

La ley 12.734 y el pedido absolutorio Fiscal

Dr. JORGE RENÉ PATRIZI

Juez de Primera Instancia
en lo Penal de Instrucción
8ª Nominación
Santa Fe

El Sistema acusatorio

Sistema acusatorio puede llamarse a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes, y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez, según su libre convicción¹.

La separación de 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. Esta separación es requerida por el axioma *nullum iudicium sine accusatione*, que es la base del sistema garantista; comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación —con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresadas reservada a aquellos que enjuician como consecuencia de la prohibición *ne procedat iudex ex officio*—, sino también y sobre todo el papel de parte —en posición de paridad con la defensa— asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente

falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de la separación, así entendida, representa una condición esencial de la imparcialidad del juez respecto a las partes de la causa.

El principio ha sido caracterizado mediante las fórmulas *nullum iudicium sine accusatione* —garantía procedimental de la formulación de una acusación determinada contra el imputado como acto previo y de delimitación del juicio que debe formularse en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin, debiendo contar necesariamente con la prueba que justifique mínimamente la «probabilidad» de la culpabilidad del acusado, integrada por la información de todos los indicios que la justifiquen para que el imputado tenga la posibilidad de refutarlos y nada le sea «escondido» de cuánto se prepare para su daño o de cuánto se hace o se hará para reforzar el preconcepto de su culpabilidad y destruir la presunción de inocencia que siempre le asiste—. La carga de la prueba le incumbe al Ministerio Público, en tanto que al imputado le incumbe el derecho de la refutación y al juez la función de juzgar

libremente la fiabilidad de las verificaciones o refutaciones expuestas, *nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*².

Zaffaroni y Lorenzetti en «Amodio» explican que desde la perspectiva del derecho de defensa del imputado la jurisdicción se halla limitada por los términos del contradictorio y por el principio de igualdad, operando como garantía de equilibrio dentro de un proceso que en ocasiones puede llegar a tener más de dos acusadores, y esto no es otra cosa que lo antes expresado, puesto que el juicio debe iniciarse a partir de una acusación en los términos antes enunciados y la prueba de cargo que refiera al sostenimiento de la misma debe haber sido exhibida anteriormente a la defensa (vgr. Art. 275 «*el fiscal dará a conocer al imputado... las pruebas fundantes de la intimación...*»; art 295 «*el requerimiento acusatorio, para ser válido deberá contener... 3.- los fundamentos de la acusación, con la expresión de los elementos de convicción que lo motivan;... con la acusación se acompañarán los documentos y medios de prueba materiales que se tuvieran...*»).

Por otra parte también habla del principio de correlación entre la acusación y el fa-

llo como garantía de defensa en juicio, pues el derecho a ser escuchado reclama del tribunal un pronunciamiento que debe expedirse sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación que regla el máximo de decisión del fallo penal y la pretensión punitiva forma parte de ella por lo que el magistrado no puede superar aquella so pena de un ejercicio jurisdiccional *extra o ultra petita*.

El método adoptado por el Código es el de acuerdo de fiscales y no de revisión jurisdiccional, donde el Fiscal puede disponer si archiva la causa por no existir delito, realiza o no la investigación de acuerdo a principios de política criminal, dispone la posibilidad de aplicación de un principio de oportunidad o el inicio de la investigación; en caso de alguna disconformidad, la víctima o querellante puede recurrir a los superiores del Fiscal y es allí donde se deciden los pasos a seguir, según comparta o no el superior la opinión del Fiscal.

Ahora bien, cuando el fiscal decide llevar la causa a juicio; el procedimiento cambia donde el Ministerio Público presenta el caso ante el Juez de la Investigación, quien en su caso dispone proseguir con el juicio.

Esto es así puesto que el Ministerio Público, debiendo mantener un criterio objetivo, formulando requerimientos aun a favor del imputado (85), cuando decide llevar a una persona a juicio, imputándole un determinado hecho presuntamente delictivo, es porque ya pasó por todos los filtros previos y estima que el bagaje de pruebas de cargo así lo indican.

Ahora bien, ¿se vulnera el sistema acusatorio —en cuanto a la garantía de defensa en juicio y debido proceso—, cuando luego de todo el desarrollo del juicio, el fiscal solicita la absolución y no obstante ello, el Juez o tribunal falla condenando al imputado?

La Corte Suprema se ha encargado de este tema en diversos fallos, si bien los más conocidos son Tarifeño, Marcilese y Mostaccio; éstos son consecuencia de otros anteriores en los que se han ido perfilando dos posturas: una que es la que actualmente se encuentra en vigencia que es la que ante un pedido absolutorio del Fiscal, el Juez deberá absolver y la otra que expresa lo contrario, el Juez ante un pedido absolutorio del Fiscal, igualmente puede fallar.

Estas posturas podrían resumirse:

La primera postura se funda en la violación de la defensa en juicio y debido proceso que podría resumirse conforme a lo dicho por los precedentes judiciales del siguiente modo:

- La exigencia de acusación como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable (doctrina del fallo Santillán) y 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 lo que encuentra sustento en la doctrina del caso Mattei el art. 18 de la *cn* exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por jueces naturales (que derivan del fallo Nuñez Manuela c/ Rocca de Ominelli, Manuela; fallos 125:10 Año: 1916) (del dictamen del Procurador en Marcilese (325:2005).

- La estricta separación de funciones de acusar y juzgar responde a la exigencia estructural de un proceso justo, con reales y eficaces posibilidades de defensa y jueces lo más desvinculados posible de los intereses en juego para que puedan juzgar con grado aceptable de imparcialidad (del

Voto Dr. Maqueda. Consid. 10 en Quiroga (327:5863)

- Quien se encuentra sometido a proceso penal ve diezmada su capacidad anímica, afectada su serenidad y confianza de modo que es necesario que fundadamente se defina su posición frente a la ley y la sociedad (doctrina de Mattei expuesta por Dr. Maqueda en Quiroga).

- 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 los extremos y preparar su defensa sin sorpresa alguna, respetando así el principio de defensa.

- La función jurisdiccional del tribunal se halla limitada por los términos del contradictorio, cualquier ejercicio que trascienda el ámbito de la controversia atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria, se vulneraría el propósito de asegurar la administración de justicia de los jueces, que opera como garantía de equilibrio dentro del proceso penal, conspirando contra el ideal constitucional de igualdad que en el proceso penal requiere equiparar las posibilidades del enjuiciado respecto de las de los acusadores (de los considerandos 12 y 14 de la

disidencia de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti en «Amodio» (330:2658).

- La pretensión punitiva constituye una parte esencial de la acusación, cualquier intento de superar aquella pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional *extra o ultra petita* (del Considerando 16 de la disidencia de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti en «Amodio»).

La postura contraria puede resumirse de la siguiente forma:

- En Marcilese, el voto de la mayoría hace remisión a la causa 324:425 «Fiscal c/ Fernandez, Pedro» —disidencia de los Jueces Nazareno y Vazquez— con el voto particular del Dr. Fayt donde se expresa que el ejercicio de la jurisdicción está precedido por una acusación previa formulada al requerir la elevación de la causa a juicio en la que se fijan los hechos en forma clara, precisa y circunstanciada, su calificación legal y los motivos en que se funda, presu- puestos éstos que no deben ser violados a fin de asegurar el derecho de defensa en juicio, de raigambre constitucional, pero que no es necesario incluir el pedido de pena. Además el debido proceso no resulta afectado en tanto la acusación como tal se ha

llevado a cabo en una etapa anterior y la defensa ha podido tomar conocimiento de los cargos que permitan el pleno ejercicio de sus derechos.

- Los alegatos no revisten ese carácter (refiere a la condición acusatoria del requerimiento) ya que éstos no modifican el objeto procesal. Allí las partes se limitan a exponer sus conclusiones sobre las pruebas incorporadas en el debate antes de que se dicte sentencia, como facultad otorgada a aquellas para influir sobre la voluntad del juez, quien conserva el poder de decisión sobre la procedencia o improcedencia de la acusación contenida en el requerimiento fiscal de elevación a juicio.

El sistema del Código Procesal Penal Santafesino

El código procesal penal, sancionado por la ley 12734, se enmarca dentro del modelo acusatorio con características adversariales³.

El Ministerio Público es el encargado de promover y ejercer la acción penal, siendo responsable de la iniciativa pro-

batoria tendiente a demostrar la verosimilitud de la imputación delictiva (art. 84); en la audiencia imputativa dará a conocer al imputado las pruebas fundantes de la intimación (art. 275); cuando se cuente con elementos para obtener una sentencia condenatoria, formulará por escrito su requisitoria de acusación ante el Juez de la Investigación (294) la que contendrá, entre otros requisitos, una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho, los fundamentos de la acusación, la calificación legal del hecho y la pena que se solicita, debiendo acompañar los documentos y medios de prueba pertinentes (295), las que quedan a disposición de las partes para su examen y luego en la audiencia preliminar todas ellas deberán presentar lista de testigos, peritos e intérpretes que pretendan sean convocados al debate, acompañando asimismo los documentos de los que pretendan servirse (299). Luego de la audiencia el juez de la investigación emite una resolución que, en lo que a este trabajo interesa, admite total o parcialmente la acusación del fiscal y del querellante ordenando la apertura del juicio, admitiendo o rechazando la prueba ofrecida para el mismo.

Vemos así que el derecho de la defensa se encuentra plenamente garantizado toda vez que desde el momento de la imputación, se tiene un acabado conocimiento del objeto del proceso y los motivos que lo fundan, lo que en el código se encuentra claramente establecido en el art. 132, segunda parte, al considerarse como falta grave el ocultamiento de todos los elementos de convicción, de cargo y descargo que se hubieran conocido a lo largo de todo el procedimiento penal superado el período de reserva.

Una vez efectuada la audiencia preliminar el juez de la investigación ordenará remitir las actuaciones, documentación y efectos secuestrados a la Oficina de Gestión judicial (304 inc. 8), donde se procederá a integrar el tribunal de juicio estando expresamente vedado a éstos tomar conocimiento previo de los elementos probatorios que pudieran valorarse en el juicio (308).

Las funciones del Tribunal son las de dirección del debate (316), comenzada la audiencia se practicará el interrogatorio de identificación del imputado para luego conceder la palabra al fiscal, al querellante, en su caso y al defensor para que sin-

teticen la acusación y la línea de defensa respectivamente.

Posteriormente se recibirá declaración al imputado al que se le concederá la palabra para que manifieste todo lo que considere de interés en relación a la acusación para luego en su caso ser interrogado por las partes. Luego se recepciona la prueba admitida, para los que una vez cumplimentada se realicen sus alegatos finales.

Si bien no se encuentra establecido expresamente, el Tribunal tiene vedado hacer preguntas, lo que se infiere de los arts. 318 —declaración del imputado— y 325 —interrogatorio de los peritos, asesores técnicos, testigos e intérpretes— en las que luego del interrogatorio acerca de la identidad personal, toma de juramento en su caso o conceder la palabra al imputado para que exprese cuanto tenga por conveniente manifestar respecto de la acusación. Luego son interrogados por las partes.

Diferencias con los códigos vigentes al momento del dictado de las resoluciones de «Tarifeño» y «Mostaccio»

Entre los códigos procesales que estaban en vigencia al momento del dictado de los precedentes Tarifeño y Mostaccio y este nuevo código existen grandes diferencias.

Aquellos estaban enrolados en lo que se denomina sistema «mixto» donde si bien puede existir un juicio oral; al ser la instrucción escrita, estaba la posibilidad de que el Tribunal del juicio valorara toda la prueba incluso la que no hubiera sido rendida ante él, puesto que podía incorporarse la prueba por lectura; por otra parte en el requerimiento de elevación de juicio no había pedido de pena.

En tanto en nuestro actual sistema procesal —al momento que se aplique enteramente— el Tribunal se encuentra totalmente impedido de imponerse anticipadamente sobre la documentación o testimonios que se fueran a rendir, lo que en caso contrario podría dar lugar al apartamiento de los mismos. Por otra parte en la requisitoria de acusación, realizada ante el Juez de la Investigación Penal Preparatoria, se debe solicitar pena para el o los imputados.

Lo expuesto habilita, según jurisprudencia de la Corte, a variar los argumentos

sustentados en «Tarifeño» y «Mostaccio» puesto que otros argumentos justifican la modificación de las posiciones sustentadas en ellos (Fallos: 303:1769 «Balbuena» y 311:1644, entre otros).

Decimos que se han modificado las posiciones toda vez que los fundamentos expuestos en los precedentes mencionados, en nuestro Sistema actual no se hallan presentes; la defensa no puede verse «sorprendida» ante la falta de pena puesto que en la requisitoria de acusación ya está pedida y en la acusación ya se encuentran resumidas las pruebas a rendir durante el juicio.

Pero lo expuesto no sólo tiene que ver con lo que dice el art. 295, sino que es una cuestión de la propia sistemática de la ley 12734 que en cuanto a la función acusatoria trae una serie de lineamientos que llevan a esta conclusión.

Para hacer la requisitoria el fiscal debe estimar contar con elementos para obtener una sentencia condenatoria (294), lo que luego de la audiencia preliminar debe pasar por el filtro del Juez de la Investigación que puede rechazar total o parcialmente la acusación fiscal (303); lo que implica que para que

una causa llegue a juicio, los elementos que posee el fiscal deben ser suficientemente serios y éstos ya fueron brindados a la defensa.

Ahora bien, ¿que nos queda para los alegatos?

Ferrajoli expresa respecto de la paridad de partes, que requiere a su vez dos específicas condiciones orgánicas, relativas a su configuración y colocación institucional. La primera condición se refiere a la acusación. Si es indispensable que el juez no tenga funciones acusatorias, también es esencial que la acusación pública no tenga funciones judiciales —desde la restricción de la libertad personal a la formación de las pruebas del ministerio público—⁴. El sistema acusatorio concibe la verdad como el resultado de una controversia entre partes contrapuestas en cuanto respectivamente portadoras del interés en el castigo del culpable y del de la tutela del acusado presunto inocente hasta prueba en contrario. Los procedimientos de verificación aportados por la epistemología acusatoria o falsacionista, tienen así, su fundamento en el método de prueba y refutación cuya transposición procesal se realiza a través de la separación y el reparto de papeles entre

los tres sujetos del proceso; las dos partes, acusación y defensa, a quienes competen respectivamente la prueba y la refutación y el juez tercero, al que corresponde la decisión. De este modo resulta una estructura triádica o triangular, normativamente asegurada por las tres garantías procesales: : la *formulación de la imputación*, con la que se formaliza la hipótesis acusatoria y se hace efectiva la contradicción (*nullum indicium sine accusatione*); la carga de la prueba de tal hipótesis, que pesa sobre el acusador (*nulla accusatio sine probatione*); el derecho de defensa atribuido al imputado (*nulla probatio sine defensione*)⁵.

Los alegatos, entonces son conclusiones que extraen cada una de las partes en relación a la prueba que se ha rendido en el juicio, definiendo los puntos que ha tratado de probar durante el debate para «mostrar» al Tribunal su teoría del caso.

La pregunta es: ¿Cómo puede ser que el Fiscal, luego de presentar toda su evidencia, en el último momento del juicio diga que todo lo que hizo hasta ese momento no vale de nada?

Es necesario que se entienda bien, no estamos hablando aquí del caso donde las

pruebas de la defensa derrumban la postura de la fiscalía, sino de lo sucedido en procesos como «Marcilese» donde «*el Fiscal de cámara no sólo insistió con los fundamentos del requerimiento de elevación a juicio sino que amplió la acusación, haciendo mérito de la prueba rendida durante el debate... y tras ello sobrevino una solicitud absolutoria ...*» (Consid. 5° del voto del Dr. Fayt en Marcilese).

En el sistema de la ley 12734, el Tribunal conduce el debate, lo ordena, sin tomar intervención alguna para evitar parcialidad; tiene impedido tomar conocimiento previo de las actuaciones para no formarse opinión distinta de aquella de la que se formará durante el desarrollo del debate —presentada por las partes, una de ellas que a último momento dice todo lo contrario—; para finalmente tomar la importante función de fallar de acuerdo a la sana crítica racional, conforme a las probanzas volcadas en el juicio.

Si luego de la formulación de las pruebas, el Fiscal solicita la absolución del imputado, se rompe el equilibrio que gobierna todo el proceso puesto que la contienda entre partes con otra superparte que dirime la cuestión, ya

no es tal. Esto es así puesto que las garantías de la necesidad de la prueba por el Fiscal, la posibilidad de la refutación o contraprueba y el juicio imparcial sobre la capacidad explicativa de las hipótesis en conflicto, que junto con el presupuesto de la estricta legalidad o verificabilidad de las hipótesis acusatoria que aseguran la estricta jurisdiccionalidad del proceso penal que configuran el proceso como una contienda entre hipótesis de competencia que el Juez tiene la tarea de dirimir (según Ferrajoli), en este caso no se daría, desnaturalizando el proceso acusatorio por completo.

Es por todo esto que cuando un Tribunal que no ha sido contaminado con anterioridad, que solamente conoce del proceso lo que las partes en las audiencias le han presentado y que no obstante el pedido de absolución del Fiscal en los alegatos, se encuentran plenamente convencidos de que las pruebas aportadas por éste llevan a la condena del imputado, no solamente pueden fallar sino que tienen la obligación de hacerlo.

Conclusión

El nuevo código Procesal Penal Santafesino, ha innovado en muchos aspectos el proceso penal, incorporando institutos que lo hacen de avanzada. Lógico es que esto

produzca transformaciones en la jurisprudencia. Ya en un viejo fallo (Castro), el entonces Procurador de la Corte, Sebastián Soler, explicitaba que concurriendo todos los elementos exigidos para que haya «juicio» —acusación, defensa, prueba y sentencia— la cuestión acerca si el juez podía imponer mayor pena que la solicitada por el Fiscal, debía resolverse procesalmente conforme las disposiciones concretas del caso.

Lo expuesto se ajusta también a nuestra Ley puesto que el art. 335 dispone «*Al dictar sentencia el Tribunal nunca podrá apartarse del hecho contenido en la acusación de sus ampliaciones ni aplicar sanciones más graves que las peticionadas*»; puesto que la ley al hablar de acusación lo hace en el art. 294 —requerimiento de acusación— y no en el 329 que refiere de alegatos finales, pero no de acusación. No se advierte, entonces, que en casos excepcionales —tal como fue «Marcilese»—, el Tribunal se vea impedido de dictar una sentencia condenatoria ante el pedido absoluto fiscal, por el simple hecho de que en los alegatos acuerde con la postura defensiva.

Tarifeño y los fallos que lo siguen tratan de evitar que el Tribunal tome partido por una parte, rompiendo el esquema

triádico del proceso acusatorio. El nuevo código Procesal Santafesino, ha tratado de mantener este equilibrio en toda su sistemática y creo que lo ha logrado, colocando al Tribunal en una posición de absoluta imparcialidad. Pero asimismo, permitiendo el acuerdo entre defensa y Fiscal, en esta etapa decisiva del juicio, también rompería el sistema acusatorio, porque transformaría al juicio en una mera parodia igual o peor que la que se tendió a evitar con los precedentes citados, con el agravante de que, al no haber revisión posterior —dado que ninguna de las partes expresaría su oposición— quedaría convalidada, la afectación a todo el sistema acusatorio ■

¹ FERRAJOLI, LUIGI; *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Ed. Trotta. Año 1995. pp. 564.

² FERRAJOLI, LUIGI; *ibidem*, pp. 567 y ss.

³ Decimos así puesto que nuestro código trae ciertas normas que pertenecen a este tipo de acusatorio, donde las partes presentan la prueba que recolectaron ante un Tribunal al que le está vedado conocerla previamente; las partes presentan sus testigos que pueden ser interrogados por la parte que lo presentó y luego contrainterrogados por la otra; el juez está limitado a ser árbitro de la contienda, no pudiendo interrogar por sí, ni salvar las dudas dejadas por las partes. Pero en el sistema adversarial cada parte se procura su prueba, en cambio el art. 286 faculta al imputado, su defensor y al querrelante a proponer diligencias probatorias.

⁴ FERRAJOLI, LUIGI; *ibidem* pp. 583

⁵ FERRAJOLI, LUIGI; *ibidem* p. 604 y ss.