

REFORMAS INCODUCENTES EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL DE MENDOZA. HACIA DONDE NOS LLEVA TAL IMPLEMENTACIÓN DESDE SU REALIDAD JUDICIAL.

EMILIANO J. DE ORO*

ABSTRACT: El autor de este trabajo propone analizar las audiencias orales en el proceso penal de la Provincia de Mendoza, la etapa crítica, el requerimiento de elevación a juicio y su audiencia de oposición, así como también el instituto de la discrepancia recientemente agregado al código ritual.

Luego de un análisis de las reformas que se han introducido al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, concluye que, el hecho de querer desformalizar la etapa de la investigación penal preparatoria, tratando de oralizar la resolución de cualquier incidente o tramite procesal, puede tornar contraproducente la práctica abogadil, más allá de la buena intención que dichas reformas traigan aparejada. Así como también las reformas de la etapa crítica, pasan por alto que el proceso penal debe ser entendido, y aplicado, como una garantía a favor del imputado o perseguido penalmente, y no regular procesos ágiles que pasen por alto los derechos y garantías de los mismos.

Si lo que se busca es regular un proceso acusatorio, o acusatorio-adversarial, deben revisarse las funciones otorgadas a cada uno de los sujetos intervinientes en el proceso penal, para evitar caer en el error de seguir regulando procesos “mixtos” que nada tienen de acusatorios y que confunden las funciones inherentes a cada una de las partes y del juez.

ÍNDICE: 1. Breve introducción a las reformas procesales. – 2. La separación entre las funciones de perseguir, acusar, y juzgar. – 3. De las audiencias orales en el código procesal penal de Mendoza. – 4. Etapa crítica y audiencia de oposición a la elevación a juicio. – 5. Una mirada crítica del instituto de la discrepancia. – 6. Conclusiones.

1. Breve introducción a las reformas procesales.

En el año 1950 se sancionó en la Provincia de Mendoza la ley 1908 que establecía un Código Procesal Penal (en adelante CPPM) de neto corte “mixto”¹ inquisitorial cuya fuente fue el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba del año 1939 elaborado por Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler.² Dicho Código tuvo una vigencia de casi cinco décadas, hasta el año 1999, momento en que se sancionó en nuestra provincia, una reforma trascendental motivada en graves violaciones a los derechos humanos efectuadas por funcionarios de la policía (quienes en ese entonces habían tomado la iniciativa de la instrucción judicial) lo que llevó entre otras cosas a que el Estado Argentino reciba su primer condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la desaparición forzada de Raúl Baigorria y Adolfo Garrido³.

La reforma introducida por la ley 6730 expresa en su exposición de motivos que: *“Este proyecto se inspira en los principios que recogieron legislaciones históricamente líderes en materia penal y procesal penal, como lo han sido la Provincia de Córdoba, la República de Costa Rica...”*⁴. Teniendo como base estos códigos, el legislador pretendió establecer un sistema de corte acusatorio aunque claramente esto no fue cumplido desde el principio, ni aun con las reformas que se han suscitado a partir de su sanción, es decir, ese avance pretendido hacia un sistema acusatorio fue meramente parcial ya que si bien por ejemplo,

*Abogado por la Universidad Nacional de Cuyo. Curso de Especialización en Derecho Procesal, Filosofía, Política y Proceso, Universidad de Salamanca (2024). Curso de Especialización en Derecho Procesal, Argumentación Probatoria y Proceso como Garantía Constitucional, Universidad de Salamanca (2025). Maestrando en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario.

¹ MAIER, Julio B. J., Derecho Procesal Penal Argentino, Hammurabi, Buenos Aires, 1989. t. 1b. p. 213-214 “A pesar de que en los comienzos de la Revolución la idea de República postuló consecuentemente el regreso a sistema acusatorio con acusación popular, creado por los griegos, perfeccionado por la República romana y conservado en Inglaterra, la solución que se impuso fue, en realidad, un compromiso: siguieron rigiendo ciertas reglas de la inquisición, en especial, los principios mencionados, e hicieron irrupción otros, provenientes del regreso a las formas acusatorias, que condicionaron la significación de aquellos. De allí el nombre con que el que aquí se conoce el nuevo sistema: mixto”.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, Lerner, Buenos Aires, 1960, t. I. p. 139 y ss. Hace un análisis similar al de Maier para concluir en lo que se denominó sistema procesal mixto.

² Ver exposición de motivos ley 1908, VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, 1950.

³ LAVADO, Diego J. y VEGA, Dante M., Estudios sobre el nuevo código procesal penal de Mendoza. Ediciones jurídicas de Cuyo, Mendoza, 2000, p. 29-30.

⁴ Ver exposición de motivos ley 6730, 2016.

dicha reforma elimina la figura del juez de instrucción reemplazándola por el fiscal, a lo largo del trabajo vamos a ir viendo que quedan ciertos resabios inquisitivos, o peor aún, aquellos que fueron bien eliminados, han vuelto con mayor fuerza.

Creo acertado hacer alusión en esta breve introducción a algunas de las reformas que han ido modificando a lo largo del siglo XXI el código ritual. Como se dijo, algunas de ellas han intentado establecer un sistema puramente acusatorio, otras veces un sistema adversarial⁵, y en algunas otras, con deficiente e inentendible técnica legislativa se han incorporado figuras derogadas que provocan un retroceso notable y un apartamiento total de lo que es un sistema acusatorio. Párrafo aparte voy a enumerar y detallar algunas de dichas reformas, que entiendo atañen al objeto de la disertación y servirán al lector para posicionarse históricamente en el desarrollo de los institutos.

Entre dichas reformas o leyes que inciden en el sistema de enjuiciamiento penal podemos mencionar entre otras, la ley 8008 del año 2009 (que no modifica el CPPM), denominada ley orgánica del Ministerio Público, en donde surge claramente que el Ministerio Público Fiscal (en adelante MPF) es un órgano independiente que actúa y desarrolla sus funciones en el ámbito del poder judicial (art.1), como también señala que el *“Ministerio Público Fiscal actúa coordinadamente con las demás autoridades de la Provincia, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura”* (art. 5), es decir el MPF tiene autonomía funcional y autarquía financiera ya que elabora y administra su propio presupuesto rindiendo cuentas en forma directa al Tribunal de Cuentas de la Provincia. Dicha ley deja claro en varios de sus artículos que corresponde al MPF *“ejercer la acción penal publica frente a los tribunales competentes...”* (art. 27 inc. 6) haciendo hincapié en la clara división de funciones que debe existir a nivel procesal entre el MPF, los jueces y la defensa si se quiere lograr un modelo de corte acusatorio como se propuso el legislador al reformar el CPPM.

⁵ COUSSIRAT, Jorge y coautores, *Leyes de reformas al código procesal penal Provincia de Mendoza*, ASC Libros Jurídicos, Mendoza, 2022, p. 56-87 “Cuando se habla de acusatorio se habla de la necesidad de que se encuentren separadas la función de acusar y juzgar, es decir, se requiere de alguien que lleve adelante la acusación y de otro órgano que resuelva sobre esa acusación debidamente presentada, garantizándose así la imparcialidad de este último. En cambio, en el sistema adversativo lo importante es la confrontación en la audiencia pues los hechos se determinan en un esquema competitivo que se lleva a cabo justamente en dicha audiencia. Justamente por las propias características del sistema adversarial se requiere que haya una división de las funciones de acusar y juzgar pero difiere en la forma que se establecen los hechos que se van a llevar a juicio.”

Otra importante reforma es la ley 8896 denominada de “eficacia procesal penal” que reforma parcialmente el CPPM. Dicha ley contiene, a mi criterio, algunos aciertos y otros errores en lo que hace a la reforma del articulado. Por mencionar algunos temas objeto de este trabajo, por ejemplo, en el art. 361 la exposición de motivos reza *“Se cierra la cuestión de la oposición a la elevación a juicio por parte del fiscal. Se quita el auto de elevación; por tanto si hubiere oposición, esta será resuelta directamente por el juez de garantías y será irrecurrible, dando un necesario voto de confianza a quien es el depositario del control jurisdiccional, y porque se sigue la línea de considerar que no hay mayor momento de respeto de garantías que el debate”*.⁶ Si bien son temas sobre los que se volverá luego en el análisis del capítulo número 4, aprovecho para emitir opinión en desacuerdo al respecto de eliminar el auto de elevación y la posibilidad de la defensa de recurrirlo coincidiendo con uno de los dictámenes agregados al expediente.⁷ Aun cuando, como dice la exposición de motivos lo que se busca es acelerar y darle agilidad al proceso penal, nunca puede ello significar pasar por alto garantías constitucionales del imputado tales como el doble conforme o el principio de igualdad atento a que el MPF y el querellante particular tienen la posibilidad de recurrir la sentencia de sobreseimiento. Otro tema a considerar y que será tratado en el capítulo número 5, es el de la discrepancia la cual fue eliminada por dicha reforma, viéndolo como un acierto de la misma ya que atenta contra la división de funciones, pero curiosamente no se menciona ni se da motivo alguno. Lo lamentable de dicha situación es que años más tarde, una nueva reforma, la volvió a incluir en el articulado del código ritual no pudiendo saber por qué en su momento fue eliminada y así lograr entender al mismo legislador que ahora la vuelve a considerar adecuada. Por último, el punto central de esta reforma radica en el establecimiento de audiencias orales para la solución de varias cuestiones establecidas en forma taxativa y con

⁶ Exposición de motivos agregada al expediente legislativo del tratamiento de la ley 8896, 2016, p. 17.

⁷ Exposición de motivos agregada al expediente legislativo del tratamiento de la ley 8896, 2016, Dictamen del Dr. Javier Conrado Pons “Conforme el artículo del proyecto, terminada la investigación, en caso que el Fiscal solicite el juicio oral y público, de ser confirmado por un Juez de Garantías, ello no puede ser apelado (“Su decisión será irrecurrible”). Sin embargo, en caso que el mismo Juez sobresea al imputado, tanto el acusador público (Fiscal) como privado (Querellante) sí pueden apelar (ver artículo 15 del proyecto de ley).

Esta clara situación de desigualdad entre acusación y defensa, va en contra de uno de los principios medulares del sistema acusatorio adversarial que el proyecto de ley pretende: LA IGUALDAD DE ARMAS ENTRE LAS PARTES, lo cual advertimos, es una seria incoherencia e incluso cuestionable desde el punto de vista constitucional y convencional (ya que está en juego el derecho al recurso, al doble conforme, etc.). Entendemos que en la búsqueda de desformalizar el proceso penal, y en aras de su celeridad (según sugieren los fundamentos del proyecto) no se pueden suprimir estos derechos y garantías constitucionales.”

una formula residual para aquellas que no tengan un trámite previsto. En el comentario del art. 362, la exposición de motivos reza; *“Este es uno de los núcleos de la reforma. La instauración de la audiencia oral ante Juez de Garantías para decidir determinados artículos cruciales del proceso, así como forma residual para el resto de los actos de la causa. Es el puente por el que se pasa de un sistema escrito, con sus problemas, hacia la celeridad y verdadera inmediatez del proceso, sumando garantías y controles necesarios en un sistema adversarial, pero ese agregado de garantías realizado bajo la forma verbal y actuada, aligera y perfecciona la relación procesal”*. Párrafos más adelante reza *“La garantía de justicia en los sistemas penales, hoy, se define en la imposibilidad de demorar una causa.”*⁸ Con el fundamento de buscar una celeridad procesal se ha querido oralizar TODO, entendiendo que con ello se ayuda a dicho fin. El correr del tiempo demostró lo contrario y se vio claramente que muchas de las audiencias proclamadas se celebraban sin sentido para que las partes vayan a reproducir planteos que ya habían formulado por escrito, lo cual es inútil. Nadie duda de las bondades de la oralidad y que en algunos casos es beneficiosa, pero oralizar lo que no hace falta torna contraproducente la práctica abogadil, más allá que es una pérdida de recursos y de tiempo humano. Basta con detenerse a pensar el caso de un pedido de sobreseimiento por parte del fiscal en causas sin querellante particular, o un caso de sobreseimiento por prescripción, entre otros que luego analizaremos, son ejemplos de audiencias que constituyen una pérdida de tiempo ya que de forma escrita se puede solucionar de forma más simple. De nada sirve reunir jueces, fiscales, y abogados en una sala para que todos digan estar de acuerdo con un sobreseimiento por haber prescripto la acción, cuando ya lo hicieron por escrito.

Luego podemos mencionar la ley 9040 de “Creación del Fuero Penal Colegiado” que establece, sin modificar el CPPM en esa parte, la imposición de audiencias “multipropósito” o “multitareas”. Otra es la ley 9106 denominada de “Juicio Por Jurados” de neto corte adversarial. Por último, mencionar la ley 9608 del corriente año que modifica el CPPM y genera un retroceso notable respecto de las garantías del imputado e incluso se contradice con sus fundamentos. A través de esta ley se establece, entre otras cosas, la eliminación de la posibilidad de la defensa de pedir el cambio de calificación a la hora de oponerse al requerimiento de elevación a juicio, limita el ejercicio del recurso de apelación, y trae de

⁸ Exposición de motivos agregada al expediente legislativo del tratamiento de la ley 8896, 2016, p. 17-18.

vuelta el instituto de la discrepancia del juez sobre el pedido de sobreseimiento del fiscal en la etapa crítica de la investigación penal preparatoria. Dicha ley establece en su exposición de motivos que se enmarca en esta serie de reformas tendientes a generar mayor dinamismo en el proceso penal y que me permito transcribir algunos párrafos de la misma que reza: *“Así es como la consabida división del proceso en dos etapas bien demarcadas (investigación penal preparatoria y juicio propiamente dicho) se ha perfeccionado estableciendo con toda claridad los roles de los sujetos procesales. La primera se encuentra a cargo del Ministerio Público Fiscal y tiene como contenido la investigación del hecho objeto del proceso, reuniendo la prueba pertinente y útil a fin de que el órgano de persecución genere su teoría del caso y decida si se encuentra o no en condiciones de acusar al sospechado para ingresar así a la etapa de plenario. Para ello se ha potenciado la organización del órgano encargado de la acusación y se le han otorgado muchas de las facultades otrora en manos de un Juez de Instrucción, reemplazándose esta por un Juez de Garantías que controla las decisiones del Fiscal. En tanto, la segunda etapa está fundamentalmente dirigida al desarrollo del debate, en el que acusador y defensa han de dirimir la cuestión ante un órgano jurisdiccional a fin de que este último se encuentre en situación de dictar la sentencia definitiva... Así es como en este proyecto se ha entendido como finalidad perfeccionar la actividad procesal en la etapa de investigación penal preparatoria, teniendo en claro que la esencia del proceso es el juicio oral propiamente dicho, previsto en la Constitución Nacional en su artículo 18.*

*En efecto, no puede perderse de vista que la primera etapa del proceso tiene por finalidad reunir los elementos esenciales para el desarrollo del juicio, y en caso de no lograrlo, concluir anticipadamente el proceso. Y por ello, la investigación preparatoria no puede convertirse en una instancia engorrosa y dilatada en el tiempo cuando es el juicio, con todas las garantías de oralidad, inmediación, publicidad y contradictorio, el ámbito propicio para dirimir las distintas posiciones de cada una de las partes en el juicio...”*⁹. Insisto en que todos estos temas serán tratados en profundidad en sus respectivos capítulos y solamente me limito a hacer un breve comentario en este apartado.

No advierto que, si la exposición de motivos dice que se ha perfeccionado “con toda claridad la división de roles en el proceso penal”, haya reincorporado la discrepancia que claramente

⁹ Exposición de motivos agregada al expediente legislativo del tratamiento de la ley 9608, 2024, p. 5-6.

atenta contra ello ya que el juez se inmiscuye en las funciones del fiscal que llegado el caso de solicitar el sobreseimiento claramente no se encuentra convencido de abrir el plenario. Esto no ha sido objeto de críticas sobre el fondo de la cuestión, más allá que algunos autores se han expedido diciendo que la discrepancia debiera ser resuelta por el hoy llamado Fiscal Jefe de Unidad Fiscal y no por el Fiscal Adjunto, atento que las funciones que se le otorgan a cada uno en la ley 8008 así lo establece. Mas allá de esa crítica de a quien se le debiera atribuir la resolución, entiendo que pasan por alto el fondo de la discusión. Si lo que quiere lograrse es un sistema acusatorio puro, en el cual se dice que se han separado claramente las funciones, y que se sobreentiende por toda la doctrina que el titular de la pretensión punitiva del Estado es el MPF, por lo menos en los delitos de acción pública, no se advierte por qué el juez podría oponerse a un pedido de sobreseimiento cuando no es el quien tiene la función de promover dicha pretensión, sino solo ser un resguardo de las garantías. Esta clara no separación de funciones se advierte también en los criterios de oportunidad, ya que el fiscal debe solicitárselo al juez para que el mismo juez sea quien decida o no si la pretensión debe suspenderse o en su caso continuarse a instancia suya, claramente con otro fiscal, ya que si quien es titular de la pretensión solicita un criterio de oportunidad ha dado a entender que quiere prescindir de dicha persecución. No obstante, ello, el no entender la separación de funciones, permite que si el juez no está de acuerdo pueda instar a que dicha persecución prosiga.

Comparto con el proyecto y no se puede desconocer, que el plenario es la etapa esencial o el verdadero “proceso” penal, pero ello no tiene por qué significar que se limite el contradictorio en la etapa investigativa, máxime si se restringen las garantías al imputado como el doble conforme y teniendo en cuenta que muchas causas se dirimen sin necesidad de llegar a debate.

En cuanto a la posibilidad de no permitir la discusión de la calificación legal del hecho en dicha etapa se han elaborado algunas críticas por parte de la doctrina. Se ha dicho que, si se entiende a la etapa investigativa como aquella que debe reunir los elementos para preparar el juicio, mal podría pensarse que no se deje discutir la calificación y ello se dilate a la etapa de debate, generando un desgaste jurisdiccional en el que se realizaría un debate al solo efecto de discutir la calificación legal del hecho. Sumado a ello, restringe la posibilidad de terminar el proceso por medios alternativos (juicio abreviado, suspensión del procedimiento

o juicio a prueba) ya que la calificación opera como barrera a la negociación de las partes. Otra consecuencia que podría generar surge del sistema de enjuiciamiento penal mendocino en el cual, según la calificación legal del hecho atribuida al imputado, es que será juzgado por jueces técnicos o populares, y no parece adecuado que eso quede delimitado al arbitrio del fiscal, ya que en el marco de un sistema acusatorio se debería permitir que la defensa, en aras de la igualdad de armas, proponga alguna alternativa y que sea resuelta por un tercero imparcial, imparcial e independiente.¹⁰ Así como también, que la calificación impuesta unilateralmente por el MPF y sobre la cual no se puede discutir en la investigación podría traer más inconvenientes al imputado ya que si se observa los parámetros sobre los cuales el código ritual establece que corresponde dictar prisión preventiva en aquellos casos en que no aparezca procedente la condena condicional, lo cual se relaciona directamente con la pena en abstracto asignada por la ley al hecho delictivo investigado. Mal podría pensarse que, si no puede discutirse la calificación legal en la etapa crítica, pueda hacerse en la investigación penal preparatoria, en el marco de audiencias sobre medidas de coerción.¹¹ Sobre estas críticas, expresare mi opinión en el capítulo correspondiente.

2. La separación entre las funciones de perseguir, acusar, y juzgar.

A la hora de analizar la estructura y las funciones de los órganos públicos encargados de la acción y la jurisdicción nos remonta a una discusión no solo jurídica, sino también filosófica y política.

Esto nos lleva a analizar la cuestión desde la perspectiva de los denominados sistemas de enjuiciamiento: el acusatorio y el inquisitivo¹². Siguiendo a Héctor Superti *“Uno de los*

¹⁰ Exposición de motivos agregada al expediente legislativo del tratamiento de la ley 9608, 2024, Dictamen de las Cátedras de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, p. 34-35.

¹¹ Exposición de motivos agregada al expediente legislativo del tratamiento de la ley 9608, 2024, Dictamen de las Cátedras de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo y del Colegio de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, p. 34-39, y 62-69 respectivamente.

¹² FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Trotta, Madrid, 2001, p. 564 “Precisamente, se puede llamar acusatorio 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

principales aspectos de la cuestión radica en determinar básicamente, en la relación Estado-Persona, qué es lo que se está dispuesto a resignar en el campo de los derechos individuales para conseguir el castigo de los delincuentes."¹³ Es decir, si se entiende al método de enjuiciamiento como un instrumento de represión al servicio del poder público nos posicionaríamos en un sistema cuyo proceso tendría como finalidad aumentar la eficacia del sistema punitivo, en detrimento de las garantías y derechos personales. Ahora bien, si entendemos al método de enjuiciamiento como instrumento garantizador de los derechos individuales, nos posicionaríamos en un sistema que tiene como finalidad el respeto irrestricto de los derechos y garantías, y que no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental,¹⁴ ello sin que necesariamente, como piensa la opinión pública, genere mayores índices de impunidad, o si los genera, no es la estructura de enjuiciamiento el medio adecuado para lograr ese fin, ya que el proceso penal no es un instrumento represivo del Estado, sino la última ratio y una garantía de los ciudadanos frente al Estado. No puede pensarse al proceso como un instituto que limite y sirva al poder al mismo tiempo.¹⁵ Esto demuestra que, claramente, la discusión no es solamente jurídica, sino que depende del sistema procesal penal que se elija el límite a las prerrogativas estatales. Mientras más garantías se otorguen y respeten, menores son las facultades que tiene el Estado y viceversa. Todo esto, íntimamente conectado con la política criminal que plantee el gobierno de turno.¹⁶

la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamare inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegando al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y el derecho de la defensa".

¹³ SUPERTI, Héctor, Derecho Procesal Penal temas conflictivos, Juris, Santa Fe, 1998, p. 27.

¹⁴ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, Tercera Parte, p. 21.

¹⁵ SUPERTI, Héctor, Derecho Procesal Penal temas conflictivos, Juris, Santa Fe, 1998, p. 32.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 12 "El Derecho Procesal tiene su corazón dividido entre dos grandes amores: por un lado, la misión de investigar los delitos y castigar a los culpables; por otro, la de respetar en esta tarea determinados principios y garantías que se han convertido en el moderno Estado de Derecho en derechos y garantías fundamentales del acusado. Esto produce una contradicción difícil de solucionar: el respeto a las garantías y derechos fundamentales del acusado puede suponer y, de hecho, supone efectivamente, un límite a la búsqueda de la verdad que obviamente ya no puede ser una verdad a toda costa".

Haciendo eco de la evolución histórica del proceso penal, a la que me remito en las notas ya que excede esta presentación¹⁷, a partir de la revolución francesa y producto de las ideas de la ilustración reformadora (Montesquieu, Pagano, Beccaria, etc.) es que se formó aquel sistema o proceso denominado “mixto” que al decir de los autores citados en las notas, era predominantemente inquisitivo en su instrucción, la cual era escrita, secreta y sin contradictorio y predominantemente acusatorio en la fase sucesiva del juicio, el cual se desarrollaba de forma oral, pública y con respeto del contradictorio. Este sistema o método de enjuiciamiento fue el que tuvimos en nuestro país hasta fines del siglo pasado y que incluso sigue subsistente en algunos códigos rituales, dejando resabios inquisitivos de aquellas raíces echadas en el siglo XIX. Lo curioso de este sistema es que se compone como una posición ecléctica entre el sistema acusatorio y el inquisitivo, y digo curioso porque nos estamos refiriendo a dos filosofías totalmente contrapuestas. Puede leerse en la exposición de motivos de los códigos procesales que se toman las “pautas más valiosas” de ambos sistemas lo que nos lleva a cuestionarnos de que serviría decir, por ejemplo, que la carga de la prueba recae sobre el órgano encargado de la acusación, que es únicamente el MPF (pauta del sistema acusatorio), si luego se le permite al juez, aunque sea excepcionalmente, probar de oficio (pauta del sistema inquisitivo), o de que sirve decir que el MPF es el encargado de ejercer la pretensión punitiva para luego en caso de no encontrarse convencido de continuarla o de acusar, el juez pueda instar a ello, como entiendo que sucede en el instituto de la discrepancia. Está claro que ambos sistemas no pueden coexistir y que los legisladores deben sincerarse y optar por uno u otro porque mezclar agua y aceite es fácticamente imposible.

Estos sistemas que venimos analizando y que, como dijimos, son totalmente opuestos, conciben dos métodos de organización judicial, dos figuras de juez y de averiguación judicial distintos.¹⁸ Entiendo que para comprender la separación de funciones es necesario analizar las facultades otorgadas al juez en cada uno de los sistemas.

¹⁷ Ver MAIER, Julio B. J., Derecho Procesal Penal Argentino, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, p. 204-218.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Trotta, Madrid, 2001, p. 561-592.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, Primera Parte, p. 62-71.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Trotta, Madrid, 2001, p. 564.

Si nos posicionamos en el modelo acusatorio nos encontramos con que las partes debaten en pie de igualdad ante un tercero imparcial, imparcial e independiente. El impulso procesal corresponde a las mismas partes y nunca al juez (*ne procedat iudex ex officio*), la característica fundamental de este sistema radica en la división de las funciones, la requirente por un lado que le corresponde al acusador, la defensa que le corresponde al imputado quien puede defenderse de dicha acusación, y la función de juzgar que aparece en manos del juez. El acusado sabe quién, y de qué se lo acusa, el proceso es público evitando los tormentos y la prisión preventiva opera como excepción. Dentro de este sistema, la persona ocupa un primer plano y el Estado un papel secundario, se considera al imputado como un sujeto de derechos. En cambio, en el modelo inquisitivo¹⁹, el proceso se inicia de oficio, el impulso procesal es realizado por el juez, a quien se le atribuyen las funciones de investigar, acusar y juzgar. Esta reunión de poderes en una misma persona sirvió como fundamento de dicho sistema para rescindir de la actividad defensiva: se entendía que el imputado no tenía derecho a defenderse porque, o bien era inocente y por ende no lo necesitaba ya que el buen inquisidor a través de su cordura, integridad e independencia iba a descubrirlo, o bien si era culpable no lo merecía²⁰, lo que demuestra la desigualdad en la que se encuentra el imputado que pasa a ser el objeto del proceso, un objeto de investigación, con lo cual pierde su consideración como sujeto de derechos. La prisión preventiva opera como regla general y así el proceso penal es concebido como instrumento represivo del aparato estatal.²¹

Desde el plano constitucional se observa un desdoblamiento que ha traído variadas consecuencias debido a la incoherencia normativa. Por un lado, tenemos nuestra

¹⁹ Sobre el sistema inquisitivo, Montero Aroca para quien no hay dos sistemas procesales, sino dos sistemas para aplicar el Derecho Penal de los cuales, uno es procesal (acusatorio), y el otro es no procesal (inquisitivo). Esto lo lleva a decir que no existe el proceso inquisitivo como tal, ya que no se presentan dos partes parciales en condiciones de igualdad ante un tercero imparcial. Concluye que “proceso inquisitivo” es una *contradictio in terminis*, y “proceso acusatorio” es un pleonismo, porque no puede haber proceso si este no es acusatorio. MONTERO AROCA, Juan, Principios del Proceso Penal, Astrea, Buenos Aires, 2016.

²⁰ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Exposición de motivos ley 1908, año 1950, p. XL “Lo imaginan -en una abstracción que olvida factores psicológicos valiosos- como un “espejo que refleja sincera y fielmente todos los lados de la verdad, como vigil escolta del acusado y el acusador, que no obra, no siente y no camina sino hacia la verdad como querubín de la justicia divina que con imparcialidad y al mismo tiempo acusa, defiende y juzga” “El concepto escolástico -dice Carrara (104)- de que una inteligencia es capaz de dirigir el proceso en el sentido de la acusación y de la defensa, es una quimera”.

²¹ ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 86 y 122.

MAIER, Julio B. J., Derecho Procesal Penal Argentino, Hammurabi, Buenos Aires, 1989. t. 1b. p. 205 y ss. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, Lerner, Buenos Aires, 1960, t. I. p. 20.

Constitución cuyo antecedente es la Constitución estadounidense inspirada en los ideales liberales (acusatorio), y, por otro lado, nuestros códigos rituales con fuerte influencia del sistema continental europeo (inquisitivo).²²

Resulta claro que el constituyente quiso establecer un sistema de enjuiciamiento acusatorio cuando instituyó el juicio previo (art. 18 CN)²³, el juez natural (art. 18 CN) y el juicio por jurados (art. 99 CN). Esta garantía del juicio previo se conecta con todas las demás, es decir, el juicio previo debe ser llevado ante un juez natural designado con anterioridad a los hechos de la causa, ese juez debe ser independiente, imparcial e imparcial, donde la defensa en juicio es inviolable y la acusación debe ser notificada previamente ya que no hay juicio sin acusación (no hay jurisdicción sin acción) y, finalmente, la sentencia estar fundada en las constancias probatorias incorporadas a la causa solo por las partes y nunca por el juez.²⁴ Esto, sumado a la proclamada institución del juicio por jurados indica que, claramente, lo que se quiso instituir es un sistema acusatorio donde las funciones de acusar, defender y juzgar están separadas. Está claro que en un juicio llevado ante un jurado (popular o escabinado) quedan nítidamente diferenciados el órgano de la acusación y el órgano de juzgamiento.

Desde que el Estado asumió la función de promover la acción penal (salvo en los delitos de acción privada, los dependientes de instancia privada o querella exclusiva en delitos de acción pública)²⁵ y del juzgamiento de los delitos, es que surgió el problema de establecer si dichas funciones se concentraban en un mismo órgano o, por el contrario, se las establecía en órganos separados e independientes. Esto es algo que, como se dijo *supra*, el constituyente resolvió estableciendo la separación de las mismas. Esto surge, además de lo ya dicho, del análisis de la responsabilidad política para la cual la Constitución le otorga a la Cámara de

²² MAIER, Julio B. J., Derecho Procesal Penal Argentino, Hammurabi, Buenos Aires, 1989. t. 1b. p. 226 “Por lamentable que sea, la legislación posterior a la Constitución no siguió inmediatamente este curso, quizás debido a la dificultad que tienen los habitantes de este país para llevar a la práctica los principios republicanos que declaman”.

²³ BINDER, Alberto M, Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 118 “En síntesis, del art. 18 de nuestra Constitución Nacional surge que el castigo sólo se puede imponer mediante un proceso penal que desemboque (“termine” dice la Constitución art. 24, por ejemplo) en un juicio oral, público y por jurados. Toda otra estructura del proceso penal es inconstitucional”. La cita es tomada textualmente del autor, no pudiendo verificarse el origen del uso del término “termine”, ya que el art. 24 de la CN no lo contempla en esa literalidad.

²⁴ MALJAR, Daniel E, El Proceso Penal y las Garantías Constitucionales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 142-143.

²⁵ Sobre los tipos de querellante, ver CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar S. A. editores, Buenos Aires, 1962, t. II. p. 322 y ss.

Diputados la función de acusar (art. 53 CN)²⁶ y a la Cámara de Senadores la función de juzgar a aquellos acusados por la otra Cámara (art. 59 CN)²⁷. Lo mismo ocurre en el enjuiciamiento de los tribunales inferiores (art. 114 inc. 5 y art. 115, CN).

Sumado a ello, la diferenciación entre la función de acusación por un lado, y de juzgamiento por el otro, surge de una garantía implícita en un primer momento en nuestra Constitución, hoy incorporada a través de la legislación internacional (art. 75 inc. 22) en la reforma de 1994 junto con la institución del Ministerio Público como órgano independiente cuya función es “... *promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad...*”. Esta garantía es la imparcialidad del tribunal, es decir, de aquel llamado a decidir sobre la pretensión y que es presupuesto necesario del debido proceso y de la igualdad procesal entre acusador y acusado. Así lo establece la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su artículo 8.1 que reza “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...*”, como también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14 inc. 1).

Esta imparcialidad del juzgador requiere que este no tenga interés personal ni emocional en lo que se litiga, su resultado o las partes que litigan, como así también que sea imparcial, es decir, que no realice funciones que le corresponden a las partes parciales²⁸, a lo que se le ha llamado también en doctrina imparcialidad funcional. Debe mantener durante todo el proceso, la misma distancia de la hipótesis acusatoria como de la hipótesis defensiva.²⁹ Para lograr este aspecto funcional, es que se recurre al análisis de las facultades que tiene o debe tener el tribunal. Si partimos de la descripción de las características de ambos sistemas,

²⁶ Constitución de la Nación Argentina. Artículo 53: “Sólo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado...”

²⁷ Constitución de la Nación Argentina. Artículo 59: “Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados...”

²⁸ FALCONE Roberto A., Instrucción o imparcialidad en el nuevo debate oral, La Ley, Buenos Aires, 1997, p. 668 y ss. “La natural separación entre acción y jurisdicción conducen inexorablemente a que la decisión del tribunal del juicio solo puede fundar su sentencia en las pruebas incorporadas regularmente al debate por exclusiva iniciativa de las partes y bajo el contralor de las mismas”.

²⁹ MALJAR, Daniel E, El Proceso Penal y las Garantías Constitucionales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 187-188 “El sustantivo imparcial, refiere, directamente, por su origen etimológico (in-partial), a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir, que lo ataca sin interés personal alguno. Por otra parte, el concepto alude, semánticamente, a la ausencia de prejuiciar a favor o en contra de las personas o sobre la materia sobre la cual debe decidir”.

acusatorio e inquisitivo, vemos que en el primero se logra dicha imparcialidad, no así en el segundo. Ello, porque si se permite que el juez deduzca la pretensión punitiva sobre la cual debe luego juzgar, está ejerciendo funciones de parte. Esto claramente es solucionado con la institución del MPF como el único encargado de promover la pretensión punitiva en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Pero ello no termina ahí, sino que, dicha imparcialidad puede también verse menoscaba, no obstante que se prohíba comenzar por sí mismo el proceso, si se le permite (u obliga), a investigar y aportar elementos probatorios ya sea en la investigación penal preparatoria o en el debate.³⁰ Esta garantía de imparcialidad, requiere de jueces que no realicen función alguna que corresponda a las partes.

Esto ya fue establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Llerena” cuando dijo: *“Que la ‘...separación de juez y acusador es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás’ (Ferrajoli, L., op. cit., pág. 567). Nuestra Constitución Nacional, es un claro ejemplo de consagración de este modelo, pues al regular el juicio político, también separa claramente las funciones de investigar y acusar, de las de juzgar; evitando que el juzgador tome contacto previo al juicio o con las pruebas o con las hipótesis preliminares, como derivación directa del principio republicano de gobierno, que rige la organización del poder del Estado”*.³¹ Resulta de todo lo dicho que, si el juez no puede promover de oficio la pretensión punitiva, como tampoco puede acusar, ni instar a ello (cuando el MPF solicita un sobreseimiento) porque de hacerlo, menoscaría gravemente la imparcialidad. Tampoco puede incorporar material probatorio en ninguna de las etapas de las que se compone el proceso penal³². Es claro que, quien ha reunido material de cargo, quien ha instruido, ya no resultaría imparcial frente al resultado de la investigación, como dice Roxin, *“es una sobreexigencia psicológica”*.³³

³⁰ CAFFERATA NORES, José I. y coautores, Manual de Derecho Procesal Penal, Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2004, p. 146-147.

³¹ CSJN. Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 de Código Penal. Causa N° 3221. Fecha 17/05/2005. Páginas 11 y 12.

³² JAUCHEN, Eduardo, Proceso Penal Sistema Acusatorio Adversarial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 23-24.

³³ ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 122.

Para reforzar esta postura de que el juez instituido por el constituyente está llamado a resolver como tercero imparcial hay que analizar la primera parte de la Constitución Nacional. En ella, reconoce derechos individuales a los cuales protegió con garantías.³⁴ Estos derechos y garantías claramente no son absolutos, sino que se someten a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14 CN), ya que no se conciben derechos absolutos. Ahora bien, cuando se quiere restringir alguno de estos derechos amparados por la Constitución, surge un conflicto entre el interés del Estado y el particular que requiere una autorización judicial. Si en el marco del proceso se requiere de un allanamiento a los efectos de la investigación, o si se quiere decretar una prisión preventiva, por dar algunos ejemplos, se requiere que el juez, con investidura Constitucional (juez de garantías) para excepcionar el cumplimiento de esos derechos y garantías, sea quien resuelva en condición de tercero imparcial. Entonces, no cabe pensar que quien tiene la investidura Constitucional para excepcionar las garantías frente a una investigación, sea, también, quien realice esa investigación. Citando a Superti, *“No hace falta esforzarse demasiado para advertir que cuando una garantía opera frente a una autoridad que por sí sola puede excepcionarla, automáticamente deja de ser garantía”*.³⁵

Es necesario, si se quiere establecer un sistema acusatorio, que el método de debate sea representado, esquemáticamente, por un triángulo equilátero, de modo que el tercero (juez) se ubique en el ángulo superior, y las partes, enfrentadas entre sí, en los ángulos inferiores, en un plano de absoluta igualdad.³⁶

³⁴ ZARINI, Helio J., Constitución Argentina Comentada y Concordada, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 20-21 “Derechos. Constituyen facultades o atribuciones que se reconocen o conceden a los habitantes del Estado. Estos derechos se denominan derechos individuales, derechos humanos o derechos de la persona humana y su titular los puede hacer valer frente al Estado, a las organizaciones intermedias y demás personas”.

“Garantías. El hombre exige hoy contar con seguridad, convencido de que el desconocimiento, la amenaza o la violación de sus derechos (provenga del Estado, de sectores privados o de otros particulares) no se detienen ante la simple declaración Constitucional... Las garantías aparecen, entonces, como instituciones y procedimientos de seguridad, creados a favor de los habitantes, para que cuenten con medios de amparo, tutela o protección, a fin de hacer efectivos los derechos subjetivos...”.

³⁵ SUPERTI, Héctor, Derecho Procesal Penal temas conflictivos, Juris, Santa Fe, 1998, p. 71.

³⁶ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, El Fracaso de la Justicia, AVI, Santa Fe, 2023, p. 37 “Porque *equi* significa igual y *latero*, lado, lo que permite imaginar que cada uno de los intervinientes en el proceso está uno exactamente a la misma distancia del otro, lo que intenta mostrar una idea de clara igualdad de los parciales y equidistancia del juzgador”.

3. De las audiencias orales en el código procesal penal de Mendoza.

Como se adelanto, hoy una gran cantidad de cuestiones (criterios de oportunidad, oposiciones, nulidades, sobreseimientos, prisiones preventivas y su cese, prorroga y control jurisdiccional, etc.) son tratadas y resueltas en audiencias orales regidas por el CPPM. A partir de la ley 8896 se vivió un cambio trascendental en el que se pasó de un sistema cuya investigación era totalmente escrita a un sistema en el que, como refiere el proyecto de ley, la oralidad pasa a ser el núcleo de dicha reforma. El legislador pretendió que todas aquellas cuestiones que antes se tramitaban por escrito, hoy sean resueltas en audiencias orales con la presencia indelegable del juez en las que se respeten las reglas de inmediación-concentración-continuidad, ello en aras de obtener un eficaz y más rápido servicio de justicia, atento a que ello surge de los antecedentes del proyecto.

No obstante lo dicho, el articulado incorporado por dicha ley al código ritual se mantiene vigente hasta el día de hoy sin ninguna modificación, y reza: **“Art. 362 - De las audiencias orales. Para la decisión de todo criterio de oportunidad, oposición, prórroga de la investigación, juicio abreviado, cuestiones incidentales y cualquier otro trámite que no tenga previsto un procedimiento especial durante la investigación Penal Preparatoria, se resolverá por el Juez en una audiencia oral y continua. Se fijará dentro de los dos (2) días de solicitada, y será pública, salvo excepción fundada, la que deberá ser notificada.**

El Juez dirigirá la audiencia, adoptando las medidas pertinentes al efecto. Luego de declarar abierta la misma, otorgará en primer lugar la palabra al peticionante o incidentante para que exponga en forma sucinta su pedido, fundándolo en hechos y derecho. No se permitirá la lectura de memoriales. Posteriormente otorgará el uso de la palabra a las demás partes concurrentes, quienes expondrán sobre la cuestión planteada. El Juez procurará evitar dilaciones innecesarias y la adición de puntos extraños al planteo originario.

Resolverá las cuestiones de orden que se susciten en forma inmediata, sin recurso alguno. Oídas las partes e interesados, decidirá la cuestión en forma inmediata y en forma oral, de conformidad con el Artículo 155.

En casos excepcionales podrá disponerse un cuarto intermedio, pero la resolución jurisdiccional deberá dictarse el mismo día.

Todo diferimiento o nueva audiencia, en una misma causa, se deberá reprogramar de modo tal que no se suspenda el sistema de audiencias establecido por el Tribunal u oficina de gestión habilitada. Estas deberán ser continuas, no admitiéndose demoras ni suspensiones.

Los Magistrados y Funcionarios que más de tres (3) veces en un (1) año o en seis (6) oportunidades en diversos años hicieren fracasar de manera injustificada las audiencias, se considerarán incurso en la causal de mal desempeño previsto por el Artículo 12 de la Ley 4.970. Cuando se trate de abogados, en las mismas circunstancias, deberá remitirse informe al Tribunal de Ética del Colegio de Abogados de la circunscripción correspondiente. Deberá establecerse un Registro a estos fines. (texto ley 8896, BO 26/08/2016) 43”

Interesa destacar algunos aspectos del artículo citado. En primer lugar, resulta claro que la enumeración de las cuestiones que deben ser tratadas en audiencia oral debe entenderse de modo enunciativo ya que la fórmula utilizada por el legislador así lo indica cuando refiere a “cuestiones incidentales y cualquier otro trámite que no tenga previsto un procedimiento especial...”³⁷. Luego el artículo refiere que la audiencia será fijada dentro de los dos días de solicitada, entendiendo que dicho plazo debe ser ordenatorio porque de no producirse la audiencia en ese plazo, la misma deberá llevarse a cabo a los tres, cuatro, o los días que sean necesarios de acuerdo a la importancia de la cuestión. Lo ideal sería que la estructura estuviera preparada para que todas las audiencias puedan ser fijadas para realizarse con la cercanía temporal que el legislador quiso imponer, y así lograr aquella eficacia procesal, pero para ello sería necesario una mayor cantidad de jueces y de operarios de la cual no se dispone.³⁸ Ello, sumado a que el artículo estipula que el juez deberá resolver en forma inmediata aquellas cuestiones que se susciten, y esto sin recurso alguno, lo cual no parece acertado. En palabras de Pascua “Curiosamente también se establece que su resolución no

³⁷ MANGIAFICO, David, Audiencias Orales en la Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Mendoza, ASC Libros Jurídicos, Mendoza, 2019, p. 115 “Conforme lo dicho, la lista de asuntos dispuesta inicialmente en la norma ha de interpretarse en modo enunciativo y/o ejemplificativo, dado que, por caso, un incidente de incompetencia, una recusación o una ocurrencia para solicitar medidas probatorias o para oponerse a la incorporación de pruebas, también transcurrirán -salvo excepcionalísimos casos urgentes- y se resolverán en audiencia oral”

³⁸ Exposición de motivos agregada al expediente legislativo del tratamiento de la ley 8896, 2016. Dictamen del Instituto de Altos Estudios en Derecho Penal y Procesal Penal, Comparado, p. 41

*admite recurso alguno, lo que es inconducente pues no se puede restringir el derecho a recurrir de manera general, sin afectar el legítimo proceso legal y el derecho de defensa en juicio de todas las partes, por lo que habrá que estar a cada caso en particular”*³⁹. El artículo también establece que estas audiencias deben ser continuas y que solo excepcionalmente pueden disponerse cuartos intermedios ya que la resolución debe dictarse en el mismo día. Esto parece ser impracticable, por lo menos en aquellas causas complejas o con varios imputados, que claro está, requieren un mayor estudio de la causa, más allá de que la normativa lo pase por alto y requiera que se resuelva todo lo más rápido posible, ya que la agenda de los tribunales es manejada por la oficina de gestión de audiencias penales (OGAP), por lo cual ni siquiera depende del magistrado el reanudamiento de la audiencia en el mismo día para resolver.⁴⁰ Es evidente que lo que la reforma intenta, para lograr esta agilidad, es que el juez, una vez cerrada la audiencia, resuelva con la información aportada por las partes oralmente y sin acudir al expediente, en resguardo de la imparcialidad.⁴¹

A fin de analizar alguno de estos institutos que a partir de dicha reforma tramitan por audiencias orales, se puede mencionar los pedidos de sobreseimiento, los cuales por no tener un trámite específico asignado, y en virtud del art. 362, deberían tramitarse en audiencias orales, públicas y contradictorias, con todas las especificaciones que analizamos en el párrafo precedente.

Al respecto se ha dicho *“En razón de la genérica indicación contenida en el la reforma introducida, se debería entender que la solicitud de sobreseimiento del fiscal se debe realizar en forma oral en audiencia específicamente dispuesta a esos fines. Analizando el carácter de la petición consideramos que no se ve conveniente resolverlo por ese medio. Veamos, en general, esas peticiones al ser realizadas por el fiscal, normalmente, no será objeto de cuestionamiento. Por ello, el ámbito de un debate oral resulta sobreabundante. La petición por escrito y la resolución por parte del Juez de Garantías también por escrito, dará celeridad*

³⁹ PASCUA, Francisco J., Derecho Procesal Penal. Estudios al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, ASC Libros Jurídicos, Mendoza, 2018, p. 599.

⁴⁰ COUSSIRAT, Jorge y coautores, Leyes de reformas al código procesal penal Provincia de Mendoza, ASC Libros Jurídicos, Mendoza, 2022, p. 368 “En segundo lugar, la labor jurisdiccional y la meta contenida en el preámbulo de ‘afianzar la justicia’ resultan -a mi humilde entender- incompatibles con un sistema en el que, sólo importa la cantidad y no la calidad de las audiencias, en desmedro de los derechos y garantías de las partes”

⁴¹ MANGIAFICO, David, Audiencias Orales en la Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Mendoza, ASC Libros Jurídicos, Mendoza, 2019, p. 124-125.

en este caso al trámite⁴². Adhiero a lo que dice el autor, por cuanto es un dispendio de recursos y una pérdida de tiempo realizar audiencias orales en las que nada se va a discutir, atento a que, si el fiscal solicita el sobreseimiento del imputado, la defensa no debería oponerse, salvo el supuesto en que hubiese más de una causal de sobreseimiento y no fuese tratada en el orden que establece el código. Por ende, casos como la audiencia de oposición a juicio (que se analizara en el siguiente capítulo), como los pedidos de sobreseimiento en aquellas causas que no haya querellante particular, o que habiéndolo coincida con el fiscal, como también en aquellas causas que se solicite el sobreseimiento por prescripción, realizar una audiencia oral, de nada sirve. Si bien cabría la posibilidad de que el imputado y su defensa técnica no estén de acuerdo en algún pedido de sobreseimiento por prescripción, por entender que no se respeta el orden de los incisos (que van de acuerdo a la teoría del delito), es decir, por considerar que el imputado no cometió el hecho o porque el mismo nunca existió por ejemplo, mantengo la posición de que aun en estos casos es innecesario un debate ya que, si opera una causal extintiva, esta debe ser tratada con prioridad, por cuanto supone un impedimento para continuar ejerciendo los poderes de acción y jurisdicción⁴³.

Lo mismo puede decirse de la audiencia de oposición regulada en el art. 350 del CPPM que reza: “Art. 350 - Oposición. Trámite. Las decisiones del Fiscal de Instrucción serán impugnables por vía de oposición y ocurrencia. Serán oponibles los supuestos contemplados en los Artículos 13, 104, 346 y 360. La oposición se deducirá ante quien dictó la resolución en el término de tres (3) días, salvo que se establezca otro plazo. De inmediato se elevará al Juez de Garantías, quien resolverá en audiencia oral según el trámite del Artículo 362. Se podrá ocurrir al Juez de Garantías en los supuestos de los Artículos 105 y 347”. Es decir, aquí nuevamente se plantea el mismo inconveniente. El artículo establece que el modo de proceder a la hora de realizar una oposición (prejudicialidad, constitución de querellante, archivo de actuaciones,

⁴² SOSA ARDITI, Enrique, Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, ASC Libros Jurídicos, Mendoza, 2021, 4ª edición actualizada, p. 546-547.

⁴³ CLARÍA OLMEDO, Jorge A., Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. III., p. 15 “Nosotros pensamos que, ante la evidencia sobre dos o más causales, debe darse prioridad a la extintiva si se cuenta entre ellas. Ello se debe a los efectos que, conforme la ley penal, tiene la extinción de la acción. Estos efectos excluyen el argumento de la injusticia que significa para el imputado la omisión de resolver sobre el fondo cuando es evidente que no ha cometido el hecho. A fuer de imponerle al juez analizar otras causales, más injusto sería que éste declarase al imputado culpable pero que no se le acusa o condena por haberse extinguido la acción penal”. En contra de esta postura, ver Alfredo Vélez Mariconde. Exposición de motivos ley 1908. Año 1950. Página XLIX

y oposición a la elevación a juicio) es deducirla por escrito, esto es, formalizarla ante quien la dictó (MPF), para que luego este la eleve al juez de garantías a fin de que resuelva. Pero a partir de la ley 8896, la forma de resolver es acudiendo al trámite del art. 362 ya analizado. Se advierte así, como nuevamente, se citará a audiencia a las partes para que en caso que se les otorgue la palabra reproduzcan los planteos que ya hicieron por escrito y luego el juez pase a resolver, cuando sería mucho más útil, y eficaz para todos, que la audiencia no se lleve a cabo y el juez una vez que el MPF le haya elevado el expediente, proceda a resolver de forma escrita. Se advierte claramente que oralizar por la oralización misma no produce ningún resultado positivo, ni tampoco puede decirse que garantice, de mejor forma que si fuera escrito, los derechos del imputado, al contrario, produce una pérdida temporal y económica tanto de las partes como del Estado.

Respecto del segundo párrafo de este artículo es necesario traer a colación la ley 9040, la cual no reforma el código procesal penal e incurre en una contradicción con dicho párrafo. Dicha ley (de creación del Fuero Penal Colegiado) reza: “ART. 16 Audiencias. Todas las audiencias son flexibles y multipropósito, pudiendo someterse a decisión jurisdiccional cuestiones diferentes por las que fueron fijadas, mientras surjan a petición de parte, e incluso cuando fomenta la solución temprana del caso a partir de las opciones previstas por la ley.

El horario de fijación de audiencia podrá ser entre las ocho (08:00) horas y las diecinueve (19:00) horas.

El soporte digital del registro en audio o video de toda audiencia oral realizada con la presencia del Juez, será prueba suficiente de su realización y certeza de lo ocurrido en ella, no siendo necesaria la presencia de funcionario público que de fe del acto, ni labrar acta, ni certificación de la misma.”

En el primer párrafo del artículo citado establece que todas las audiencias son flexibles y multipropósito, pudiendo someterse a decisión jurisdiccional cuestiones diferentes por las que fueron fijadas, en clara contradicción con el segundo párrafo del art. 362 del CPPM que establece que el Juez procurará evitar dilaciones innecesarias y la adición de puntos extraños al planteo originario.

Este tema de las audiencias “multipropósito”, o “multipuertas” ha sido analizado por algunos autores que sostienen que *“Sin embargo, para muchos de los supuestos las legislaciones se*

refieren a que se convocará o a que se podrá peticionar una audiencia para tal supuesto, dejando abierta la posibilidad de tratar varias cuestiones en una misma audiencia. Estas soluciones son preferibles en concordancia con las ideas de simplicidad y celeridad de un proceso preparatorio para el juicio. De tal modo, es esperable, que más allá del nombre que tenga la audiencia, en la legislación de la que se trate, que en ella se puedan agotar, todas aquellas peticiones o planteos que las partes estén en condiciones de formular y puedan ser resueltos en esa instancia. Se evita estar convocando a una multiplicidad de audiencias, con el desgaste que eso supone no solo para el juez y las partes, sino también para las Oficinas de Gestión de Audiencias, que deben convocar una y otra vez a las mismas partes y al mismo juez, y generar el traslado del detenido, cuando todo lo que quiere tratarse pudo haber sido resuelto en una misma y única ocasión.”⁴⁴

Claro está, este multipropósito tiene sus límites. Esto no quiere decir que cualquier cuestión puede ser tratada en cualquier audiencia, fijada con una finalidad determinada, ya que se corre el riesgo de lesionar el derecho de adecuada intervención de las partes del proceso, o de quien sin ser parte (la víctima) tiene derecho a emitir opinión en algunas circunstancias establecidas por la ley. Como así también lesionar garantías -defensa en juicio-, o violar reglas técnicas de debate como la preclusión y la progresividad del proceso.

Entiendo que lo adecuado sería establecer como límite, la propuesta, y el acuerdo de partes, ya que de lo contrario podría violarse entre otras cosas, la garantía de defensa en juicio.

Respecto de la casuística de esto se ha dicho que “*no debería admitirse con base en el carácter multipropósito de la audiencia la hipótesis frecuente de requerir audiencia para celebrar un juicio abreviado por un caso determinado y presentar al momento de la audiencia un conjunto de casos acumulados por los que las partes no habían requerido previamente la fijación de audiencia y por ende no ingresaron previamente a la OGAP*”⁴⁵. Otro ejemplo de lo que podría suceder es que se fije una audiencia para tratar una medida de coerción y que en dicha audiencia se resuelva un juicio abreviado, basado en el multipropósito, lo cual no podría suceder si existiera una víctima individualizada atento a que el art. 420 del CPPM establece que el juez previo a dictar sentencia podrá escuchar a la víctima de domicilio conocido, lo que

⁴⁴ BINDER, Alberto M. y ALLIAUD, Alejandra M., Audiencias preliminares, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016, p. 79.

⁴⁵ COUSSIRAT, Jorge y coautores, Leyes de reformas al código procesal penal Provincia de Mendoza, ASC Libros Jurídicos, Mendoza, 2022, p. 618.

hace que el multipropósito quede desvirtuado, siendo más eficaz que la audiencia sea notificada con la finalidad prevista, y así citar a quienes deben intervenir evitando hacer planteos que por más aceptación que tengan, no pueden concretarse.

Otro supuesto que se dio en nuestra Provincia y que fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia (SCJM) fue el caso “Castro Bazán” en el cual la defensa esgrimió como agravio el rechazo de un planteo de un criterio de oportunidad interpuesto en la audiencia de finalización basado en el criterio de audiencias multipropósito cuando el articulado del código claramente dice en el art. 439 bis que el momento adecuado para solicitar un criterio de oportunidad o juicio abreviado es en la audiencia de detención y acuerdos en el procedimiento de flagrancia. Por lo tanto, resulta claro que este multipropósito alegado por la defensa atenta contra la preclusión y progresividad. En dicha resolución se lee: *“A mi juicio, el carácter multipropósito de la audiencia invocado por el defensor no permite inaplicar las normas mencionadas. Tal petición, a pesar de que el defensor no lo haya mencionado, tiene una referencia normativa en el art. 16 de la ley 9040 cuyo primer párrafo expresa [...]. se trata de una norma general para las audiencias orales, que sin embargo debe ceder ante regulaciones particulares como las mencionadas en los arts. 439 bis y 439 quater. Esta interpretación sistemática permite evitar una contradicción normativa -una antinomia- entre el cpp y la ley 9040)”*⁴⁶

Sin pretender un proceso “moral”, creo, que dichas audiencias multipropósito, atentan contra el arte de la litigación y pueden incurrir en graves violaciones de la defensa técnica del imputado. Piénsese en una citación a audiencia para tratar la proposición de diligencias, y que en el transcurso de la audiencia el MPF solicite la prisión preventiva del imputado. Está claro que, si se concurre a una audiencia para tratar una proposición de diligencias, o el planteo que fuere, no se ha elaborado una defensa para atacar un planteo que claramente la otra parte ha tenido el tiempo de elaborar y no comunicar previamente a los efectos de una defensa técnica eficiente. Entiendo que debe seguirse el articulado del CPPM evitando o rechazando planteos extraños a los que dieron lugar a la audiencia, o poner como limite a los mismos el acuerdo y la propuesta de partes. Como se dijo, no pretendo un proceso “moral”

⁴⁶ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 2, “Castro Bazán” CUIJ: 13-048446699-4/1, resuelta el 13/10/2021

en que las partes litiguen conjuntamente, pero tampoco en que litigar se convierta en una trampa, máxime, si hay posibilidades de que se viole el derecho de defensa en juicio.

4. Etapa crítica y audiencia de oposición a la elevación a juicio.

A la hora de analizar la oposición al requerimiento fiscal, la cual fue modificada en los últimos años por las reformas que venimos comentando, es necesario adentrarnos en la etapa crítica o mérito conclusivo de la investigación penal preparatoria.

El proceso penal, tradicionalmente, se concebía dividido en dos etapas claramente diferenciadas, la etapa de instrucción y la del plenario o juicio propiamente dicho. Sin embargo, entre esas dos etapas, se encuentra aquella que en doctrina se denomina como fase intermedia, crítica o clausura de la instrucción, la cual suele ser regulada en los códigos rituales bajo el título de “clausura”⁴⁷. Esta etapa, es para algunos autores una etapa independiente, con regulación propia⁴⁸; para otros constituye una fase más de la investigación preparatoria⁴⁹; y para otros se la debería incorporar en la fase preliminar del juicio⁵⁰. Este momento o etapa intermedia, más allá de la postura que se adopte, se extiende desde que el órgano a cargo de la investigación la estima cumplida, es decir, una vez que se han agotado los medios de conocimiento formales, o cuando se hayan reunido los elementos suficientes, y realice su mérito conclusivo de la investigación, el cual puede ser en sentido incriminador (requerimiento de elevación a juicio) o desincriminador (solicitud de sobreseimiento), hasta su correlativa resolución por el juez, siendo una fase eminentemente

⁴⁷ COUSSIRAT, Jorge, Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza, La Ley, Mendoza, 2013, p. 147.

⁴⁸ DI GIULIO, Gabriel H., Nulidades Procesales, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 266.

⁴⁹ CLARÍA OLMEDO, Jorge A., Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. III., p. 9 “Es común que la doctrina considere como un momento intermedio a esta fracción del proceso por ubicarse entre el sumario (investigación penal) y el plenario (juicio), haciendo referencia a la terminología de los códigos antiguos. Para dársele contenido se expresa que en él se clausura la instrucción o investigación penal y se eleva o cita a juicio. Esto es más descriptivo que conceptual, y contradice el sistema de nuestra legislación moderna”.

⁵⁰ JAUCHEN, Eduardo, Proceso Penal Sistema Acusatorio Adversarial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

valorativa⁵¹. La importancia de regular esta etapa, viene dada por las preocupaciones que expuso Vélez Mariconde, y que pueden resumirse en dos: primero, la necesidad de que nadie sea sometido a juicio sin una razón fundada; y segundo, que no se malgaste actividad en un asunto que pudo ser resuelto con mayor sencillez⁵², siendo evidente que lo que buscaba el autor citado en su proyecto era proteger al imputado frente a acusaciones infundadas⁵³. Si bien es cierto, y comparto, que el juicio propiamente dicho es la etapa esencial, como marcan los fundamentos de varias leyes aludidas en este trabajo, no parece acertado remitir una causa a juicio por el solo hecho de que la parte acusadora lo requiera, o menos aun, cuando lo haga el juez de oficio, sino que es necesario realizar un control acerca del mérito conclusivo de la investigación, aunque siempre a pedido de parte. De lo contrario se causaría un perjuicio tanto al sistema que debe realizar un juicio innecesariamente con los costos que ello insume, como al imputado un sufrimiento no merecido con la repercusión pública y el estigma que ello significa⁵⁴.

Siendo que la acusación –contenida en el requerimiento de elevación- es la base del juicio, y que a partir de ella se esboza la defensa técnica del imputado, si no es clara, precisa y circunstanciada, no solo deja indefenso, o vulnera el derecho del imputado, sino que también deja en un estado de desconcierto al juez, que por virtud de la congruencia que debe existir entre acusación –contenida en el requerimiento de elevación a juicio- y sentencia, debe basarse en la demarcación tanto objetiva como subjetiva que debe hacer el MPF en el requerimiento inculcador⁵⁵. No puede el tribunal, bajo pretexto de las deficiencias del requerimiento acusatorio, fallar *ultra o infra petita*.

En base a lo que se planteara respecto a la oposición y el instituto de la discrepancia, creo necesario hacer mención de los distintos sistemas posibles respecto de la procedencia de la acusación, específicamente en las aristas que atañen a si es necesaria una conformidad del órgano jurisdiccional para elevar la causa a juicio, y si en caso de ser así, que se le otorgue al órgano jurisdiccional facultades de control sobre el requerimiento acusatorio, si estas deben

⁵¹ CAFFERATA NORES, José I. y coautores, Manual de Derecho Procesal Penal, Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2004, p. 464.

⁵² VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Exposición de motivos ley 1908, 1950, p. L.

⁵³ COUSSIRAT, Jorge, Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza, La Ley, Mendoza, 2013, p. 148.

⁵⁴ JAUCHEN, Eduardo, Proceso Penal Sistema Acusatorio Adversarial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 222-223.

⁵⁵ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, Lerner, Buenos Aires, 1960, t. III., p. 233-234.

ser solo sobre los aspectos “formales”, o si también están legitimados para hacer un control sobre los aspectos “sustanciales”.

Partiendo de esta base, es que podemos encontrar -según autores como Jauchen o Binder- 4 sistemas diferentes; en primer lugar, un *acusatorio extremo* en el que la acusación obliga a la apertura del plenario, solo siendo posible un control, a pedido de parte, sobre aspectos formales del mismo; en segundo lugar, un *acusatorio mitigado* en el que el órgano jurisdiccional tiene la posibilidad de realizar, a pedido de parte, un control de legalidad sustancial, pudiendo admitir o rechazar acusaciones carentes de fundamentos; en tercer lugar, un *acusatorio restringido* en el que el juez incluso puede obligar al fiscal a realizar un requerimiento acusatorio, aun cuando este no lo haya hecho; y por último, un *acusatorio amplio*, en el que el juez puede abrir el plenario a instancia del requerimiento del acusador particular aun cuando el fiscal no haya acusado⁵⁶. Vistos estos sistemas Jauchen dice: *“Así, es mi opinión que, no es aconsejable una estructura en la que quede librada al órgano jurisdiccional la decisión sobre la procedencia sustancial de la acusación, ya que de este modo se distorsiona por completo el sistema acusatorio en tanto en definitiva sería el juez y no el fiscal quien decidiera la apertura del juicio, lo que pondría en serias dudas el principio de imparcialidad y al mismo tiempo los objetivos, responsabilidades y fines funcionales inherentes al Ministerio Público Fiscal, los que pasarían a ser sustituidos por el órgano jurisdiccional bajo el pretexto de un contralor de sustentabilidad de la pretensión de aquél...”*⁵⁷.

Si bien sus argumentos son más que válidos, creo que es necesario, establecer un sistema de control en el cual se le otorgue a la defensa la posibilidad de oponerse al requerimiento del MPF, ya sea instando el sobreseimiento, o el cambio de la calificación legal. Esta pretensión por parte del MPF y su correlativa resistencia por parte de la defensa, la cual es opcional, es la que genera un incidente que debe ser resuelto por el juez, en el cual entiendo que puede discutirse y hacerse un control tanto formal como sustancial a fin de evitar la apertura de plenarios infundados con lo que ello conlleva como ya se dijo anteriormente⁵⁸. Si bien es

⁵⁶ BINDER, Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 251.

⁵⁷ JAUCHEN, Eduardo, Proceso Penal Sistema Acusatorio Adversarial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 229 y ss.

⁵⁸ BINDER, Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 253 “Además, el carácter poco contradictorio de la instrucción se corrige con este debate preliminar, de modo que las garantías procesales, la posibilidad de defensa, el principio de inocencia, etc., no

cierto que una crítica a esta postura se debe a que puede generarse un debate anticipado, entiendo que no sucede, debido a que no se produce prueba, sino que se hace una valoración de las constancias obradas en la investigación preparatoria, y que funciona como garantía del imputado en cuanto le permite darle fin a la persecución en su contra lo más rápido posible, es decir, si bien es cierto que en esta etapa intermedia se realiza una discusión preliminar, incluso sobre cuestiones de fondo, ello no tiene por qué ser un debate anticipado, o reemplazar la etapa del plenario. Como tampoco creo que genere un resabio inquisitivo como se dice cuando se cuestiona este control como una intromisión del órgano jurisdiccional en la actividad del MPF, por lo menos, en los extremos que serán planteados. Y para evitar caer en una contradicción con la postura que esbozare respecto del instituto de la discrepancia, adelanto que mi crítica se debe a que dicho incidente es generado por el órgano jurisdiccional ante el requerimiento desincriminador del MPF y no por la defensa. Es decir, no es un incidente generado a instancia de parte, donde hay pretensión y resistencia por parte de los parciales, sino prejuzgamiento del órgano jurisdiccional.

Luego de este análisis teórico, se analizará como se encuentra regulado en el CPPM, tanto el requerimiento como la audiencia establecida para su resolución. Esto se encuentra regulado en el libro segundo correspondiente a la investigación penal preparatoria, título III denominado clausura que reza: **“Art. 357 - Procedencia.** El Fiscal de Instrucción requerirá la citación a juicio cuando, estimare cumplida la investigación y siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado. Caso contrario, procederá con arreglo al artículo 351.” (Concs. Art. 354 CPP Cba.)

“Art. 358 - Contenido de la Acusación. El requerimiento fiscal deberá contener - bajo pena de nulidad - los datos personales del imputado o, si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho; los fundamentos de la acusación; y la calificación legal.” (Concs. Art. 355 CPP Cba.; Art. 367 CPP Mza. -parcial-)

cumplan su función solo en el juicio, sino que extiendan su poder benéfico a lo largo de todo el proceso penal, resguardando el valor intangible de la persona humana”.

“Art. 360 - Instancias. Las conclusiones del requerimiento Fiscal serán notificadas al Defensor del Imputado quien podrá, en el término de cinco (5) días, oponerse instando el sobreseimiento.” (Texto ley 9608 B.O. 7/2/2025)41

Alvarado Velloso al momento de analizar las posibles instancias que pueden darse entre particular y autoridad, las cuales dice son únicamente cinco, distingue a la acción procesal como aquella única instancia que vincula a tres sujetos distintos en una relación dinámica. Esta acción procesal, es la instancia por la cual todo sujeto jurídicamente capaz puede ocurrir ante la autoridad, ante la cual esgrime su pretensión y esta debe necesariamente, al no poder resolver por sí misma, integrar la relación dinámica, por ello, es que la denomina siguiendo a Briseño Sierra, como una instancia proyectiva que genera una respuesta y una reacción por parte del juez y del demandado⁵⁹. Este fenómeno, se repite tanto en un proceso civil como en un proceso penal.

La acción procesal propiamente dicha, es ejercida por el fiscal cuando este materializa en un documento su requisitoria con su consiguiente pretensión, ya sea solicitando que se abra el plenario, o pidiendo el sobreseimiento -limitándonos en lo siguiente a la primera-, y esta es bilateralizada.

La requisitoria de elevación a juicio, es entendida como una unidad lógica, sellada y fundamentada, la cual no puede modificarse en lo más mínimo una vez que ha sido puesta en conocimiento de la defensa, ya que, el trabajo de la defensa técnica del acusado se limita únicamente a lo esgrimido por el MPF en el pedido de elevación a juicio, y no sobre otras posibles conductas o planteos no realizados por el mismo. De lo contrario, se violaría claramente el derecho de defensa en juicio.

Este requerimiento fiscal al que alude el articulado debe cumplir minuciosamente con los requisitos subjetivos, objetivos, y volitivos a que hace referencia. Partiendo de la base, aceptada por todos, que no puede haber juicio sin acusación, esta debe contenerse en el requerimiento que realiza el MPF, una vez concluida la investigación penal preparatoria. Lo que se solicita es que se abra el plenario cuando se encuentra merito suficiente para ello, no siendo necesaria la certeza de culpabilidad⁶⁰. De hecho, en este estadio procesal, la duda

⁵⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, Primera Parte, p.40-41.

⁶⁰ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. III., p. 31.

opera a favor de abrir el plenario, aun cuando se pueda objetar que esto vulnera la locución *in dubio pro reo*, atento que acá no se discute sobre los extremos necesarios para una condena, sino si el fiscal tiene un “caso” o no. Este requerimiento, como se dijo, debe integrarse con una identificación subjetiva del imputado, o aquellos datos que sirvan a su identificación si se la ignora, es decir, se requiere determinar quién es la persona perseguida que se pretende acusar. Respecto al elemento objetivo, se debe dar una relación clara precisa y circunstanciada del hecho objeto de la acusación, es decir, que sea expresado en palabras sencillas para que pueda ser comprendido por el imputado, que la narración del hecho este exenta de vaguedades, y dar las circunstancias de tiempo modo y lugar en que esa conducta se exteriorizo⁶¹. A ello se suma el elemento jurídico, la valoración jurídico-positiva que se hace de la descripción del hecho. Todo esto claro está, debe estar fundamentado y ser una derivación lógica de las pruebas obtenidas en la investigación penal preparatoria, y no un mero capricho acusatorio del MPF.

Siguiendo a Di Giulio, en este momento, el MPF realiza una pretensión incompleta, en el sentido de que, en cuanto a los elementos de la pretensión, solamente deduce el elemento subjetivo -individualizando al imputado- y el elemento causa -describiendo el hecho y su calificación- dejando el objeto, el qué de la pretensión, para los alegatos finales en la etapa del debate, en el que puede solicitar tanto una condena con su respectiva pena, o una absolución, siendo que esta última vincula al tribunal de juicio. Esto nos lleva a pensar que asociar el termino acusación con pretensión puede ser conflictivo, atento a que, luego de realizado el debate, el fiscal puede pretender, tanto una condena como una absolución.⁶²

Si bien el articulado refiere a que dichos requerimientos el fiscal debe realizarlos bajo pena de nulidad, entiendo que dicha nulidad no es declarable de oficio, ya que corresponde a la defensa interponerla en el momento de la bilateralización del requerimiento de elevación. Si bien puede pensarse que ello debe ser así, en virtud de la defensa de las garantías del imputado, no hay que dejar de observar que el hecho de que el MPF se olvide de relatar algún hecho, el mismo sea atípico, o que su requisitoria sea deficiente, puede redundar en beneficio del imputado, quien tal vez no quiera darle otra oportunidad al MPF para adecuar su pretensión. Atento a que, si se declara la nulidad del mismo, el efecto de la misma es la

⁶¹ CAFFERATA NORES, José I. y coautores, Manual de Derecho Procesal Penal, Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2004, p. 474-475.

⁶² DI GIULIO, Gabriel H., Nulidades Procesales, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 225 y 234.

reedición del requerimiento. Siguiendo en esta línea, el hecho de que el juez de garantías, en aras de la defensa de los intereses y garantías del imputado, declare la nulidad de ese requerimiento “deficiente” que omitió relatar algunos hechos, lo único que hace es perjudicar a quien intento “proteger” ya que el MPF tendrá la oportunidad de rehacer, y mejorar, en perjuicio del imputado, su requerimiento de elevación a juicio.

Una vez que le es notificado al defensor el requerimiento de elevación a juicio, notificación que se realiza por escrito, tiene 5 días para oponerse a través de un escrito fundamentado en el cual solicite el sobreseimiento, como también poder plantear, de ser el caso, excepciones previas o la nulidad del requerimiento.

En cuanto al cambio de calificación legal, las reformas que venimos comentando, han suprimido la posibilidad de interponerlo como mecanismo de oposición al requerimiento de elevación a juicio. Esto ha sido criticado como vimos anteriormente, atento a que restringe las posibilidades de la defensa en la etapa crítica.

Si la investigación penal preparatoria sirve a los efectos de preparar el juicio -valga la redundancia- sería un error no permitir dicha discusión en este momento atento a que, lo que se debe lograr, es depurarse la investigación realizada y que llegue a debate la causa en las mejores condiciones posibles, de lo contrario podría darse el supuesto de que se realice un debate al solo efecto de discutir la calificación legal, lo cual generaría un desgaste jurisdiccional que podría evitarse. Si se mantiene la posibilidad de realizar un control formal, y sustancial sobre el requerimiento, debería permitirse que se pueda discutir la calificación legal del hecho, atento a que hechos y derecho son un bloque inescindible. Caeríamos en una contradicción al permitir que se pueda solicitar el sobreseimiento liso y llano del imputado, discutiendo sobre el fondo de la imputación, y no permitir que se discuta la calificación legal atribuida por el MPF, atento a que dicha calificación, está sustentada sobre un relato de los hechos, los cuales pueden refutarse solicitando el sobreseimiento, pero no podría refutarse que la calificación legal atribuida a dichos hechos es incorrecta, lo cual es una contradicción insalvable.

En cuanto a la situación procesal del imputado, se torna más espinosa la cuestión. Si no se permite discutir la calificación legal en la etapa crítica, mal podría pensarse que pueda hacerse en el curso de la investigación penal preparatoria en el marco de audiencias de medidas de coerción o su control jurisdiccional. Esto, sumado a los lineamientos de la prisión

preventiva, nos lleva a concluir que, con la sola calificación legal del hecho atribuida por el MPF, se estaría en condiciones de otorgar la prisión preventiva, y todo ello, sin la posibilidad de discutirlo por la defensa, lo que no parece adecuado en el marco de un proceso acusatorio. También pueden darse supuestos en los cuales el hecho de no permitir esta discusión pueda redundar en perjuicio de la libertad del imputado, ya que podría ser que, de acuerdo a la nueva calificación, propuesta por la defensa, y aceptada por el juez de garantías, el hecho se encuentre prescripto y deba ordenarse el sobreseimiento del imputado y no esperar a que se realice el debate y dilatar dichos planteos y su correspondiente resolución a la sentencia del Tribunal de Juicio.

Mas allá de lo dicho, también la calificación legal atribuida unilateralmente por el MPF, funciona como una traba a las salidas anticipadas del proceso (suspensión del procedimiento o juicio a prueba, juicio abreviado), ya que es frecuente que la pena en abstracto del tipo penal imputado juegue un papel importante a la hora de plantear dichas alternativas. Por lo tanto, parece más adecuado permitir dicha discusión y en caso de que opere el cambio de calificación legal, tener un abanico de oportunidades para ponerle fin de modo anticipado al procedimiento.

Otra consecuencia que podría generar surge del sistema de enjuiciamiento penal mendocino en el cual, según la calificación legal del hecho atribuida al imputado, es que será juzgado por jueces técnicos o populares. Si entendemos al sistema acusatorio como un proceso de partes enfrentadas en igualdad de condiciones, sería prudente permitir que la defensa pueda discutir la calificación legal atribuida por el MPF y no que este puede determinar, por sí solo, cual es el tribunal competente.

Visto esto, ahora analizare la audiencia en la que se resuelve la oposición; **“Art. 361 - Elevación a Juicio. El Juez resolverá en audiencia oral la oposición al Requerimiento de Citación a Juicio. Si no hiciere lugar ordenará la elevación de la acusación fiscal y dicha resolución no será apelable. Cuando hubiere varios imputados, la decisión deberá dictarse respecto de todos aunque el derecho que acuerda el Artículo 360 haya sido ejercido sólo por el Defensor de uno. Cuando no se hubiere deducido oposición, el expediente será remitido por el Fiscal al Tribunal de juicio.” (Texto ley 9608 B.O. 7/2/2025) 42**

El artículo establece que el juez debe resolver en audiencia oral la oposición de elevación a juicio. Esta audiencia oral, a mi entender, puede tornarse contraproducente ya que es de

practica judicial que se la realice conforme el art. 362 cosa que en primer lugar parece errónea ya que dicho artículo establece ciertos tramites en específico que se rigen por el mismo y deja abierta la posibilidad a “todo otro tramite que no tenga previsto un procedimiento especial” y está claro que el art. 361 establece un trámite para la oposición al requerimiento de elevación a juicio, cuando dice que el juez “resolverá en audiencia oral la oposición al requerimiento”, entendiendo que la audiencia es solo a los efectos de resolver sobre los planteos efectuados por escrito.

Véase ahora, los inconvenientes que surgen de aplicar el art. 362 a dicha audiencia. Este artículo, establece que una vez declarada abierta la audiencia, el juez, otorgara la palabra en primer lugar al “peticionante o incidentante”, el primer interrogante que surge acá seria ¿Quién es el peticionante o incidentante? ¿Es el fiscal a través de su requerimiento, o es el defensor a través de su oposición? Algunos podrían pensar que es el fiscal quien insta con su requerimiento, pero otros podrían decir con razón, que es el defensor ya que lo que se resuelve en la audiencia es la oposición, por ende, se lo tiene como “peticionante o incidentante”. En la práctica se le da la palabra en primer lugar al defensor (por entenderlo como el peticionante de la audiencia) para que exponga lo que ya dijo por escrito y luego al fiscal para que haga lo mismo. Esto, lleva a concluir que la audiencia es impertinente, o una pérdida de tiempo y recursos, ya que lo dicho por escrito no puede ser modificado bajo ninguna circunstancia. Pero además de ello, hay otros puntos a considerar de la misma. El artículo 362 establece que no se permite la lectura de memoriales, lo que nos obliga a pensar que en el plazo de 5 días que el código otorga para realizar la oposición, más los 2 días en que se debería fijar la audiencia, el defensor debe memorizarla para ir a recitarla como un cantautor. Esto genera un riesgo de poder caer en “errores” terminológicos que pueden modificar el sentido de lo sentado por escrito y lo oralizado sumado al riesgo de la inmediación en la que el juez escucha lo que las partes dicen cuando ya leyó previamente lo que escribieron, ¿Con que debe quedarse, lo escrito o lo oralizado? Lo contraproducente de la misma no queda acá, el hecho de que se tenga al defensor por “peticionante o incidentante” genera un riesgo gravísimo de violación de la defensa en juicio ya que esgrime oralmente su oposición la que es escuchada por el juez, sin previamente haber oído el requerimiento al cual el defensor se opone, lo cual es una clara contradicción al brocardo “no hay juicio sin acusación” o en este caso, no hay defensa sin acusación. No pueden alterarse las etapas que logran la eficacia de la serie -afirmación, negación, confirmación, alegación-,

es decir, no puede la defensa negar sin la previa afirmación del MPF⁶³. Se entiende que el juez de garantías no tiene conocimiento del expediente por lo cual es un error que el defensor sea el primero en exponer y que luego el MPF tenga la última palabra. Otro interrogante que surge sería ¿Qué sucede si el MPF modifica su requerimiento? En este caso el defensor ya se opuso oralmente, a un requerimiento que todavía no fue esgrimido oralmente, y el juez debiera pasar a resolver. Como solución podría pensarse en una réplica por parte de la defensa, pero aun así se incurrirá en una violación del derecho de defensa, ya que, como se dijo, el requerimiento de elevación a juicio es una unidad lógica-fáctica-jurídica, sellada y fundamentada la cual no puede ser modificada ni en los signos de puntuación de la misma. Caso contrario debería correrse traslado de la misma por 5 días y realizar nuevamente el procedimiento de oposición lo que prolongaría innecesariamente (generando un espiral interminable) un trámite que debería realizarse por escrito o, a lo sumo, realizar la audiencia solo a los efectos que el juez resuelva lo que le fue presentado por escrito como establece el 361.

Luego el artículo sigue diciendo “Si no hiciere lugar ordenará la elevación de la acusación fiscal y dicha resolución no será apelable”. Esta última modificación ha suprimido dos cosas de fundamental importancia en la práctica defensiva. En primer lugar, suprimió el auto de elevación a juicio, disponiendo que en caso de no hacer lugar a la oposición simplemente el juez elevara la acusación fiscal sin más. Esto no parece del todo correcto, ya que como se sabe los jueces resuelven a través de decretos, autos, o sentencias, disponiendo la ley en que caso corresponde cada resolución. Por regla general, los autos son decisiones jurisdiccionales motivadas bajo pena de nulidad que resuelven un incidente o un artículo del proceso. Como dice Clariá Olmedo *“La resolución de un incidente suele ser caracterizada como interlocutoria porque con ella se deciden planteamientos o cuestiones accesorias o colaterales suscitadas con ocasión del proceso. Pero en el proceso penal se captan asimismo cuestiones de fondo como el sobreseimiento o elevación a juicio”*⁶⁴. *“La ley asigna trascendental importancia al auto de elevación a juicio, por ser la asunción jurisdiccional fundada en la acusación controvertida por la defensa. Es una resolución que debe ser introducida al debate en el momento de su apertura, junto con la acusación. Si la defensa no se opuso, la remisión a juicio*

⁶³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo y FERRARI, Betiana L. Manual de Derecho Procesal Penal, ediciones AVI, Rosario, 2025, p. 24.

⁶⁴ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. II., p. 263.

*por decreto es un simple trámite para hacer efectiva la posición ya asumida y no controvertida*⁶⁵. Como refiere el autor citado, este auto es trascendental porque debe explicar, necesariamente, porque se resuelve en un sentido u otro y así, posibilitar una segunda instancia vía apelación, cuestión esta última también suprimida del articulado, a la que me referiré en breve. Esta resolución es de gran importancia ya que delimita el contenido del juicio, establece cuál será su objeto, para así evitar acusaciones sorpresivas y posibilitar el ejercicio de una defensa eficaz, hace una identificación precisa del acusado, determina el tribunal competente como así también identifica a las partes que van actuar en el debate. Es evidente que, si no hay auto de elevación, debidamente fundado, no sería posible apelar dicha resolución ya que carecería de fundamentos para agravarse por parte de la defensa y así posibilitar la revisión por la alzada⁶⁶. En segundo lugar, como decíamos, suprimió la posibilidad de apelar la elevación a juicio, que en el caso del CPPM viene siendo la acusación fiscal ya que no se eleva por auto. Esta reforma parece ser, atenta contra las garantías que debe tener todo imputado. No debe olvidarse que es una garantía de toda persona en cuya espalda reposa el peso del aparato estatal que ejerce su pretensión punitiva, poder deshacer de la forma más rápida y menos perjudicial posible aquella persecución que sufre en carne propia. Si se le niega la posibilidad de recurrir y por ende poner fin de forma anticipada a la pretensión punitiva entiendo que se están violando garantías constitucionales incorporadas a través del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Se puede mencionar el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) que reza: *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*⁶⁷. A esto se le suma también la afectación de la garantía de igualdad atento a que la normativa procesal permite que el MPF, y el querellante, recurran

⁶⁵ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. III., p. 34.

⁶⁶ ABALOS, Raúl W., Derecho Procesal Penal, Tomo III Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1993, t. III., p. 294 “El auto de elevación a juicio es la resolución jurisdiccional que emana con motivo de la oposición deducida por la defensa, y que contiene como elemento valorativo, la convicción de que la causa puede ser conducida a la etapa del plenario”.

⁶⁷ CAFFERATA NORES, José I., y coautores, Proceso Penal: nuevos estándares y controversias, Mediterránea, Córdoba, 2010, p. 73-74 “La interpretación que del citado art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ratifica la opinión del autor precedentemente citado, pues ha señalado que la garantía de la doble instancia no sólo abarca la sentencia definitiva, sino también los autos procesales importantes”.

la sentencia de sobreseimiento dictada en oportunidad de la oposición al requerimiento de elevación a juicio, y no permite que el imputado recurra la elevación a juicio. En este sentido, al comentar la garantía de igualdad contenida en los arts. 14.3 incs. a, b y d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se ha dicho: *“El derecho a la igualdad en el proceso penal importa en sus alcances que el acusado debe tener normativa y judicialmente las mismas oportunidades de defensa, ofrecimiento de prueba, intervención, contralor, alegación e impugnación que la parte acusadora. No es permisible ningún tratamiento diferencial en ninguno de tales aspectos, en perjuicio del imputado o que desigualmente favorezca al acusador. Es preciso mantener durante todo el proceso la absoluta igualdad de trato en orden a las posibilidades de defensa”*⁶⁸.

Sin embargo, más allá de que haya sido eliminada por la ley 8896 del articulado dicha posibilidad, en el año 2018 la SCJM entendió, en la causa “Robledo Terrera, Colucci Noto”⁶⁹ que si bien no se encontraba dentro de las resoluciones expresamente declaradas apelables (impugnabilidad objetiva), aún era recurrible al ser equiparable a aquellas resoluciones que causan un gravamen irreparable ya que el articulado en lo que hacía a la regulación del recurso de apelación establecía una cláusula de apertura que así lo posibilitaba⁷⁰. A pesar de esta interpretación que había realizado la corte, como se analizó anteriormente, la ley 9608 fue más tajante y procedió a declarar inapelable la resolución de elevación a juicio y a eliminar aquella cláusula de apertura que permitía a la defensa interponer recursos de apelación en contra de la elevación a juicio, dejando en una clara desigualdad al imputado respecto del MPF y violando tanto normas constitucionales como convencionales.

Estas reformas “procesales”, pasan por alto que el código procesal debe ser entendido y elaborado como una garantía a favor del imputado, y no ser usado como instrumento del aparato represivo del Estado.

⁶⁸ JAUCHEN, Eduardo M., Derechos del Imputado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 482-486.

⁶⁹ Suprema Corte de Justicia de Mendoza CUIJ 13-03989054-7/1 (49969), F C/ROBLEDO TERRERA, COLUCCI NOTO P/ QUEJA, 25/05/2018

⁷⁰ Código Procesal Penal Provincia de Mendoza, art. 466 ley 6730 previo a la reforma de la ley 9608. El artículo tal como se puede ver, preveía la cláusula abierta de apelabilidad de los autos que causaren gravamen irreparable. “ART. 466: El recurso de apelación procederá contra las resoluciones de los Jueces de Garantías y de Ejecución, siempre que expresamente sean declaradas apelables o causen gravamen irreparable”.

5. Una mirada crítica del instituto de la discrepancia.

La discrepancia estuvo regulada desde el año 1951 en el CPPM elaborado por Vélez Mariconde (art. 370, ley 1908), como también subsistió en el CPPM del año 1999 (art. 362, ley 6730) hasta el año 2016 cuando fue derogada por la ley 8896, y como ya se comentó anteriormente, en el corriente año a través de la ley 9608 se lo reincorporo en el art. 362 bis.

Este vaivén respecto a la discrepancia no ha sido pacífico y ha generado desconcierto, principalmente en los años que no estuvo regulado, sumado a que la ley 8896 a la hora de eliminar el instituto, omitió explicar las razones que motivaron esa decisión, lo cual hubiera permitido que hoy, una vez reincorporado al código ritual, podamos entender el por qué, y así, lograr una crítica eficiente.

No obstante ello, en los años en que el instituto estuvo eliminado, surgieron problemas prácticos a la hora de que el MPF solicitara el sobreseimiento y el órgano jurisdiccional no acepte dicha solicitud o, en rigor, “no esté de acuerdo con el pedido”. Este vacío normativo generaba una serie de posibilidades que se resolvía de acuerdo al criterio del juez interviniente. Estas posibles soluciones, se pueden dividir en tres alternativas; 1) algunos jueces declaraban la nulidad del requerimiento, retrotrayendo la investigación, o solicitando que otro fiscal realice el requerimiento de elevación a juicio; 2) algunos, en forma previa a resolver, aplicaban analógicamente la solución derogada generando el incidente de discrepancia; 3) algunos dictaban sin más el sobreseimiento más allá de que dejaban su criterio a salvo, entendiendo que el MPF es el titular de la acción⁷¹. Respecto de la primera de estas alternativas, parece incorrecto pensar que se pueda declarar la nulidad del requerimiento, a instancia del juez, por el solo hecho de no estar de acuerdo y en aras de buscar alguna herramienta para rechazar un planteo de sobreseimiento que, lógicamente, debiera ser vinculante; también es violatorio del principio *ne procedat iudex ex officio*, el hecho de que el juez disponga el pase del expediente a otro fiscal para que realice un requerimiento acusatorio. En cuanto a la segunda de las alternativas, apoyada por algunos autores, se ha dicho *“Como ese punto, no puede quedar sin resolverse, consideramos que **no obstante la eliminación** del texto específico que lo trataba, se deberá actuar de idéntica*

⁷¹ COUSSIRAT, Jorge y coautores, Leyes de reformas al código procesal penal Provincia de Mendoza, ASC Libros Jurídicos, Mendoza, 2022, p. 341-342.

manera. En consecuencia, el Juez de Garantías, deberá dictar el sobreseimiento si el fiscal de cámara coincide con la opinión del fiscal de instrucción y en el caso de que el fiscal de cámara coincida con el criterio del Juez, se deberán remitir las actuaciones a otro fiscal a fin de que dicte resolución acorde con lo resuelto por el Juez de Garantías.”⁷² En este punto no coincido con el autor citado, ya que lo que propone, es arropar con facultades legislativas al juez, permitiéndole la aplicación ultractiva de un procedimiento derogado, que, además de violar el principio de legalidad, es más perjudicial para el imputado. Dicho esto, creo que la solución correcta ante la ausencia normativa de dicho instituto, era optar por la tercera alternativa, es decir, dictar sin más el sobreseimiento solicitado por el MPF (titular de la acción y persecución penal) y en caso de discordancia dejar a salvo su criterio al respecto.

Sin embargo, a través de la ley 9608, el instituto se ha reincorporado al CPPM y reza: “**Artículo 362 bis- Discrepancia.** Si el Fiscal de Instrucción solicitase el sobreseimiento y el Juez no estuviere de acuerdo, se elevarán las actuaciones al Fiscal Adjunto Penal. Si éste coincidiera con lo solicitado por el inferior, el Juez resolverá en tal sentido. En caso contrario, el expediente pasará en vista al Fiscal subrogante, quien formulará el requerimiento de citación a juicio en base a los fundamentos del superior.” (Texto agregado por ley 9608 B.O. 7/2/2025)

Este mecanismo no ha sido criticado por autores clásicos, quienes entienden que es correcto que en caso de **discrepancia del juez** se remita al fiscal adjunto y en caso de este coincidir con el juez, un fiscal subrogante realice el requerimiento en base a los fundamentos esgrimidos por aquel.⁷³

Entiendo que la no crítica al instituto se debe a que el sistema imperante en su momento era aquel mal llamado “mixto” en el cual la investigación se encontraba a cargo del juez de instrucción y la figura del fiscal se limitaba a cuestiones meramente formales, muchas veces, solicitadas por el juez de instrucción. Desde este panorama, una vez que el juez instructor ordenaba el procesamiento del imputado, y luego, al estimar cumplida o agotada la

⁷² SOSA ARDITI, Enrique, Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, ASC Libros Jurídicos, Mendoza, 2021, 4° edición actualizada, p. 546 y 547.

⁷³ Ver CAFFERATA NORES, José I. y TARDITI, Aída, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado, Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 120-121, comentario al art. 359.

NUÑEZ, Ricardo C., Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Anotado, Marcos Lerner, Córdoba, 1986, 2da ed. actualizada, p. 313-314, comentario al art. 364.

COUSSIRAT, Jorge, Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza, La Ley, Mendoza, 2013, p. 176-177, comentario al art. 362.

instrucción, el mismo, le corría vista al fiscal para que se expida acerca del mérito de la investigación realizada por el juez. Esto quiere decir que el juez instructor, llegado dicho momento, se encontraba en el convencimiento, o, aunque sea, en la probabilidad necesaria para elevar la causa a juicio, de que el imputado había cometido el hecho y que había elementos suficientes que respaldan dicho convencimiento, de lo contrario procedía a dictar un sobreseimiento de oficio. Una vez que le corría vista al fiscal, este se expedía acerca del mérito de dicha instrucción donde tenía la posibilidad de proponer diligencias, una prórroga de la investigación, o cuando lo estimare solicitar el sobreseimiento, o la elevación de la causa a juicio⁷⁴. Partiendo de esta base, o de este sistema, resulta claro que el juez, una vez que finalizo su propia instrucción, y luego de encontrarse convencido de que la causa debe ser elevada a juicio, pueda discrepar con el fiscal a la hora de que este solicite el sobreseimiento. Si la pretensión punitiva del Estado y la persecución penal se encuentra en manos del juez instructor es lógico pensar que pueda generar un incidente de discrepancia. Caso contrario, cuando la pretensión punitiva y la persecución están en manos del MPF, tal hipótesis resulta ilógica.

Estas facultades judiciales fueron restringidas cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación procedió a declarar la inconstitucionalidad del procedimiento de consulta inserto en el art. 348 2º párr. del Código Procesal Penal de la Nación, en el fallo “Quiroga, Edgardo Oscar”⁷⁵. Si bien el mecanismo de consulta que tenía regulado en el Código nacional no es el mismo que nosotros tenemos actualmente, atento a que aquel establecía que en caso de que el juez de instrucción no estuviere de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del MPF, dicho incidente era resuelto por la cámara de apelaciones que, en caso de coincidir con la postura del juez, apartaba al fiscal interviniente e instruía al nuevo fiscal designado. En el mecanismo de nuestro CPPM, dicha discrepancia que se le permite realizar al juez sobre el pedido de sobreseimiento, o de archivo de las actuaciones del MPF, es resuelta por un superior del MPF y no por el órgano jurisdiccional⁷⁶. Mas allá de dicha diferencia, entiendo que los mismos argumentos que se dieron en el fallo que aludimos *supra* sirven para la crítica hacia la forma en que nuestra Provincia ha regulado el instituto. Para ello, voy a transcribir algunos

⁷⁴ ABALOS, Raúl W., Código Procesal Penal de Mendoza Anotado, Marcos-Palet, Mendoza, 1982, p. 530-531, comentario al art. 370.

⁷⁵ CSJN. Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302. Resuelta el 23/12/2004.

⁷⁶ Así lo proponía Claría Olmedo y Vélez Mariconde, entre otros.

considerandos que considero que avalan esta postura y a los efectos de lo que esbozare *infra*. En dicho precedente la Corte dijo: “Que, de acuerdo con la interpretación que el Ministerio Público hace de las normas mencionadas, el llamado “procedimiento de consulta”, en el cual las discrepancias entre el juez de instrucción y el fiscal en cuanto a si corresponde o no elevar la causa a juicio son resueltas por la cámara de apelaciones, que puede instruir al fiscal para que produzca el requerimiento respectivo, viola el principio *ne procedat iudex ex officio*, y consecuentemente, pone en riesgo las garantías de imparcialidad, defensa en juicio y debido proceso legal. En efecto, según lo manifiesta el señor Procurador General al citar la causa B.320.XXXVII el cual dictaminó “permitir que el órgano encargado de dirimir el pleito se involucre con la función requirente, que exclusivamente se encuentra en cabeza del Ministerio Público Fiscal, deriva necesariamente en la pérdida de toda posibilidad de garantizar al imputado un proceso juzgado por un órgano imparcial que se encuentre totalmente ajeno a la imputación”. Pero ello, además, “desconoce la ‘autonomía funcional’ del Ministerio Público Fiscal, como órgano requirente y titular de la acción”.⁷⁷

También se dijo: “Que es equivocado el paralelo que traza el a quo entre la facultad de los jueces de resolver los recursos interpuestos por el fiscal y la de decidir en definitiva la elevación a juicio, a fin de demostrar que es la voluntad judicial la que debe prevalecer. En efecto, se trata de situaciones sustancialmente diferentes: **lo que se discute en el caso no es que sean los jueces quienes decidan dentro de su jurisdicción apelada que no existen elementos que justifiquen un debate, sino si pueden ser quienes resuelvan de oficio lo contrario: impulsar la acción penal, no sólo en contra del fiscal, sino también del imputado**”.⁷⁸

“Que esta Corte ha establecido que los inconvenientes que pudieran producirse como consecuencia del incumplimiento aun malicioso de las reglas a que debe sujetarse el desempeño de los magistrados del Ministerio Público no pueden resolverse desvirtuando el carácter no inquisitivo del plenario que consagra la ley adjetiva sino que han de encontrar remedio en el ámbito propio de la responsabilidad funciona...”; “... El Ministerio Público del art. 120 supone no sólo independencia del Poder Ejecutivo, sino también del Poder Judicial, como correlato de una concepción dentro de la cual sólo dicha independencia permite

⁷⁷ CSJN. Quiroga, Edgardo O. Considerando N° 7 (del voto de la mayoría)

⁷⁸ CSJN. Quiroga, Edgardo O. Considerando N° 11 (del voto de la mayoría)

*estructurar un procedimiento penal en el que las garantías de la defensa en juicio y la imparcialidad del tribunal no estén en discusión”.*⁷⁹

*“Que siendo el fiscal quien tiene la tarea de acusar, aún en la etapa preparatoria del proceso, cuando arriba a la conclusión de que carece de la prueba suficiente para pasar a la etapa de juicio, desaparece el presupuesto básico de la contienda, toda vez que **la acusación, no es ni más ni menos que el marco referencial que delimita el conflicto y respecto del cual se establece la estrategia de defensa.** Si el acusador declina la prosecución del proceso, el juzgador no puede suplantarle en su rol, sin romper el juego de equilibrio entre partes, resignando la imparcialidad y afectando las garantías que la Constitución Nacional y la ley consideran vigentes desde la imputación. **Ello es así, por cuanto la acusación constituye un bloque indisoluble que se perfecciona en dos momentos procesales distintos: el requerimiento de elevación a juicio, que habilita la jurisdicción del tribunal para abrir el debate y el alegato fiscal solicitando condena, que habilita la jurisdicción del tribunal a fallar**”.*⁸⁰

Si queremos regular un proceso acusatorio, esto me parece erróneo y entiendo que atenta contra la tan proclamada división de funciones desarrollada *ut supra*. Está claro que el MPF está estructurado en forma jerárquica, y que las decisiones del Fiscal Adjunto, o Fiscal Jefe de Unidad son obligatorias para sus inferiores. Pero creo que lo que no se llega a advertir, es que, quien estaría instando al fiscal adjunto a expedirse al respecto es el juez, violando claramente la división de funciones. La tarea del juez ante el pedido de sobreseimiento del fiscal debe limitarse únicamente a hacer lugar siempre y cuando no adolezca de alguna nulidad declarable de oficio, como podría ser que el pedido de sobreseimiento carezca, o no se encuentre debidamente fundamentado. Es una obviedad que dicho juez, en caso de discrepar con el fiscal, esta preopinando respecto del mérito de la investigación, lo cual no le corresponde, aun cuando ni siquiera habría un planteo de oposición por parte de la defensa, ya que no se solicitó la elevación a juicio, y dando un mensaje subliminal al fiscal subrogante haciéndole saber que su requerimiento de elevación a juicio, con los fundamentos del fiscal adjunto, va a ser aprobado elevando la causa a juicio. No cabría pensar que si dicho juez discrepo con el sobreseimiento solicitado por el fiscal, luego cuando el subrogante haga su

⁷⁹ CSJN. Quiroga, Edgardo O. Considerando N° 32 y 33 (del voto de la mayoría)

⁸⁰ CSJN. Quiroga, Edgardo O. Considerando N° 14 (del voto del Ministro Eugenio Raúl Zaffaroni)

requerimiento (instado por el juez) vaya a hacer lugar a la oposición planteada por la defensa. Y digo esto, porque el juez ni siquiera habría tenido la posibilidad de escuchar o leer los argumentos de descargo de la defensa, ya que no habría a qué oponerse ante un pedido de sobreseimiento. Ni tampoco cabría pensar utópicamente que la defensa, en un acto heroico por descubrir la “verdad”, se oponga al sobreseimiento dando lugar en ese caso a que el juez solicite la remoción del fiscal y el pase del expediente a un subrogante.

En su caso lo que podría hacerse para mantener el instituto, sería que, una vez que el fiscal de instrucción este decido a pedir el sobreseimiento, sea el mismo quien acuda al Fiscal Adjunto, o Fiscal Jefe de Unidad, con sus argumentos y entre ellos decidan si la causa debe pasar a un fiscal subrogante para que realice el requerimiento de elevación a juicio pero nunca que la pretensión inculpativa provenga del juez “obligando” a que dicho requerimiento sea realizado, aun cuando ni siquiera ha escuchado los planteos de descargo que podría esgrimir la defensa. Este mecanismo, de alguna manera, podría decirse que ya existe puesto que podría ubicarse dentro del concepto de “consulta” previsto en la ley 8008⁸¹.

Pese a que dicha forma me parece más adecuada, creo que lo correcto sería eliminar el instituto ya que de lo contrario los fiscales de instrucción, y los ayudantes fiscales, perderían autonomía respecto de sus decisiones y sobre el mérito de sus propias investigaciones al tener que solicitar al Fiscal Adjunto una venia para dictar un sobreseimiento. En otras palabras, se los transformaría en títeres que actúan bajo las órdenes de sus superiores sin criterio propio.

En caso de no ser así y persistir con el instituto como se encuentra positivizado, a partir de la discrepancia, el imputado queda sin juez de garantías –quien se convierte en juez de instrucción- y sabe que lo único que le resta es tratar de obtener una sentencia absolutoria en el plenario.

⁸¹ ART. 24 ley 8008 “Artículo 24 - Consulta. Cuando los asuntos en que intervenga el Ministerio Público revistan especial gravedad, trascendencia pública o presenten dificultades particulares, el Agente Fiscal actuante deberá consultar a su superior jerárquico inmediato, quien impartirá las instrucciones particulares pertinentes. Asimismo cuando exista controversia sobre la interpretación de uno o más institutos de derecho sustantivo o procesal, los magistrados del Ministerio Público podrán requerir al Procurador General las instrucciones generales pertinentes”.

6. Conclusiones.

Está claro que las últimas reformas han intentado dejar atrás el sistema escrito y a raíz de ello, han impuesto audiencias orales para resolver cualquier tipo de trámite o incidente, pero, lo que no se advirtió, fue que se mantuvo un sistema híbrido -escrito y oral- que muchas de las veces genera un desgaste innecesario atento a que, para muchos de dichos incidentes, se exige que los planteos sean previamente deducidos por escrito para luego, como la ley exige que el juez resuelva en audiencia, se vuelvan a repetir, oralizando los mismos en el curso de la audiencia.

Oralizar por el solo hecho de querer pasar de un sistema escrito a uno oral en el cual se respeten las reglas de inmediación-concentración-continuidad, y la presencia indelegable del juez, es, efectivamente, una intención loable, pero muchas veces impracticable y contraproducente en aras de la eficacia y agilidad que pretende buscarse. Ciertas cuestiones, que se trataron a lo largo del trabajo, demuestran que en algunos casos es mejor mantener la forma escrita, ya que de dicha forma se respeta la labor abogadil, que no trata de andar corriendo de audiencia en audiencia para, insisto, repetir lo que ya se dijo por escrito, sino enfocarse en realizar una defensa técnica eficiente. Así como también, hacer perder tiempo al resto de los sujetos que intervienen en el proceso penal.

Dichas reformas que venimos comentando nos alejan de la pretendida imposición de un sistema acusatorio, o acusatorio-adversarial, y, contrario *sensu* de ello, nos acercan o retoman rasgos inquisitivos que se entendían superados. Todo ello demuestra que la jurisdicción sigue desconfiando, con absoluta injusticia, de la función del Ministerio Público Fiscal.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El Fracaso de la Justicia. Ed. Avi. Santa Fe. 2023.

- Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Año 2008.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo y FERRARI, Betiana L. Manual de Derecho Procesal Penal. Ed. AVI. Rosario, 2025

ABALOS, Raúl W. Código Procesal Penal de Mendoza Anotado. Ed. Marcos-Palet. Mendoza. 1982.

- Derecho Procesal Penal. Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. 1993.

BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2004.

BINDER, Alberto M. y ALLIAUD, Alejandra M. Audiencias preliminares. Ed. Ediciones Didot. Buenos Aires. 2016.

CAFFERATA NORES, José I. y coautores. Proceso Penal: nuevos estándares y controversias, Ed. Mediterránea. Córdoba. 2010.

CAFFERATA NORES, José I. y TARDITTI, Aída. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado. Ed. Mediterránea. Córdoba. 2003.

CAFFERATA NORES, José I. y coautores. Manual de Derecho Procesal Penal. Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad. Córdoba. 2004

CIARIÁ OLMEDO, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal. Ed. Ediar S. A. editores. Buenos Aires. 1962.

- Derecho Procesal Penal. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2001.

COUSSIRAT, Jorge. Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza. Ed. La Ley. Mendoza. 2013.

COUSSIRAT, Jorge y coautores. Leyes de reformas al código procesal penal Provincia de Mendoza. Ed. Librería Jurídica S. A. Mendoza. 2022.

DI GIULIO, Gabriel H. Nulidades Procesales. Hammurabi. Buenos Aires. 2005.

FALCONE, Roberto A. Instrucción o imparcialidad en el nuevo debate oral. Ed. La Ley. Buenos Aires. 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Ed. Trotta. Madrid. 2001.

JAUCHEN, Eduardo. Proceso Penal Sistema Acusatorio Adversarial. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2015.

- Derechos del Imputado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005,

LAVADO, Diego J. y VEGA, Dante M. Estudios sobre el nuevo código procesal penal de Mendoza. Ed. Ediciones jurídicas de cuyo. Mendoza. 2000.

MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal argentino. Ed. Hammurabi S.R.L. Buenos Aires. 1989.

MALJAR, Daniel E. El Proceso Penal y las Garantías Constitucionales. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires 2006.

MANGIAFICO, David. Audiencias Orales en la Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Mendoza. Ed. ASC Libros Jurídicos. Mendoza. 2019

MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2016.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2000.

NUÑEZ, Ricardo C. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Anotado Ed. Marcos Lerner. Córdoba. 1986.

PASCUA, Francisco J. Derecho Procesal Penal. Estudios al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza. Ed. ASC Libros Jurídicos. Mendoza. 2018.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Ed. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000.

SOSA ARDITI, Enrique. Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza Ed. ASC Libros Jurídicos. Mendoza. 2021.

SUPERTI, Héctor. Derecho Procesal Penal temas conflictivos. Ed. Juris. Santa Fe. 2000.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. – Derecho Procesal Penal. Ed. Lerner. Buenos Aires. 1960.

- Exposición de motivos ley 1908. 1950.

ZARINI, Helio J. Constitución Argentina Comentada y Concordada. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1996.

