éste proceso, de suerte tal que cabe desatender lo argumentado por la defensa en ese aspecto -Del voto del Dr. Juan Esteban Cicciaro al que adhirió el Dr. Mariano A. Scotto-.

Por lo demás, si bien H.M. no compareció voluntariamente a estar a derecho, su aprehensión se materializó en el domicilio que aportó en la causa (fs. 24, 26 y 920) y tanto su madre como su pareja concurren a la audiencia oral, ratificando que cuenta con arraigo –Del voto en disidencia del Dr. Mauro A. Divito-.

Finalmente, es dable destacar que el Ministerio Público Fiscal ha expresado –reiteradamente- su conformidad para que la imputada transite el proceso en libertad (cfr. Fs. 6 y 60 del legajo mencionado y 3 de este incidente), extremo que en modo alguno puedo dejar de ponderar, particularmente en función del criterio que, al respecto, viene esbozando la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (cfr., entre otras, Sala 3, causa N° 28.961/12 resuelta el 17 de abril de 2015) –Del voto en disidencia del Dr. Mauro A. Divito-.

## **II. Antecedentes del fallo analizado**

El 27 de agosto de 2015 la Sala 7 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en los autos mencionados, resolvió confirmar el resolutorio mediante el cual se denegada la excarcelación de la imputada H.M., respecto de la cual, el Juzgado de grado correspondiente había decretado el auto de procesamiento por considerarla “prima facie” partícipe necesaria penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma no apta para el disparo –dos hechos en concurso real de delitos-

conforme las previsiones de los artículos 45, 55 y 166 inciso 2º del Código Penal.

El preopinante entendió, que aún teniendo en consideración que la escala penal prevista para los delitos reprochados superaba ampliamente el tope legal exigido por el artículo 316 segundo párrafo del Código Procesal Penal de la Nación, y que no obstante ello, de recaer eventualmente condena, ésta sería de ejecución condicional atento las previsiones de los artículos 26 del ordenamiento sustantivo y art. 316 segundo párrafo, segundo supuesto del ya citado código formal; igualmente la soltura anticipada de la encausada no resultaría procedente, toda vez que se verificarían los riesgos procesales previstos en el artículo 319 del código formal<sup>1</sup>.

Siguiendo esa línea de pensamiento, el Dr. Cicciaro ponderó en su voto, que los indicadores de peligro procesal de evasión (por él mismo también considerados en un anterior pedido de exención de prisión de la encartada) no habían variado, y que las especiales características del acontecimiento analizado (hecho ejecutado de noche, aprovechando la superioridad numérica de los sujetos activos, el amedrantamiento con un arma de fuego, y la circunstancia de haberse maniatado a una de las víctimas), no permitían la adopción del beneficio excarcelatorio.

Consideró también el magistrado haciendo una prognosis desfavorable, que no resultaba posible en el caso particular que la pena que eventualmente le pudiera corresponder a la imputada, fuera graduada justamente en el mínimo legal previsto para el delito (tres años), circunstancia que a su entender, se hallaba reforzada por la condena ya recibida por otro de los imputados a la pena de cuatro años de prisión.

Finalmente expresó que sumado a la eventual condena de cumplimiento efectivo, la imputada fue oportunamente declarada en rebeldía, por lo cual no habiéndose presentado a estar a derecho, sino hallada con motivo de la orden de captura que pesaba sobre ella, era posible concluir que H.M. no se sujetaría a las condiciones que impone transitar un proceso en libertad.

---

<sup>1</sup> Solo haremos breve referencia a dichas argumentaciones las cuales no fueron transcriptas en el punto I del presente ensayo, en razón que nos abocaremos exclusivamente al tratamiento de las cuestiones atinentes al carácter vinculante del dictamen fiscal.

El punto II de los considerandos del fallo analizado, entendemos es el que refleja el aspecto sustancial del decisorio y justamente sobre ello desarrollaremos el presente comentario.

Esto es concretamente, que ante los agravios materializados por la defensa contra la negativa del juez de grado de conceder la excarcelación, y mediando dictamen favorable de soltura por parte del Ministerio Público Fiscal, el preopinante del Tribunal “ad quem” consideró, en lo sustancial, que dicho requerimiento no resultaba de modo alguno vinculante para la jurisdicción.

Para finalizar esta breve introducción, cabe puntualizar que el voto minoritario (Dr. Divito) efectuó un análisis concreto de las circunstancias fácticas (esto es que si bien H.M. no compareció voluntariamente a estar a derecho, su aprehensión se materializó en el domicilio que aportó en la causa, y tanto su madre como su pareja, concurrieron a la audiencia oral ratificando que contaba con arraigo), que a su criterio y más allá del quantum de la pena, tornaban procedente la concesión del beneficio solicitado.

Asimismo enfatizó y destacó que de manera reiterada el Ministerio Público Fiscal se había expedido favorablemente respecto a que la imputada transite el proceso en libertad a partir de la fijación de obligaciones específicas; esto es, una caución real de quince mil pesos y concurrencia quincenal ante los estrados judiciales; extremo que en modo alguno debía soslayarse al momento de resolverse la cuestión de examen. Finalmente reforzó su posición en el criterio ya sustentado frente a casos análogos (Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala III, causa N° 28.961/12 de fecha 17 de abril de 2015).

### **III. Puntos críticos**

Desde los postulados que entendemos esenciales en el marco de un proceso penal ajustado a la Constitución Nacional (sistema acusatorio); esto es, las funciones de juzgamiento en cabeza de un juez de garantías, imparcial e independiente, y de investigación a cargo del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción penal pública y órgano requirente, advertimos en el precedente comentado ciertos puntos (en especial respecto del voto

del Dr. Juan Esteban Cicciaro) que se contraponen con aquellas premisas que resultan una consecuencia directa de ese principio basal (Roles de las partes, límite a la jurisdicción, acuerdos entre Fiscal y Defensa en cuestiones de libertad), y que desarrollaremos en los siguientes párrafos.

Sobre las cuestiones en crisis podemos mencionar:

a) Sin mediar solicitud por parte del órgano requirente (Ministerio Público Fiscal) de medida privativa de libertad contra la imputada, el juez como director de la investigación dispone denegar la excarcelación bajo el pretexto de control de la legalidad del beneficio petitionado.

b) Se hace referencia a situaciones previstas normativamente donde se permite la declaración jurisdiccional de oficio de medidas de coerción personal; ello sin previa intervención y/o opinión fiscal (por ejemplo: arresto, aprehensión por las fuerzas de seguridad, rebeldía del imputado, denegatoria de excarcelación, revocación de exención del prisión y excarcelación, dictado de auto de procesamiento con prisión preventiva, detención dispuesta por el tribunal de juicio a un imputado en libertad provisional, etc.).

c) Centra el objeto principal del diseño procesal actual (Ley 23.984) en la instrucción jurisdiccional como regla.

d) Se rechaza de manera categórica la conformidad entre Ministerio Público Fiscal y la Defensa como factor dirimente en favor de la soltura de la imputada. Contrariamente, se afirma que el juez puede inferir de oficio los peligros procesales (entorpecimiento de la investigación o riesgo de fuga) que atentarían contra el desarrollo normal del proceso.

e) Se afirma que si bien el juez de grado denegó la excarcelación de la encartada por posible riesgo de elusión, si el Ministerio Público Fiscal no se hubiera convencido de las razones expuestas por el magistrado en dicha decisión, debió haber impugnado el interlocutorio, o en su caso, su superior adherir al recurso de apelación interpuesto por la defensa.

f) Claramente se separan los supuestos de cuestiones de libertad de aquella discrepancia del órgano jurisdiccional con la posición del Ministerio Público Fiscal referidas al objeto de la acusación (fallo "Quiroga", inconstitucionalidad del art. 348 segundo párrafo, primer supuesto del CPPN).

g) Se establece que el sistema procesal penal actual permite la adopción de restricciones de derecho arbitradas de oficio por los jueces en materia cautelar, sin que resulte en modo alguno vinculante el dictamen fiscal favorable frente a esa cuestión. Se hace ver además que las disposiciones referenciadas por la defensa (art. 176 primer párrafo y 190 primer párrafo del nuevo procedimiento sancionado mediante ley 27.063), son de “lege lata” y por lo tanto no aplicables al caso.

h) El propio magistrado preopinante considera prudente y razonable el tiempo de duración de privación de libertad de la encartada a la fecha de la decisión (esto es, un lapso temporal de 22 días).

#### **IV. Roles de las partes en un modelo de enjuiciamiento penal ajustado a Constitución**

Para abordar la temática propuesta partiremos definiendo los roles que deben desempeñar los diferentes actores del proceso penal en un sistema acusatorio, ya que desde su entendimiento podremos determinar y precisar con exactitud el límite que presenta la actividad jurisdiccional frente las pretensiones de las partes, ello siempre desde la lógica que persigue como objeto todo proceso penal de carácter acusatorio.

Y esto es concretamente, entre otras cosas, la búsqueda de la verdad entendida –conforme lo sostiene Alberto Binder<sup>2</sup>-, no como una obligación y una meta que debe perseguir el magistrado, sino como una condición que debe ser exclusivamente exigida al Ministerio Público Fiscal como titular de la acción penal pública, todo ello en un entorno de juego justo, contradicción e igualdad en el proceso.

Por ello a nuestro criterio, y sin necesidad de escudarnos en un cambio normativo, creemos que el único modelo de enjuiciamiento penal ajustado a la Constitución Nacional (sistema acusatorio), es aquel que responde a las funciones de investigación en cabeza de un Ministerio Público Fiscal como órgano extra-poder y titular de la acción penal pública (art. 120 de la Constitución Nacional); y las de juzgamiento en un Juez de garantía que

---

<sup>2</sup> Prólogo de Alberto Binder en “Teoría del caso” de Leonardo Moreno Holman, Ed, Didot, Buenos Aires 2012, pág. 14.

bregue por la debida protección de los principios de bilateralidad e imparcialidad<sup>3</sup>.

En esta línea de razonamiento resulta imprescindible destacar que el rol que debe desempeñar el titular de la acción pública desde la objetividad de su actuación y como órgano requirente, en modo alguno supone una equiparación funcional a la del juzgador, ésta última regida por el principio de imparcialidad. Lo contrario sería reeditar la lógica de los sistemas penales inquisitoriales donde prevaleciendo una sería confusión de roles entre el órgano requirente (fiscal de instrucción) con el de decisión (juez de instrucción), se provocan desarmonías que terminan impactando en los derechos fundamentales de las partes.

En tal sentido entendemos que en el paradigma acusatorio la actividad procesal del Ministerio Público Fiscal –en su carácter de parte- debe estar regida por el principio de legalidad, y que “la persecución penal es tarea del Ministerio Público, con exclusión de los demás poderes del Estado”<sup>4</sup>; ello sumado a que resulta además enteramente responsable del éxito y la conducción de la investigación.

Esta tarea que debe estar direccionada con absoluta objetividad, “...constituye la correcta aplicación de la ley y el aseguramiento de todos los elementos que otorgue beneficio al imputado [...] dado que su objetivo no es solo la acusación sino encontrar una respuesta a lo realmente ocurrido y ofrecer, ante ello, una solución en el marco el sistema jurídico positivo, esto es la restitución de la paz social”<sup>5</sup>.

Consecuentemente al órgano decisor le está vedado ejercer funciones de impulso y sostenimiento de la acción (ejercitar funciones de acusación), siendo su actividad específica y concreta realizar una valoración de la

---

<sup>3</sup> En igual sentido la CSJN in re “Quiroga, Edgardo” (Fallos 327:5863) consideró que “la separación de funciones de perseguir y juzgar además de ser el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, está íntimamente ligado al 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” (Considerando 10 del voto del Dr. Maqueda).

<sup>4</sup> Pereyra, Pablo E. “Modelo acusatorio y persecución estatal, sobre los aciertos y desaciertos en la disputa por la relevancia de la conclusiones del Ministerio Público Fiscal”, en Nueva Doctrina Penal, 2002/A, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, pág. 202.

<sup>5</sup> Alfaro, Vanesa S., “El criterio de objetividad como exigencia a la actuación del Ministerio Público Fiscal” en La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal- III, Revista de Derecho Procesal Penal, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 374.



prueba y decidir conforme a ella, siempre con basamento en la garantía de imparcialidad<sup>6</sup>.

Por supuesto que la imparcialidad del juzgador constituye una regla principal por encima de las demás prerrogativas (Megagarantía), ya que implica el derecho a ser juzgado conforme criterios de independencia, objetividad e igualdad, que efectivamente resguarden los derechos fundamentales impetrados en el bloque constitucional<sup>7</sup>.

En síntesis, tal como lo afirma Julio Loza “los jueces no deben acusar ni los fiscales deben juzgar”<sup>8</sup>.

#### **V. Límites a la jurisdicción: Necesidad de pretensión requirente en cuestiones de libertad**

Desde este norte no podemos dejar de señalar que el ámbito de decisión judicial en materia de libertad, cuando existe acuerdo entre los sujetos procesales (Ministerio Público Fiscal y Defensa), el examen debe centrarse en dicha cuestión, pero ello no de un modo despojado de crítica y análisis conforme a las circunstancias del caso.

Superado el tamiz de control negativo de legalidad, la opinión fiscal favorable (dictamen motivado, coherente, legal y con las obligaciones impuestas razonablemente), sí obliga al juzgador, ya que es el propio Ministerio Público Fiscal como órgano requirente y encargado de la persecución penal, quien expresa -desde la objetividad de su actuación-, su desinterés en mantener al imputado privado de libertad; máxime cuando por la imposición de otras medidas y/o garantías proporcionales y menos gravosas que el encarcelamiento preventivo, considera asegurada la comparecencia y sujeción del mismo al proceso.

---

<sup>6</sup> Para Ferrajoli la imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios o interés de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación con las partes, como con la materia (Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal”, Ed. Trotta, 2009, pág. 578 y ss.)

<sup>7</sup> Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica-, y Regla 4:2 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Procedimiento Penal.

<sup>8</sup> Ver artículo en “Fallos actuales en materia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, 2007, págs. 58-62. En igual sentido ver Ledesma, Ángela E., “Reconocimientos de nuevos estándares en el Proceso Penal” en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 11 al 13 de noviembre de 2009, Buenos Aires, págs. 823 y ss,

El gran inconveniente radica en la confusión de roles y en el empoderamiento de la función del juez de instrucción propio del sistema inquisitivo o mixto, quién en el marco de este modelo, guía su actuación en base a la búsqueda de la verdad del proceso (gestiona intereses y suple la negligencia de las partes –en especial la del acusador público-), y revistiendo el carácter de director de la investigación ordena, produce, valora la prueba, procesa al imputado y lo priva de libertad de oficio.

Desde esta lógica, las partes terminan siendo meras figuras decorativas frente a la actuación jurisdiccional que detenta con total superioridad moral las funciones de decisión e investigación<sup>9</sup>.

Sin perjuicio de los argumentos precedentes aplicables operativamente al sistema procesal nacional actual (ley 23.984), nuestro criterio desde el reconocimiento de las reales funciones de cada sujeto en el ámbito del proceso (órgano requirente y órgano de decisión), supone vedar el dictado de oficio de medidas de coerción al juez interviniente<sup>10</sup>.

Las medidas privativas de libertad deben ser peticionadas por el Ministerio Público Fiscal o querellante a partir de los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, como baremo de su solicitud, la

---

<sup>9</sup> Aún más gravosa resulta la situación de la defensa en la etapa de instrucción, la cual no cuenta con la posibilidad cierta de producir prueba, y aún en el caso de solicitarla, es el propio juez -quien de modo irrecurrible- evalúa conforme su arbitrio, la utilidad y pertinencia de la misma (art. 199 del CPPN). Dicha situación tampoco encontró mejor previsión en los sistemas procesales de corte acusatorio de primera generación, pues en este caso la defensa debía solicitar las probanzas al Fiscal de Instrucción (es decir a su contraparte), quien en caso de denegársela -y previa oposición rechazada-, recién llega al control judicial, decisión también con igual carácter de irrecurrible. Creemos en la estructura de un proceso penal, aún en la etapa preliminar, concebido de manera dinámica, en el cual cada sujeto procesal (Ministerio Público Fiscal, Defensa y Juzgador) realiza distintas funciones y actividades. Así, el sujeto Juzgador imparcial e independiente realiza una valoración de la prueba decidiendo en función de ella, los acusadores ejercen los poderes de la acción penal, y la defensa tiende a rebatir la hipótesis acusatoria revistiendo en un pie de igualdad con la fiscalía, la posibilidad de generar su propia investigación (teoría del caso), coleccionar las evidencias necesarias para sostener su propia contra hipótesis y argumentar acerca de sus pretensiones.

<sup>10</sup> “Aunque parezca una obviedad, la solicitud de la prisión preventiva debe ser a pedido de parte y resuelta por un juez. Así se rompe con la lógica actual tanto de aquellos modelos en que la dispone el juez de oficio, sin sustanciación (sistemas mixtos) como en los códigos que habilitan que la medida cautelar la dispone el fiscal. Esto ordena el rol procesal que le corresponde a cada actor y garantiza la imparcialidad del juez. Los sistemas en los que se dicta de oficio ponen en jaque el derecho de defensa en juicio pues, es a través del principio de contradicción, que se circunscribe el objeto a resolver y los elementos que respaldan las distintas posturas. En concreto, genera que la parte que requirió la medida cautelar deba demostrar cada uno de los elementos exigidos y la defensa refute ese abordaje o proponga un examen diferente del caso” (Martínez, Santiago “El dictado de la prisión preventiva en Argentina” (Revista Pensamiento Penal, Sección Procesos de reforma, 4 de agosto de 2014 (ver en [www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39484](http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39484))). El texto citado fue presentado en el marco de la Reunión de Expertos sobre Prisión Preventiva, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, Mayo de 2013).

que deberá ser controlada judicialmente ante un magistrado en audiencia oral y pública.

Los códigos procesales penales de segunda generación (Código Procesales Penales de Chubut<sup>11</sup>, Rio Negro<sup>12</sup> y Neuquén entre otros, y el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063)<sup>13</sup> responden a estos lineamientos, los que en definitiva solo suponen un reconocimiento de un sistema procesal penal ajustado a la Constitución Nacional que se aparta de la noción de juez omnipotente y dueño del proceso; concepción ésta última propia de los sistemas inquisitivos y de tan arraigada creencia en nuestra práctica judicial cotidiana<sup>14</sup> (el fallo de análisis en un claro ejemplo de ello).

## **VI. Acuerdo de Defensa y Ministerio Público Fiscal sobre la procedencia de la excarcelación: su carácter vinculante**

Partiremos en primer lugar por defender la independencia judicial, no solo de los poderes externos a la magistratura, sino también de otros poderes intervinientes en la administración de justicia, como lo es el Ministerio Público Fiscal.

Y esta afirmación obedece justamente a entender que el juez como sujeto tercero separado de la acusación, “super partes” en la estructura triádica y con poder de decisión respecto de las pretensiones que las partes le traen a conocimiento, no puede hallarse obligado o condicionado ciegamente a la adopción de una de las posturas cuando ésta resulte irrazonable. En tal sentido el ejercicio de la jurisdicción queda habilitado a partir del surgimiento de un conflicto entre las dos partes del proceso, donde cada una de ellas, en un claro ejercicio de contradicción, postulan sus pretensiones.

Es por ello que en la dialéctica del proceso vemos claramente y con mayor rigor científico que una hipótesis determinada (tesis) se enfrenta a una contra hipótesis (antítesis) y que dicho conflicto se resuelve mediante una decisión judicial (síntesis).

---

<sup>11</sup> Arts. 18, 219, 224 y 237 del Código Procesal Penal de Chubut.

<sup>12</sup> Arts. 6, 106, 108, 109, 117 y 118 del Código Procesal Penal de la Pcia. de Rio Negro.

<sup>13</sup> Arts. 9, 176, 177, 178, 182, 183, 185, 188, 189, 190 y 191 del CPPN (ley 27.063).

<sup>14</sup> “La reforma legal que se pueda instrumentar sino se encuentra acompañada de un cambio de mentalidad será imposible. Siempre quedarán resquicios de la cultura inquisitiva que atentara contra la correcta separación de funciones”. Bruzzone, Gustavo en Proyectos de reforma, pág. 420.

Desde la lógica de análisis sentada y a partir de la diferenciación de roles ya comentada, creemos que en materia de libertad: presentado el acuerdo entre Ministerio Público Fiscal y Defensa, el juez debe ceñirse a las pretensiones de las partes, ya que desde el respeto irrestricto al principio de contradicción, se genera el objeto de discusión.

Quien solicite la medida cautelar o se oponga a su concesión (acusación pública o privada) debe determinar conforme a criterios objetivos fundados en los antecedentes de la causa, los riesgos procesales concretos que advierten en el caso y que impiden que el imputado obtenga la libertad<sup>15</sup>. A partir de allí, la defensa por su parte podrá contradecir, refutar o presentar un abordaje distinto que permita al juez tener otra visión sobre los acontecimientos.

Una posición contraria, como la seguida en el fallo de análisis, donde la jurisdicción se aparta de la cuestión propuesta por la partes, excede el límite de su intervención, máxime cuando el propio órgano requirente y de acusación, renuncia a su facultad de solicitar una medida cautelar, ello por considerar asegurada la comparecencia de la imputada al proceso a partir de la imposición de obligaciones menos gravosas e igualmente razonables (fijación de caución real y comparecencia quincenal).

De lo expuesto se concluye que en caso que la defensa solicite la excarcelación y cuente con la opinión favorable del fiscal, el dictamen resulta vinculante para el órgano jurisdiccional quien debe solo controlar la legalidad de la petición efectuada. Ello por supuesto, siempre que se presente de un modo fundado, no se advierta evidencia notoria de apartamiento de la ley, ni se impongan obligaciones irrazonables atento a las circunstancias del caso.

Si alguno de estos presupuestos resulta advertido en la opinión brindada por la acusación pública sobre la concesión de la libertad, el juez puede apartarse, no por irrogarse funciones que le son ajenas, sino porque la propia función jurisdiccional lo obliga a meritar el conflicto conforme las particularidad propias del caso, ello en claro cumplimiento de la garantía de

---

<sup>15</sup> El Ministerio Público Fiscal deberá solicitar una medida cautelar solo en ciertas situaciones (que el caso cuente con la probabilidad de llegar a juicio, efectivamente existen riesgos procesales, debiendo además elegir proporcionalmente la misma y establecer un plazo de duración); desde la defensa ésta podrá oponerse a la detención preventiva argumentando sobre la ausencia de riesgos procesales o cuestionando tanto la proporcionalidad como su duración.

imparcialidad que debe primar en su actuación como el debido control de la legalidad de lo solicitado.

Además de la posición antes expuesta no consideramos fundamento suficiente para el apartamiento del dictamen fiscal favorable, la sola mención de preceptos que autorizan la imposición de medidas privativas de libertad de oficio por parte del órgano jurisdiccional, ya que precisamente el instituto de la excarcelación viene a neutralizar el dictado de medidas de esa naturaleza inaudita parte, ya que el propio artículo 331 del CPPN, prevé expresamente la vista al Ministerio Público Fiscal.

Si la opinión fiscal, a criterio del juez, carece de importancia y no lo vincula tal como se advierte en el fallo analizado<sup>16</sup>, y será el propio juez quien en definitiva valore por sí solo los riesgos procesales que infiere del caso, sería hasta más coherente con la posición adoptada (objeto del proceso-investigación jurisdiccional), sin vista alguna, resolver directamente la pretensión defensiva.

Además que esa tesitura nos resulta totalmente inadmisibles por los lineamientos ya expuestos, también vulnera el principio de imparcialidad y debido proceso legal en tanto que quien debe emitir opinión en una situación concreta y no lo hace –por razones fundadas y motivadas- es el propio Fiscal. En tal sentido, coincide con la defensa y por ende, no existe controversia alguna que dirimir. Sin embargo, ante la intervención del juez que se irroga facultades persecutorias supliendo la actividad acusatoria, el imputado deberá nuevamente defenderse, pero ésta vez, del órgano jurisdiccional.

## **VII. Colofón**

Finalmente nos parece importante resaltar el rol que debe cumplir hoy la magistratura frente a la sociedad, el compromiso que supone disponer decisiones a veces contrarias a la opinión pública (máxime cuando se trata de cuestiones de libertad). Allí reside el principal desafío de respeto irrestricto al debido proceso por parte de un juez de garantías quien debe

---

<sup>16</sup> Debe repararse que lo es en caso de opinión favorable a la libertad del imputado, ya que en el supuesto inverso en la práctica judicial se sigue como dogma la posición de la acusación pública para rechazar el beneficio solicitado.

prudentemente evaluar el conflicto traído por las partes, ello con la debida correlación de valorar la actuación del poder punitivo del Estado que por su propia esencia está llamado a cometer excesos, como el marco protectorio de garantías que debe primar al adoptar decisiones.

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal deberá ajustar su actuación al principio de objetividad, desarrollando su función específica, no como un órgano persecutor a ultranza, sino como un verdadero defensor de la legalidad y del interés público, propiciando el desarrollo del debido proceso legal y garantizando un entorno de juego limpio y reglas claras. En definitiva como enseña Rita Mil un Ministerio Público Fiscal "...constreñido a buscar al culpable, y no un culpable en aras de acallar el posible clamor público"<sup>17</sup>.

A partir de ese equilibrio, lo que hoy se requiere frente a situaciones como la del fallo analizado, no es un juez ni amo y señor del proceso (omnipotente, desoyendo las cuestiones traídas a decisión), ni un simple homologador de acuerdos (carácter vinculante del acuerdo entre partes, sin control alguno), buscamos un magistrado con ojos abiertos que efectúe el debido control de legalidad de lo solicitado por las partes como pueda apartarse en ciertas situaciones, aún cuando medie consenso entre ellas...

---

<sup>17</sup> Mill, Rita "Principios del Proceso Penal", Ponencia General presentada en el marco del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 2011. Comisión de Derecho Procesal Penal).