



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

I

La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada unipersonalmente por la doctora Ángela Ledesma, hizo lugar al recurso interpuesto por la defensa de Exequiel Andrés A contra la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Rioja que rechazó la recusación del juez Mario Eduardo Martínez, y el planteo de nulidad del auto mediante el cual se dispuso de oficio la recepción de prueba en el juicio oral, en el que el imputado debe ser juzgado por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

El *a quo* sostuvo que resulta fundado el temor de parcialidad invocado por el acusado, ya que las partes, transcurrido el término previsto en el artículo 354 de Código Procesal Penal de la Nación, omitieron ofrecer prueba para el debate, pero el magistrado recusado, tras tener por decaído aquel derecho, dispuso de oficio la recepción de la prueba señalada por el fiscal en su requerimiento de elevación a juicio, lo que demostraría, según el fallo de casación, que con esa decisión ha reemplazado en su actuación al representante de la acusación, confundiendo su rol de tercero imparcial con el de aquél. En conclusión, al proceder del modo indicado, el juzgador habría afectado la garantía de su imparcialidad y el debido proceso legal.

Con base en el mismo fundamento, el *a quo* también resolvió declarar la nulidad del auto mediante el cual se ordenó oficiosamente la recepción de la prueba. En particular, afirmó que si bien lo dispuesto por el juez recusado encuentra sustento en el artículo 356 del código citado, esa norma debe ser desaplicada, en tanto implicaría habilitar una nueva acusación en cabeza del juez cuando el fiscal abandonó el ejercicio de la acción. Según su opinión, el paradigma constitucional impone eliminar de la función jurisdiccional todo aquello que importe la promoción y el mantenimiento de la acusación, pues se trata de

atributos exclusivos del órgano acusador (cf. la copia digitalizada de la decisión del *a quo*, dictada el 7 de junio de 2021).

Contra esa decisión, el señor fiscal general interpuso recurso extraordinario, en el que plantea su arbitrariedad. En efecto, al recordar el contenido del citado artículo 356, todavía vigente, afirma que esa norma, considerada inválida en la decisión impugnada, es coherente con un sistema de enjuiciamiento penal mixto, como el establecido en el código procesal nacional, el que no ha sido tachado de inconstitucional. Además, desde la entrada en vigor de tal código los jueces del juicio son los mismos que evalúan la admisibilidad de las pruebas ofrecidas por las partes, sin que tampoco esa actuación de los magistrados haya sido cuestionada por afectar la garantía de la imparcialidad, a pesar de que –según señala el recurrente– han pasado miles de sentencias por la cámara de casación desde entonces, precedidas por ese mismo procedimiento, y nunca se observó una lesión constitucional al respecto. Por otro lado, objeta que el *a quo* se haya apoyado en la normativa del Código Procesal Penal Federal (ley n° 27.063) para fundamentar sus críticas, dado que ese ordenamiento ritual no es aplicable al caso (cf. págs. 16/20 de la copia digitalizada del escrito de interposición del recurso federal).

La declaración de inadmisibilidad de tal recurso extraordinario motivó la queja de la cual V.E. corre vista a esta Procuración General.

II

Si bien, por vía de principio, las cuestiones que se suscitan acerca de la aplicación de normas de derecho común y procesal constituyen facultad de los jueces de la causa y no son susceptibles de revisión en la instancia extraordinaria, la Corte puede conocer en los casos cuyas particularidades hacen excepción a esa regla con base en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 319:2959; 321:1909; 326:1877), toda vez que con ésta se procura asegurar las garantías constitucionales del debido proceso, que también amparan a este Ministerio Público (doctrina de Fallos: 199:617; 237:158; 299:17; 308:1557), al exigir



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 311:948 y 2547; 313:559 y 321:1909).

A mi modo de ver, el *sub examine* es uno de esos supuestos de excepción pues, según lo planteado por el recurrente, la decisión impugnada mediante recurso federal se apoya en consideraciones dogmáticas e incurre en un inequívoco apartamiento de las disposiciones normativas aplicables al caso, por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional válido (Fallos: 320:305; 325:1525; 326:4909; 329:1040, entre muchos otros).

Además, aquella decisión fue dictada por el superior tribunal de la causa y es equiparable a sentencia definitiva, en tanto genera un perjuicio de imposible reparación ulterior. A este respecto, cabe señalar, por un lado, que lo resuelto por el *a quo* pone fin a la discusión sobre la invocada parcialidad del juez Martínez al ordenar arbitrariamente, según el recurrente, su apartamiento, lo cual, de quedar firme, afectaría irremediablemente la garantía constitucional del juez natural; por otro lado, al declararse en la misma decisión la nulidad del auto que había dispuesto la recepción de prueba de oficio, afirmó el *a quo* que tal auto implica retrogradar las actuaciones a una etapa ya precluida en perjuicio del imputado, y sustituir al fiscal por el juez en el cumplimiento de sus funciones, lo que lesionaría garantías fundamentales del debido proceso. En consecuencia, si lo resuelto adquiriera firmeza, sería imposible concretar la pretensión acusatoria ya que, según la decisión impugnada, no habría forma legal de subsanar la omisión de las partes de ofrecerla en el término establecido en el artículo 354 del código aplicable, por lo que la única solución posible sería el sobreseimiento o la absolución del imputado.

En conclusión, considero que la queja es procedente.

III

Como surge de lo dicho, el *a quo* ha desaplicado el artículo 356 del Código Procesal Penal de la Nación, al sostener que se trata de una norma incompatible con la Constitución pues, según su opinión, la incorporación de prueba de oficio allí prevista resultaría violatoria del debido proceso, al implicar una nueva acusación, promovida y mantenida por el órgano jurisdiccional, cuando el fiscal habría abandonado el ejercicio de la acción, lo que lesionaría la imparcialidad del tribunal (pág. 15 de la copia citada).

A mi entender, el *a quo* se ha apartado implícitamente de la doctrina general de V.E., de conformidad con la cual la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen de la regla o precepto en cuestión conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados, lo que requiere descartar concienzudamente la posibilidad de una interpretación que compatibilice la regla impugnada con el derecho federal que la parte reputa lesionado (cf. doctrina de Fallos: 328:4542; 329:5567; 330:855; 331:2799, entre muchos otros).

Es que el fallo apelado, según lo advierto, carece ostensiblemente de la justificación sesuda dirigida a demostrar la incompatibilidad de la norma cuestionada con la Constitución Nacional que tal doctrina federal exige y debe, por lo tanto, ser descalificado como acto jurisdiccional válido.

En efecto, por un lado, aprecio que el fundamento desarrollado por el *a quo* se basa en la falacia de que el fiscal tiene la facultad de abandonar el ejercicio de la acción pública. En rigor, el régimen de la acción penal que se aplica al caso es aquel según el cual, por el contrario, su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo en los supuestos previstos en la ley (artículo 5 del código procesal citado), y entre esos



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

supuestos no existe el desistimiento de la acción mediante la omisión de ofrecer prueba en el plazo establecido por el artículo 354 del mismo código.

De ello se sigue, en suma, que la decisión de ordenar la recepción de prueba de oficio, según lo previsto en la norma cuestionada, no puede implicar la promoción o el mantenimiento de la acción penal pública por el magistrado en reemplazo del fiscal que la habría “abandonado”, ya que éste no tiene una facultad semejante.

El *a quo* funda su posición, erróneamente a mi juicio, en las sentencias pronunciadas por V.E. en “Tarifeño” (Fallos: 325:2019), “García” (Fallos: 317:2043) y “Mostaccio” (Fallos: 327:120), que no resultan aplicables al *sub examine*. En esos fallos, salvo la mejor interpretación que de sus sentencias pueda hacer el Tribunal, se sentó la doctrina según la cual no es válida la sentencia condenatoria si, al final del debate, no hubo petición de condena por el acusador.

Ahora bien, la facultad del fiscal de solicitar la absolución al final del debate es, indudablemente, un derivado del principio de objetividad que rige su actuación, la que debe estar dirigida a promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad (artículo 120 de la Constitución). De ello, empero, no se sigue que el fiscal, como parece entenderlo el *a quo*, pueda abandonar el ejercicio de la acción pública antes del comienzo del debate, al no ofrecer prueba en el plazo previsto por el citado artículo 354.

Un pedido de absolución efectuado por el fiscal al final del debate es un acto procesal fundado que, según la jurisprudencia citada, sella el destino de la acción penal ejercida legalmente. Por el contrario, no existe la posibilidad legal de que el fiscal abandone el ejercicio de la acción pública de la forma sugerida por el *a quo*, porque no tiene la facultad de disponer discrecional y arbitrariamente de aquélla.

Cabe preguntarse, entonces, si hay alguna otra razón por la cual el ejercicio del deber previsto en el citado artículo 356 implicaría, necesariamente, una lesión a la

garantía de la imparcialidad. La respuesta, en mi opinión, es que no la hay, y un buen ejemplo de ello es lo ocurrido en el *sub examine*.

En efecto, el juez Martínez se limitó a disponer la recepción en el debate de la prueba ya producida durante la instrucción y señalada en el requerimiento de elevación a juicio, según surge tanto de la decisión del *a quo* (cf. pág. 1 de la copia citada) como del recurso federal interpuesto (cf. pág. 2 de su copia digitalizada), lo cual, en rigor, no puede afectar la labor de la defensa, a pesar de lo afirmado en sentido contrario por el *a quo* (cf. págs. 8/9 de la copia digitalizada de su resolución), porque tal medida no produce ningún cambio en el fundamento de la acusación que obligue a aquella parte a reelaborar una estrategia distinta a la que ya estaba en condiciones de planificar desde la instrucción. Además, la decisión objetada tampoco revela una inclinación del juez Martínez en favor del interés del fiscal, dado que es éste el que deberá probar en el juicio la culpabilidad del acusado. Dicho de otro modo, la carga de la prueba recae sobre el acusador, no sobre la defensa, y dado que el representante del Ministerio Público Fiscal no ofreció prueba, resulta razonable que el juez –en aplicación de aquella cláusula procesal– haya decidido la incorporación al debate de la pertinente y útil producida durante la instrucción y señalada en el acto mediante el cual se formalizó la acusación.

A ese respecto, cabe destacar que, de acuerdo con lo que surge de las copias digitalizadas de las actuaciones que tengo a la vista para dictaminar, el fundamento del planteo de recusación de la defensa no fue que el juez Martínez hubiese seleccionado arbitrariamente las pruebas para el debate, descartado las ofrecidas por esa parte o las que resultaran favorables para sus intereses y admitido únicamente las señaladas por el fiscal en su requerimiento de elevación a juicio, lo que ciertamente –como hipótesis– podría haber sido un indicio de falta de imparcialidad. En rigor, lo que ocurrió –reitero, según surge de las actuaciones citadas– es que solo el fiscal indicó, mediante su requerimiento de elevación, cuál era la prueba que pretendía que se incorporara al debate, mientras que la defensa no habría indicado ninguna, y al plantear la recusación sólo se agravó de la aplicación del



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

artículo 356 del código ritual (cf. resolución del juez Martínez, fechada el 14 de abril de 2021, que rechazó el planteo de recusación y nulidad formulado por la defensa de A escrito donde la misma defensa objetó la incorporación de la prueba dispuesta por el juez Martínez, opuso la nulidad de lo resuelto y planteó su recusación; escrito mediante el cual el señor fiscal general presentó breves notas a la cámara de casación tras la concesión del recurso interpuesto por la defensa contra el rechazo en primera instancia de aquellas nulidad y recusación; la decisión impugnada del *a quo* y el escrito de interposición del recurso extraordinario).

Esta situación no se modifica por la circunstancia de haberse dado por decaído el derecho de las partes a ofrecer prueba (cf. pág. 17 de la resolución impugnada, punto “d”), pues lo actuado luego en el proceso no importó conmovir esa decisión.

En suma, si bien el magistrado recusado dispuso la recepción de oficio de la prueba ofrecida por el fiscal en su requerimiento de elevación a juicio, ello tampoco implica que haya valorado anticipadamente su valor para el éxito de la acusación.

Por otro lado, considero insostenible que, como se afirma en la decisión que se cuestiona (cf. *supra*, punto I), lo resuelto por el juez Martínez haya implicado retrogradar las actuaciones a una etapa ya precluida en perjuicio del imputado. En rigor, tal resolución no importó retrogradación alguna, ni puede causar, como surge de lo dicho, ningún perjuicio al imputado.

Ya se ha señalado que el fiscal no tiene la facultad de disponer discrecionalmente de la acción pública, sino que su actuación está regida, a ese respecto, por el principio de legalidad procesal. Luego de efectuado el requerimiento de elevación a juicio y clausurada la instrucción, la ley aplicable no prevé ningún supuesto de suspensión, interrupción o cesación de la acción por fuera de lo establecido en los artículos 361 (sobreseimiento antes del inicio del debate), 365 (continuidad y suspensión del debate), 367 (postergación extraordinaria por fuga del imputado), 376 (cuestiones preliminares que

pueden provocar la extinción de la acción) y 381 (suspensión del debate por ampliación de la acusación) del código ya citado, por lo que se comprende que el legislador haya establecido, en el cuestionado artículo 356, el deber del presidente del tribunal de disponer la recepción de la prueba pertinente y útil producida durante la instrucción, si ninguna de las partes la hubiera ofrecido al ser convocadas para ello. Como se ha dicho, la acción penal solo puede interrumpirse, suspenderse o extinguirse en los supuestos expresamente previstos en la ley, entre los que no se encuentra la omisión del fiscal de ofrecer prueba para el debate. En consecuencia, el ejercicio de tal facultad de disponer prueba de oficio no implica ninguna retrogradación del juicio a momentos ya superados, ni mucho menos una nueva acusación, pues al resolver de aquel modo no se le concede al fiscal una segunda posibilidad de ofrecer prueba. En rigor, se trata de una medida jurisdiccional necesaria para evitar que el juicio concluya de manera ilegal, sin que el fiscal pueda volver a proponer prueba.

Y cabe reiterar que, en el *sub examine*, la resolución del juez Martínez no pudo causar ningún perjuicio al imputado porque, al limitarse a disponer la incorporación de la prueba ya producida durante la instrucción y señalada en el requerimiento de elevación a juicio, no generó ninguna modificación de los fundamentos de ese acto de formalización de la acusación, ni la defensa o el *a quo* explicaron qué otra prueba debería haber dispuesto el juez Martínez para no perjudicar la situación del imputado.

En suma, considero que al adoptar el temperamento cuestionado con base en la garantía de la imparcialidad y del principio *ne procedat iudex ex officio*, la magistrada del tribunal de alzada ha pasado por alto la cautela con la cual –en el actual estado normativo– debe actuar el juzgador. En efecto, como lo ha señalado V.E., los jueces deben intentar solucionar con prudencia la difícil convivencia entre el artículo 120 de la Constitución Nacional, la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal y un código procesal, como el aplicable a este caso, en el que perduran innumerables elementos inquisitivos, pero que no podrían considerarse “tácitamente derogados”. Tal situación, si bien obliga a los jueces a



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

examinar bajo una nueva perspectiva reglas procesales que eran aceptadas en nuestro medio casi sin cuestionamientos poco tiempo atrás, exige una interpretación restrictiva de posibles “derogaciones implícitas”, pues, de otro modo, se terminaría generando una enorme incertidumbre acerca de cuáles son las instituciones que aún conservan vigencia (considerando 36 del voto de los jueces Petracchi y Highton de Nolasco en el precedente de Fallos: 327:5863, citado en el dictamen de esta Procuración al que se remitió el Tribunal, en lo pertinente, en la sentencia registrada en Fallos: 338:1504).

En conclusión, dado que la decisión de la cámara se aparta de una norma vigente, sin haber declarado su inconstitucionalidad, ni haber explicado con fundamentos suficientes por qué se debe prescindir de ella, advierto en el caso una de las causales de arbitrariedad, de acuerdo con la inveterada jurisprudencia de la Corte al respecto (Fallos: 320:305; 325:1525; 326:4909 y 329:1040, entre muchos otros).

En tales condiciones, por último, la declaración de nulidad del auto que dispuso la incorporación de la prueba también se aparta del criterio restrictivo que rige en esa materia (Fallos: 321:455; 323:929; 325:1404; 328:1874; 339:480 y 341:150).

IV

Por todo lo expuesto, y los demás argumentos y conclusiones desarrollados por el señor fiscal general, mantengo la presente queja.

Buenos Aires, 14 de junio de 2022.

Firmado digitalmente por: CASAL
Eduardo Ezequiel
Fecha y hora: 14.06.2022 15:56:00