

“La inconstitucionalidad del procedimiento de consulta previsto en el art. 348 2da parte del C.P.P.N. cuando existe desacuerdo entre el acusador público que pide el sobreseimiento y la intervención de la cámara de apelaciones que termina involucrándose en el ejercicio de la acción penal”. “El fallo Quiroga de la C.S.J.N.”.

Por Roberto Atilio Falcone

a) El derecho a un juez imparcial.

Durante el imperio del sistema inquisitivo el juez lamentablemente guiaba al mismo tiempo la investigación y juzgaba, con lo que se potenciaba enormemente el peligro de ser parcial; el que había reunido las pruebas sólo raras veces estaba en condiciones de apreciar el resultado en forma imparcial<sup>1</sup>. Es que como señala Eberhard Schmidt “solo un juez dotado de una capacidad sobre humanas podría sustraerse en su actividad decisoria a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigatoria<sup>2</sup>.”

Por lo precedentemente expuesto hoy está fuera de discusión que no pueden ejercerse por un mismo órgano las funciones de investigación en la fase preliminar y de enjuiciamiento en el juicio, por cuanto ello supondría el riesgo de que la decisión se pronunciara por un juez carente de imparcialidad. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia del 26 de Octubre de 1984, caso “De Cubber”, entendió que la actuación como juez en el tribunal sentenciador de quien había sido juez instructor de la causa, suponía infracción al derecho a un juez imparcial, por lo cual el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 145 de 1988, declaró que la actividad instructoria, en cuanto con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que

---

<sup>1</sup> Baumann, Jürgen “Derecho Procesal Penal” Desalma 1986 págs. 49 y 55

<sup>2</sup> Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal. Traducción a cargo del José Manuel Núñez, Bibliografica Argeninas, Buenos Aires 1957 pags. 195 y ss.

influyan a la hora de sentenciar. Y aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que requiere el ejercicio de tal función.

Un sistema de juicio criminal en el que el juez deba hacer las funciones del acusador es vicioso por sí mismo decía con toda claridad Filangieri<sup>3</sup>. Siendo el Juez un órgano supraordenado a las partes, no actúa sino cuando se acude a él. Como enseña Tocqueville “por naturaleza el poder judicial carece de acción. Es preciso ponerle en movimiento para que se mueva. Se denuncia y delito y se castiga al culpable. Se le llama para que rectifique una injusticia y la rectifica. Se le somete un acto y lo interpreta. Pero no acude por sí mismo a perseguir a los criminales, a buscar las injusticias o examinar los hechos. El Poder Judicial violentaría en cierto modo esa naturaleza pasiva si actuase por sí mismo”<sup>4</sup>

En esta dirección el art. 118 del Cod. Proc. Crim de 1888 establecía que es a los miembros del Ministerio Fiscal – y no a los jueces – a quienes corresponde promover la averiguación y enjuiciamiento de los delitos; también el art. 2 de la ley 27 dispone que la justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.

La imparcialidad requiere ausencia de prejuicio o favoritismo<sup>5</sup>. La preocupación de Obarrio en orden a la separación de las funciones investigativas y decisorias como soporte del principio de imparcialidad era tal que no sólo previó órganos jurisdiccionales diferentes para las dichas tareas (jueces de instrucción y sentencia) sino que impidió que a la etapa del juicio pudiera ingresarse sin una acusación formulada por un sujeto diferente al que realizó la pesquisa.

En su nota explicativa fechada el 15 de julio de 1882 y dirigida al señor Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Dr. Eduardo Wilde señalaba “No debe olvidarse que nuestro sistema procesal se

---

<sup>3</sup> Ver Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo penal” Ed. Trotta, Madrid 1995, págs. 644 y ss.

<sup>4</sup> Tocqueville, “la democracia en América” pág 101

<sup>5</sup> De Luca Javier “El principio del Juez Imparcial y el procedimiento penal nacional” NDP 1998 “B”, págs 753 y ss

estructura sobre la base de que cuando el acusador arriba a la conclusión de que no corresponde abrir el juicio, no es posible entrar al plenario, porque el plenario es un juicio en materia criminal que participa de la naturaleza del juicio ordinario en materia civil, es decir, es un juicio seguido entre partes, un juicio contradictorio. Entrar al plenario sin acusador, sería lo mismo que abrir la tramitación de un juicio ordinario civil sin existir demandante”. Esta situación es la que debió abordar la Corte nacional al resolver el caso “Baroni”.

En esa oportunidad la Corte, como se dijo, debió resolver acerca del procedimiento de consulta dispuesto en los artículos 460 y 461 del C.P.M.P. que establecía que ante el pedido de sobreseimiento del fiscal de primera instancia, si el juez instructor no estaba de acuerdo, debía remitir la causa a conocimiento del Fiscal de Cámara, y que la opinión coincidente de ambas jerarquías del Ministerio Público obligaba al juez a disponer el sobreseimiento.

Los jueces anularon el dictamen del fiscal de cámaras porque se apartaba de una doctrina plenaria y dispusieron que se diera intervención a otro fiscal para que acusara. El dictamen del Sr. Procurador General Elías Guastavino a cuyos fundamentos se remitió el tribunal se señaló “ que es inadmisibles la conclusión de que los jueces puedan gobernar la pretensión punitiva del Estado, en detrimento del sistema acusatorio que organiza nuestra legislación vigente por el cual se pone en manos de un órgano especial, distinto del que declara el derecho, el cometido de excitar la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción”<sup>6</sup>.

La misma preocupación se advierte en Tomás Jofré quien en su proyecto de Código de procedimiento penal para la Provincia de Buenos Aires vigente desde 1915 señalaba que “la... imparcialidad que debe tener todo magistrado es inconciliable con las funciones de la acusación, funciones que en rigor vienen a desempeñar los jueces, cuando, a pesar de las opiniones del Ministerio Fiscal, o querellante

---

<sup>6</sup> Fallos: 299 :249. Con un giro de 180° la Cámara de Esquel , provincia de Chubut, declaró la inconstitucionalidad del art. 306 del C.P.P.Ch. porque el procedimiento de consulta que prevé en caso de disenso entre el fiscal que pide el sobreseimiento y el juez que entiende que corresponde remitir la causa a juicio , dejando la decisión en poder del Fiscal de Cámara, “violenta la autonomía e independencia de los jueces establecida en el art. 162, in fine de la Constitución de Chubut”. Ver José Raúl Heredia, “el Principio acusatorio” WWW.acader.unc.edu.ar

particular, mandan llevar adelante los procedimientos y pasan la causa a estado de plenario”<sup>7</sup>

A pesar del adelanto propiciado por Manuel Obarrio y Tomás Jofré la inconsecuencia de ambos se advierte: respecto del código nacional al permitir la acumulación de funciones instructorias y decisorias en los jueces de sección y los correccionales y lo propio cabe decir del juez instructor y decisor de la provincia de Buenos Aires recién desplazado en el año 1998 por la ley 11922 que estableció un nuevo sistema de enjuiciamiento penal. Lo grave es que en esta provincia en las llamadas causa de la “transición” todavía interviene el juez instructor – decisor. Ningún tribunal provincial, ha reparado tan grave ataque a la imparcialidad; al menos no se tiene noticias. <sup>8</sup>

La imparcialidad como atributo de la jurisdicción significa amenidad del juez a los intereses de las partes, lo que se concreta al separársele de la acusación, para que finalmente adquiriera ese hábito intelectual y moral - al decir de Ferrajoli – que le permite juzgar con equidistancia. <sup>9</sup>

Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos garantizan este principio (art. 10 DUDH; art. 14 PIDCyP; art. 8.1 CADH), sin embargo son muchas las maneras como un estado puede

---

<sup>7</sup> Ver Jofré Tomás “El nuevo Código de Procedimiento Penal Comentado” Edit. Lajouane 1915, pág 14 y al comentar el art. 212 de dicho código.

<sup>8</sup> Aunque con retraso el fallo de la CSJN in re Massaccesi Edgar s/incidente de nulidad de la elevación a juicio en la causa: “Denuncia s/presuntas irregularidades en el Banco de la Provincia de Río Negro” causa 979/92, fallada el 22/12/98. M39 XXXIV; recurso de hecho. El dictamen del Procurador General ante la CSJN Nicolás Becerra in re “ Zenzerovich”, el fallo de la Sala IV de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal en “Cabral y Vedia “ todos estos fallos se pueden consultar con sumo provecho en el excelente artículo escrito por Gustavo A. Bruzzone “Proyectos de Reforma al código Procesal Penal de la Nación en salvaguarda de la garantía del juez imparcial” CDJP Año V número 9 “B” ps. 417/592. También el excelente libro de Marcelo Sancinetti, “La violación a la garantía de la imparcialidad del Tribunal”, Ad Hoc, año 2001, especialmente la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ps 38 y ss.

<sup>9</sup> Ferrajoli Luigi, “Derecho y Razón” cit pág 580

violación de un tratado internacional. Así en el código procesal penal de la Nación al permitir que frente a la desestimación de la denuncia la instrucción se abra por decisión de la cámara de apelaciones al aplicarse supletoriamente la regla prevista en el art. 348 2da parte del C.P.P.N.<sup>10</sup>, el dictado del auto de procesamiento y prisión preventiva por el juez instructor de oficio<sup>11</sup>, la producción de prueba de oficio por los jueces que integran el Tribunal Oral (art. 356,387 CPPN) supuestos todos que afectan de manera grave y directa la imparcialidad del órgano judicial interviniente<sup>12</sup>.

En el contexto antes expuesto “ lo que está en juego es la confianza que los tribunales en una sociedad democrática deben inspirar en el público y, en el acusado, sobre todo, en cuanto respecta a los procedimientos criminales “<sup>13</sup>. Es lo que se ha dado en llamar test objetivo de imparcialidad y que determina el apartamiento del juez ante una duda legítima o razonable sobre su imparcialidad. El test subjetivo – por el contrario – trata de indagar la existencia de una convicción personal del magistrado en un caso dado. El juez se presume imparcial hasta que se demuestre lo contrario.

En el proceso penal el juez, no elegido por el voto popular “debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no solo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial”<sup>14</sup>. Es por ello que en Roma los jueces eran libremente recusados después de reunirse por sorteo el número

---

<sup>10</sup> Con relación al pedido de desestimación de la denuncia, en ocasión de la vista del art. 180 del C.P.P.N., v “Avila, Blanca Noemí” resuelta por la Sala V de la C.N.C.P. el 2 de julio de 1993. Ver C.D.J.P., Año 1 nro 0 págs 323 y ss.

<sup>11</sup> En España se ha resuelto que su adopción de oficio infringe el art. 24.2 de la Constitución española, que debe adoptarse a instancia de las partes acusadoras para que el juez conserve su imparcialidad con celebración de una audiencia previa. La ley 13.449 de reformas al código procesal penal de la provincia de Buenos Aires sigue el mismo sistema aunque no autoriza a disponerla a pedido del Particular Damnificado.

<sup>12</sup> Clariá Olmedo justificó las predichas facultades como excepción al principio acusatorio en función de la “indisponibilidad del objeto procesal penal y la necesidad de la investigación integral de la verdad”. Ver Clariá Olmedo, Jorge “Derecho Procesal Penal”, T III, Marcos Lerner, Córdoba 1984, pág 176.

<sup>13</sup> Conf. “Fey v. Austria “ Serie A 255-A s30; “Thorgeir, Thorgeirson c, Islandia” Serie A 239, SS 51 cit por Luis Mario García “La noción de Tribunal Imparcial en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos”. El caso “Zenzorovich” una oportunidad perdida Sup. Revista L.L. 26/11/99 pág. 1/42

<sup>14</sup> Ferrajoli Luigi “ Derecho y Razón pp 581/582

requerido; también en el proceso francés luego de la Revolución Francesa se concedió a las partes el derecho de recusar a uno de los jueces sin motivo alguno, todo lo cual preservaba la imparcialidad del tribunal interviniente.

b) El principio acusatorio también atiende a la imparcialidad del juez.

Enseña Montero Aroca que el principio acusatorio atiende a la imparcialidad del juez.<sup>15</sup>

Es característica del modelo teórico e histórico acusatorio la rígida separación del juez de la acusación, la igualdad entre acusación y defensa, la publicidad y la oralidad del juicio. Esta tendencia naturalmente acusatoria del proceso penal antiguo, tal como aparece en Grecia y en la Roma Republicana, tiene su origen en el carácter privado de la acusación. El paso de la venganza de sangre al derecho penal se realiza con la atribución del juzgamiento a un órgano imparcial aunque la titularidad de la acción penal permanece por un largo período en poder del ofendo o su grupo familiar. Destaca Ferrajoli que “Es precisamente de esta naturaleza privada o polar – y en cualquier caso voluntaria – de la acción penal de donde derivan, en el proceso romano ordinario, los caracteres clásicos del sistema acusatorio de la prueba, la naturaleza del proceso como controversia basada en la igualdad de las partes, la atribución a éstas de toda la actividad probatoria y hasta de la disponibilidad de las pruebas, la publicidad y oralidad del juicio, el papel de árbitro y espectador reservado al juez...”<sup>16</sup>

Sin embargo al afirmarse el carácter público del derecho penal y el cumplimiento de finalidades preventivo generales, la acusación pierde su carácter privado haciendo su aparición un “vengador público” como lo designara Montesquieu en Austria con la Constitución Teresina de 1768 y, sobre todo, en Francia con el Código de Instrucción francés de 1808 y el ordenamiento judicial de 1810 quienes atribuyeron el monopolio de la acción penal al Ministerio Público.

---

<sup>15</sup> Montero Aroca Juan “ El principio acusatorio. Un intento de valoración conceptual”. Ver justicia 92, número IV, Juan M Bosh, Barcelona,

<sup>16</sup> Ferrajoli Lugi. “Derecho y Razón” op cit pág 565

Recuerda Ferrajoli que Montesquieu estaba a favor de “esta ley admirable que dispone que el príncipe, instituido para hacer cumplir las leyes, proponga un fiscal en cada tribunal para perseguir en su nombre todos los delitos”<sup>17</sup>

A partir de esta modificación no debe entenderse que la discrecionalidad de la acusación sea consustancial al modelo acusatorio; por el contrario, comporta, lógicamente y funcionalmente el principio opuesto de obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal por parte de los acusadores públicos.<sup>18</sup>

Por lo tanto la asimilación que se advierte por cierta doctrina y jurisprudencia entre el principio acusatorio y el dispositivo resulta incorrecta.

En el ámbito del proceso civil donde rige plenamente el principio dispositivo resulta prevaleciente la voluntad de los participantes (art. 1197 CC); el pretendido titular del derecho sustancial debatido es el demandante; de allí que contemple formas de conclusión desechables para el proceso penal (desistimiento, allanamiento). Es que el postulado fundamental del principio dispositivo radica en la disponibilidad del derecho de fondo por las partes, ya que el órgano judicial se halla vinculado a las declaraciones que éstas realicen respecto de la suerte del proceso, o en orden a la modificación o extinción de la relación de derecho material en la que se fundó la pretensión<sup>19</sup>. El Ministerio Público es un sustituto procesal que actúa en virtud de un interés funcional pero respecto de un derecho ajeno, que por lo tanto no puede desistir. De allí que ante el pedido de absolución formulado en el debate oral el tribunal se encuentra impedido de dictar sentencia condenatoria, que no es lo mismo que

---

<sup>17</sup> Ferrajoli Luigi. op.cit.pag. 645 quien advierte sobre la áspera polémica mantenida con Filangieri el que abogaba porque sólo se le reconocieron funciones subsidiarias o supletorias (pag.568)

<sup>18</sup> Ferrajoli Luigi op cit. 569 quien para aventar confusiones agrega: ... “por obligatoriedad de la acción penal no debe entenderse, como se ha dicho a propósito de la inderogabilidad del juicio, un irrealizable deber de proceder por el más leve u oculto delito pag. 570

<sup>19</sup> D´Albora Francisco “ Cod. Proc. Penal Comentado” Lexis Nexis pág 570 .

afirmar que la absolución resulte obligatoria (este razonamiento puede inferirse del voto del Ministro Maqueda, considerando XV)<sup>20</sup>

Por último no cabe exigir imparcialidad en la actuación de los órganos a cargo de la investigación preparatoria; cuando la etapa preparatoria la lleva adelante el fiscal tiene el deber de actuar con objetividad atendiendo a todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles arbitrando las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad, con prescindencia de que puedan resultar favorables o desfavorables para el sospechoso. El fiscal es una parte y la defensa de la legalidad como función no autoriza a hablar de parte imparcial lo cual constituiría una *contradictio in terminis*. El único tercero imparcial en el proceso es el juez <sup>21</sup>

Aquí corresponde formular dos aclaraciones. En primer lugar cuando se dice que el fiscal es parte, no se lo hace en el sentido expresado por Eberhard Schmidt: “el proceso penal por delito de acción pública no es un proceso de partes por cuanto nadie dispone del contenido material”.<sup>22</sup> Parte desde un punto de vista estrictamente procesal, es aquel que postula una resolución judicial frente a otra persona (parte activa), y aquel contra quien se insta dicha resolución, con independencia de que el actor sea o no titular del derecho material hecho valer.<sup>23</sup> La segunda aclaración tiene que ver con que si bien no se exige un fiscal “con conciencia de que se juega su carrera y persecutor con saña, a quien por sobre sus parágrafos, todo lo humano le resulta extraño, que, con fariseísmo subalterno, contabiliza las absoluciones como derrotas y las condenas como victorias, esta calcomanía crítica de la justicia es tan sugestiva que la forma verdadera del ministerio público puede aparecer tras de ella como un

---

<sup>20</sup> Ver Falcone - Madina “ El proceso penal en la Provincia de Bs. As.” Ad Hoc. Año 2005 pags. 403 ss donde se confronta el régimen anglosajón con los postulados que presiden el sistema europeo-continental.

<sup>21</sup> Montero Aroca Juan y otro “Contestaciones al programa de Derecho Procesal Penal 1997, pag. 107 y Carnelutti Francesco “Derecho Procesal Civil y Pena” T II Principios del Proceso Penal”, EJE; Buenos Aires, 1971 pág. 44

<sup>22</sup> Conf. Eberhard Schmidt “ Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal”, cit. Nota 13.



cumplido piadoso de nacimiento y una pose oratoria para su festejo”.<sup>24</sup> Se exige, sí, que el fiscal no supla al juez, y que no abandone, por supuesto, el criterio objetivo que debe presidir toda su intervención en el proceso penal<sup>25</sup>.

Entrando ahora sí al texto legal: el art. 348 del CPPN en su parte 2da dice “ El juez dictará el sobreseimiento si estuviere de acuerdo con el requerido. De lo contrario, sea que no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal o sea que sólo el querellante estimara que debe elevar la causa a juicio, dará intervención por seis (6) días a la Cámara de Apelaciones. Si esta entiende que corresponde elevar la causa a juicio, apartará al fiscal interviniente e instruirá en tal sentido al fiscal que designe el fiscal de cámara o al que siga en orden de turno”<sup>26</sup>.

Antes de responder a los interrogantes sugeridos por la norma resulta conveniente recordar que la etapa intermedia o también llamada “crítica instructoria” ha experimentado importantes modificaciones en sus diferentes etapas históricas; en ello ha prevalecido o no, según concepciones más o menos democráticas, la opinión del Juez instructor.

En 1791 la Asamblea Constitucional en Francia sanciona una ley procesal penal conforme a los ideales que representaba la revolución de 1789 instituyendo el jurado de acusación. Este jurado con clara

---

<sup>23</sup> Ver Gimeno Sendra, Vicente y otros “Derecho procesal Penal”, Colex, Madrid, 1996 ps 158.

<sup>24</sup> Ver Roxin , Claus, “Posición Jurídica y tareas futuras del Ministerio Público” en AAVV “El Ministerio Público en el Proceso Penal”, Ad Hoc, 1993 ps 39.

<sup>25</sup> Bertolino destaca “la garantía de un juez” durante la investigación fiscal preparatoria establecida en el código bonaerense a fin de custodiar el debido proceso. Compara el sistema mencionado con el francés y alemán, remarcando que el juez investigador está en retirada, lo cual asegura la imparcialidad del órgano judicial. Ver Bertolino Pedro” El Juez de Garantías”, Depalma, 2000, ps 56 y ss.

<sup>26</sup> En el fallo “Mattio” (M.1344 XXXIX) la Corte Suprema dejó sin efecto una decisión de la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional que había rechazado un planteo de nulidad efectuado por el fiscal respecto de la resolución de un juez correccional que elevó la causa a la Cámara de Apelaciones en consulta y el auto en el que dicho órgano jurisdiccional apartó al fiscal interviniente conforme lo dispuesto por el art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación. En el voto del Ministro Zaffaroni se advirtió que, si bien eran totalmente aplicables los fundamentos vertidos en “Quiroga”, la situación tratada se distinguía de aquella porque incluía la figura del querellante pidiendo la elevación a juicio, por lo cual “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 el derecho que le otorga la ley a ser oído en juicio oral y público” (Consid. IV). “ Que aún 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” (Consid. V). Ver causa “Alarcón” del 27-12-2005, Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal, inédito.

influencia del derecho anglosajón estaba formado por ocho jueces accidentales, presidido por una profesional, que no intervenía en la deliberación, y que tenía como misión decidir acerca de la apertura del juicio <sup>27</sup>

A poco de andar, más precisamente el código termidoriano de 1795 y luego el napoleónico de 1808 dieron vida a aquel “monstruo”, llamado proceso mixto “extraña mezcla del proceso acusatorio e inquisitivo” en palabras de Mario Pagano, predominantemente inquisitivo, en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y exento de la participación del imputado. Aquí aparece el juez de instrucción integrando con otros dos jueces profesionales la Cámara de Consejo, pero que en ciertos casos dejaba en manos del primero la decisión de remitir la causa a juicio. Con éstas innovaciones la etapa intermedia ha quedado ligada a la instrucción y no ha podido desembarazarse de los componentes inquisitivos que la rigen.

A fin de garantizar la imparcialidad del órgano judicial se prevén diferentes sistemas que dejan en poder de un órgano diferente al que ha intervenido en la etapa preliminar la decisión de abrir o no la etapa del juicio.

En Italia el régimen procesal vigente desde 1988 dispone la realización de una audiencia preliminar a cargo de un magistrado diferente al que intervino en las indagaciones preliminares, que es quien en definitiva decide la apertura del juicio.

La resolución de pasar a la etapa de debate debe quedar reservada a un órgano judicial que no haya tomado parte en la investigación preparatoria a fin de garantizar su imparcialidad. El art. 348 2da. parte del CPPN fulminado por inconstitucional por la CSJN en el fallo comentado, al disponer que sea la cámara de apelaciones el órgano que instruya al fiscal para que requiera la elevación a juicio, involucra al juez en la acusación, violentando su imparcialidad. El sistema acusatorio requiere de jueces espectadores, dedicados a la

---

<sup>27</sup> Ver Alvarez Alejandro “ El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público “ en AAVV “ El nuevo Código Procesal de la Nación, editores del Puerto, año 1993 pags. 153 y ss

objetiva valoración de los hechos, indiferentes respecto de los intereses en conflicto.

En esa dirección no cabe más que coincidir con la Corte, en especial con el voto del Ministro Fayt porque... “resulta claro que la aplicación del segundo párrafo del art. 348 de la ley procesal en tanto establece un sistema de elevación en consulta por parte del órgano jurisdiccional – 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” (considerando 39, del voto del ministro Fayt)

De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que no corresponde la tribunal involucrarse en el ejercicio de la acción penal; que ello ocurre cuando a pesar del pedido de sobreseimiento del Ministerio Público Fiscal, la Cámara de Apelaciones ordena la elevación de la causa a juicio. Con tal proceder se viola la garantía que asiste al imputado de ser juzgado por un órgano independiente e imparcial y se afecta la autonomía del órgano acusador reconocida en el art. 120 de la C.N.<sup>28</sup>

En doctrina y jurisprudencia el sistema de consulta había recibido numerosas adhesiones.<sup>29</sup> Una de peso, la de Francisco D’Albora “aunque imperfecto entre nosotros carece de sentido negar el control de un tribunal sobre la actividad del Ministerio Público Fiscal cuando la propia Constitución impone la fiscalización cumplida por otro poder – el Congreso – con alcance mayor porque puede culminar con la destitución del Presidente o sus ministros (arts. 53 y 59 C.N.).<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> No entramos al análisis de la derogación del art. 348 2da parte del CPPN por la ley 24946 ya que ello ha recibido adecuada respuesta en la sentencia de la Corte que comentamos

<sup>29</sup> D’Albora Francisco “Código Procesal penal de la Nación “ Sexta edición, Lexis Nexis año 2003, pág 747, Palacio Lino “ Acerca de la declarada inconstitucionalidad del art. 348 párrafo segundo del Código Procesal Penal de la Nación “ Sup. Rev. La Ley del 30/X/1997. también TOC Nro. 7, L.L. 1996-D- pág. 516; CNCP Sala I, L.L. 30/XI/2001 entre otros.

<sup>30</sup> D’Albora Francisco, op cit pág 748

Por lo tanto debemos reflexionar si lo resuelto por la Corte ¿impide toda suerte de control sobre el pedido de sobreseimiento por parte de la Cámara de Apelaciones cuando no hay querellante que requiera la elevación de la causa a juicio? ¿Podrían filtrarse a través de ésta interpretación criterios de oportunidad no reglados en el ejercicio de la acción penal?

c) ¿Qué queda para la jurisdicción?

Despejada la confusión de asimilar el principio dispositivo con el acusatorio y excluido el error denunciado por Ferrajoli de que el modelo teórico acusatorio implique la discrecionalidad de la acción, cabe entender, por el contrario, el principio opuesto: obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción. Sin bien ello no conlleva el deber de proceder por el más “leve” u “oculto” delito.

En realidad aquí se postula que el principio de sujeción a la ley que rige toda la función judicial también debe ser rigurosamente observado por el órgano de la acusación a fin de evitar que aniden criterios potestativos y/o discrecionales en la actuación del Ministerio Público.

La igualdad de todos los ciudadanos ante la ley se asegura mediante un adecuado control judicial que impida homologar dictámenes arbitrarios del Ministerio Público, consagrando un poder de absolución sin control alguno, o disponiendo de las situaciones penales al margen de lo que dicte el derecho vigente.

Por ello, con el propósito de asegurar la imparcialidad del tribunal del juicio es que el órgano judicial no debe involucrarse en el ejercicio de la acción penal; pero a su vez, en caso de duda el Ministerio Público Fiscal debe adoptar las interpretaciones de la ley que conduzca al mantenimiento de la acción penal, no a su extinción.

En esa dirección el voto del ministro Maqueda señala que “otro principio que también desalienta la arbitrariedad del fiscal es el de “legalidad”. En efecto si bien la Constitución Nacional no contiene norma alguna que imponga el principio de legalidad en la promoción de la acción penal, ni lo impone el nuevo art. 120, lo cierto es que el sistema procesal nacional encuentra su piedra angular en dicho principio de legalidad o indiscrecionalidad, antítesis del de oportunidad o discrecionalidad persecutoria. Así el art. 71 del Código Penal

dispone que “deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales. Al establecer el imperativo “deberán” implica el principio de legalidad como regla” (Ver considerando XXVI del voto del Juez Maqueda)

La necesidad de fundar los requerimientos del Ministerio Público Fiscal encuentra sustento en la forma republicana de gobierno. La motivación de las razones que han llevado a un funcionario “esclavo de la ley al decir de Velez Mariconde” a dictaminar en uno y otro sentido no es una elemental cortesía sino un riguroso requisito que exige el estado de derecho democrático.<sup>31</sup>

El fallo de la Corte Nacional al declarar la inconstitucionalidad del art. 348 2da. parte del CPPN no suprime el control del requerimiento conclusivo de Ministerio Público Fiscal, el que quedará en poder del Fiscal General en caso de mediar discrepancia con la cámara de apelaciones.(Control Interno). Ello así porque si la cámara está de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal, su imposición resulta obligatoria.

Ahora bien, encontrándose vinculado el Ministerio Público al principio de legalidad (art. 71 C.P. y 5 CPPN) no podrá alegar razones de política criminal (oportunidad) para requerir el sobreseimiento debiendo formular “motivada y específicamente, sus requerimiento y conclusiones” (art. 69 CPPN) y “ Los dictámenes, requerimientos y toda otra intervención en juicio de los integrantes del Ministerio Público deberán ser considerados por los jueces con arreglo a lo que establezcan las leyes procesales aplicables al caso (art. 28 ley de Ministerio Público).

De lo dicho surge con claridad que la motivación del requerimiento conclusivo y la apreciación de los elementos de convicción incorporados al proceso que allí se hace, como las normas del derecho vigente, cuya aplicación se solicita, resulta controlable por el órgano jurisdiccional. La Corte no ha derogado el control externo que le corresponde al poder judicial a fin de “evitar hipótesis inconexas

---

<sup>31</sup> STC Sentencia 54/96 con voto ponente de Vicente Gimeno Sendra. Ver Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales T XLIX, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1998 fase II p. 698

y obtener resultados sin contradicciones asegurando la conexión sistemática de la norma con todas las partes de la regulación”.<sup>32</sup>

De acreditarse un apartamiento a las disposiciones citadas, no una mera opinión diferente respecto de la discrecionalidad técnica en orden al ejercicio de la acción penal, facultad privativa del Ministerio Público Fiscal – queda expedita la sanción de nulidad (art. 166 y ss del CPPN), función que compete a los jueces para preservar la legalidad sustancial del sistema.<sup>33</sup> Queda claro también, que la discrepancia del juez con el pedido de sobreseimiento fiscal, existiendo acusación del querellante (requerimiento de elevación a juicio) puede válidamente ser resuelto por la cámara de apelaciones, que en esta hipótesis no violenta el principio de imparcialidad. Aquí la cámara, si coincide con el juez de primera instancia en cuanto a la improcedencia del sobreseimiento, limita su actuación a asegurar el derecho del querellante a la apertura del juicio oral. En este caso se ingresará a la etapa del juicio con la acusación del querellante particular.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Ver Righi Esteban “ El control de las decisiones no acusatorias del Ministerio Público “ Lexis Nexis 30-7-2003 págs. 26 y ss con cita de Jakobs Gunther “ Derecho Penal” Parte general, 1995 Madrid pág. 94

<sup>33</sup> Ver Falcone Roberto “ El proceso penal en la Provincia de Bs. As. “ Ad. Hoc., año 2005 págs. 404 y ss; Righi Esteban .” El control de las decisiones no acusatoris del Ministerio Público op. cit. pag. 26 y ss.; Gil Lavedra, Ricardo “ Legalidad Vs. Acusatorio” Una falsa controversia, C.D.JP, Año III Nro. 7 págs. 829 y ss quien con claridad señala “ Pareciera que no es difícil, entonces, que los vicios graves de motivación en el pedido de sobreseimiento conduzcan a su nulidad. Asimismo, los arts. 272 y 274 del Código Penal imponen sanciones a los fiscales que falten a sus obligaciones legales (págs. 847); Ledesma, Angela Ester, en AAVV libro homenaje a Francisco D´Albora “ El Objeto Procesal Penal. Momento en que se define” págs. 308 y ss especialmente pág. 344 y TOF de MdP en SJPLL 30/11/1998, con voto del suscripto y nota de Luis Darritchon.

<sup>34</sup> Causa “Mattio” cit nota 26.