

INVALIDEZ DE LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO ANTE EL FISCAL

A PROPÓSITO DE FALLOS CONTRAPUESTOS RESPECTO DEL ARTÍCULO 212 BIS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN

Por José Raúl Heredia¹

Nos proponemos algunas reflexiones en torno a la cuestión del epígrafe, relacionadas con las diversas posturas que advertimos en fallos que aquí citamos emanados de las salas de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata.

I. LOS FALLOS

1. Postura que sostiene la constitucionalidad del artículo 212 bis, CPrPenNac. Las salas I y III de la citada Cámara Federal han entendido² que el artículo 212 bis, CPrPenNac –introducido al Código Procesal Penal de la Nación por la ley 25.760-³, en cuanto él prevé que el imputado preste

¹ Académico Correspondiente en Comodoro Rivadavia, Chubut, Argentina, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. [joseraul@uolsinectis.com.ar]

² Ver C. 4039/I - "G., G.; G.; J. L.; D. O., J. S/ Secuestro Extorsivo" - CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PLATA (Buenos Aires) Sala I - 16/07/2007, y E. 2838/III - "Musso, José Manuel y otros s/ inf. arts. 170, 89 y 90 del Código Penal" - CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PLATA (Buenos Aires) - Sala III - 30/12/2003 [publicada en elDial, Año X - Nº 2371, jueves, 20 de Septiembre de 2007].

³ Al sancionar las leyes números 25.742, 25.760 y 25.886, ha dicho en reciente dictamen el Procurador General de la Nación, al que unánimemente los miembros de la Corte se remiten, el Congreso ha tenido

su declaración ante el fiscal, a requerimiento de éste, cuando se le atribuya participación en alguno de los delitos previstos por los artículos 142 bis y 170, Código Penal, o en alguna otra infracción penal cuya investigación resulte conexas con aquéllas, es constitucional.⁴

Hay que señalar que la Cámara Nacional de Casación Penal ha sostenido, en pronunciamientos de sus Salas también citados en los que aquí se examinan, que la declaración indagatoria prestada ante el Ministerio Público Fiscal se encuentra a cubierto de cualquier tacha de nulidad, en tanto fuere recibida con todas las formalidades previstas por el Código Procesal Penal de la Nación, en sus artículos 294 y siguientes, y cuente con la presencia en el acto del defensor.⁵

en mira la seguridad pública [V. "*Cocaro Retamar, Daniel Horacio s/ homicidio*" - CSJN - 17/07/2007].

⁴ Dice el artículo 212 bis, CPPrPenNac: "No obstante lo establecido en el artículo 213 inciso a), cuando hubiese motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de alguno de los delitos previstos por los artículos 142 bis y 170 del CODIGO PENAL DE LA NACION, o en alguna otra infracción penal cuya investigación resulte conexas con aquéllas, el Fiscal procederá a recibirle declaración, salvo que el imputado manifestase su voluntad de declarar ante el Juez. / Cuando la declaración sea recibida por el Fiscal, éste procederá de acuerdo con lo establecido por los artículos 294 y siguientes de este Código. Concluida la diligencia, el Fiscal remitirá copia de todo lo actuado al Juez, al solo efecto de que éste resuelva la situación del imputado (artículos 306 y siguientes). / Cuando la declaración sea recibida por el Juez, el Fiscal le remitirá inmediatamente las actuaciones, conservando copia de sus partes pertinentes a efectos de continuar con la investigación. / En ambos casos, antes de comenzar la declaración, deberá informarse detalladamente al imputado, si correspondiese, las disposiciones contenidas en el artículo 41 ter del CODIGO PENAL DE LA NACION. / El Juez deberá pronunciarse en el término improrrogable de CINCO (5) días desde la realización de la audiencia. La resolución será apelable, sin efecto suspensivo, dentro del término de CUARENTA Y OCHO (48) horas." (Artículo incorporado por art. 4º de la Ley N° 25.760 B.O. 11/8/2003).

⁵ Ver: Sala II, registro 8176 "*Britez, Miguel S/ recurso de Casación e Inconstitucionalidad*"; Sala III, registro 401.06.03, "*Imbert, Jaime Javier y Otros S/ recurso de Casación*"; Sala I, registro 6449, "*Cho Joon Hee S/ recurso de Casación*".

Se sostiene por la Sala I de la Cámara, como todo argumento, que *“conforme se desprende del artículo 120 de la Constitución Nacional y el conjunto de cláusulas pertinentes que dimanarían de la Ley 24.946, y a la luz de las claras pautas del artículo 212 bis del Código Procesal Penal de la Nación, no puede hoy sostenerse que la actividad jurisdiccional de recepción de declaración indagatoria se encuentre exclusivamente reservada a los jueces. La función primordial acusatoria que tiene asignada el Ministerio Público Fiscal, no le resta potestad para recibir declaración indagatoria, máxime cuando se respetan igualmente, la oportunidad, formas solemnes, garantías, la presencia del abogado defensor, la entrevista previa y la opción de imputado de declarar ante el juez de la causa”*.

Habremos de recordar que la 24.946 es la Ley Orgánica del Ministerio Público. La remisión a esta ley que se hace en el pronunciamiento que examinamos, de la Sala I de la Cámara, es genérica, es decir, no se cita una norma en particular de este ordenamiento, que se refiere en rigor al Ministerio Público Fiscal y también al Ministerio Público de la Defensa. No surge de ella, específicamente, la potestad de requerir por el fiscal declaración al imputado. Y, en otro caso, valdrían las mismas consideraciones que nos merece el artículo 212 bis, CPrPenNac.

Se encuentran otros argumentos en la sentencia de la Sala III. Se lee allí para sostener la validez del artículo 212 bis, CPrPenNac, que *“el artículo criticado prevé la posibilidad de que el imputado opte expresamente por declarar ante el juez de la causa y ello quita argumentos a los cuestionamientos realizados. Es que, tratándose la declaración del imputado de un medio de defensa no se encuentran reparos en que, respetando la decisión que tomare el mismo, sea el ministerio fiscal el que la reciba en presencia del defensor. Porque si*

sinceramente se pretende que la declaración sea la oportunidad para que el imputado ejerza su defensa material (y no la oportunidad para buscar su confesión), mas que pensar en la investidura de quien la recibe (juez o fiscal) habrá que fijarse en las condiciones que mejor garanticen la libertad de declarar, y para esto nada mejor que la presencia del defensor en el acto (Cafferata Nores, José I. "La investigación penal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional", Doctrina Penal, 1987-683)".

Y se agrega: *"No resulta acertado presumir la falta de objetividad del Ministerio Público Fiscal cuando tiene éste la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de conformidad a lo establecido en el art. 120 de la Constitución Nacional".*

Hay que poner cuidado en distinguir. Procuraremos hacerlo.

2. Postura que sostiene la inconstitucionalidad del artículo 212 bis, CPrPenNac. Antes, es menester que citemos la postura adversa a la reseñada, contenida en la sentencia de la Sala II de la misma Cámara Federal que hemos citado.

Propongo diferenciar los argumentos empleados [por los jueces del tribunal, doctores Schiffrin y Frondizi] así: a) en relación con la naturaleza del acto de la declaración del imputado, se afirma en este decisorio que *"La declaración del imputado (indagatoria) es, desde luego, un acto de investigación, pero a la vez y fundamentalmente -como lo sostiene la común doctrina- un acto de defensa de aquel, lo que explica la serie de garantías que la rodean y las particularidades del procedimiento para recibirla que detalla su regulación legislativa' (Creus, Carlos, Derecho procesal penal, Ed.- Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 298)".* b) En cuanto a la potestad de recibir la declaración, agrega el fallo: *"El autor*

continúa diciendo que ‘...aunque algunas leyes hayan podido llegar a plantear dudas, la recepción de indagatoria es un acto de exclusiva competencia del juez de la causa’”. c) En orden a la validez de la norma del artículo 212 bis, CPrPenNac, entiende el tribunal que *“la potestad otorgada al fiscal por la ley 25760, en su artículo 4º, para recibir declaración al imputado en los casos en que se investigue alguno de los delitos previstos por los artículos 142 bis y 170 del Código Penal, resulta contraria a nuestra Carta Magna”*. Se basa para ello en el artículo 18, C.N., que impone que sea el juez quien la reciba, por ser, como ya se dijo, *un acto que contiene la defensa o descargo del imputado*. Aduna: *“La recepción por parte de quien ha sido constituido como principal impulsor de la acción penal vulneraría el derecho de toda persona acusada de cometer una infracción penal de ser llevada ante un juez u otro, tal como exige el Art. 9, ap. 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forma parte de nuestra Constitución Nacional (Art. 75, inc. 22)”*. Cita igualmente el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) - Pacto de San José de Costa Rica- en su artículo 8º, acápite "Garantías Judiciales".

d) Respecto de la norma convencional citada (CADH), sus alcances, su proyección como norma vinculante para los poderes del Estado y los efectos de su inobservancia, trae autorizada opinión que señala que ella es de *"toda claridad interpretativa al impedir que sea la parte acusadora -el Fiscal- quien le reciba declaración al imputado, ya que únicamente quien es Magistrado independiente e imparcial debe receptar la versión de los hechos de parte de aquél"*⁶. Culminan los jueces

⁶ Citan los jueces: Caballero, José Severo-Cipollone, Luis María, *"La recepción de la declaración indagatoria del imputado por parte de los*

de la Sala el orden argumental con esta cita de los autores que siguen: *"Por imperio constitucional y en cumplimiento de los convenios internacionales que el Poder federal debe honrar con los Estados u Organismos extranjeros a fin de no generar responsabilidad estatal en el marco del derecho público internacional, no puede ser otro que el magistrado, por estar investido de poder jurisdiccional para decidir -con justicia- el hecho ilícito por el cual se somete a una persona al proceso criminal ante la persecución de la acusación penal con amenaza a su libertad (...) Debe destacarse que la función constitucional del Magistrado, en cuanto receptor de la declaración indagatoria del imputado, ejerce un contralor garantizador de las exigencias formales y sustanciales de tan trascendente acto, no sólo en defensa de la garantía individual de todo imputado, sino también para el avance legítimo y eficaz de las distintas etapas del proceso criminal, evitando errores o defectos que puedan ocasionar nulidades futuras en el desarrollo del juicio, vicios éstos, que pueden lesionar y hasta extinguir la pretensión fiscal, con grave menoscabo, también, a un definido sentimiento de justicia".*

El juez, Dr. Frondizi, amplió su aporte con argumentos que es preciso enfatizar desde ya y que transcribiremos más abajo.

II. NUESTRAS REFLEXIONES

1. No daremos rodeos para afirmar que nos satisface plenamente la solución de este último pronunciamiento, al que encontramos perfectamente adecuado al diseño constitucional del enjuiciamiento penal. Habíamos hablado

Fiscales y las exigencias del artículo 18 de la Constitución nacional y los Pactos Internacionales", Doctrina Judicial 2001-3, pags. 425 y sigtes.

nosotros del *devenir*⁷ –palabra empleada según su significado de *proceso mediante el cual algo se hace o llega a ser- del enjuiciamiento penal*, para hacer reparar en el largo desencuentro de éste con la Constitución y, al unísono con el enfoque histórico evolutivo, subrayar los avances hacia su efectiva *constitucionalización*. Pero, a su vez, hicimos notar que se trata de un proceso inacabable.⁸ El tema que nos ocupa ahora lo pone otra vez de manifiesto.

El debate no es novedad; la doctrina dio cuenta de las vacilaciones respecto de la naturaleza del acto de la declaración llamada “indagatoria” y de sus efectos. Estas vacilaciones no han acabado y se reflejan en diversos pronunciamientos judiciales, entre los que computamos los que analizamos en la presente nota.

Clariá Olmedo definió a la declaración del imputado como *un acto del proceso de realización imperativa para proveer a la defensa material del imputado*. Añadió: “*Es esencialmente un medio de defensa, y nunca puede ser utilizado como medio de prueba, a lo menos en su contra*”.⁹ Aunque el célebre autor parece contradecir en otros tramos de su obra esta afirmación, nos aporta valiosos comentarios. Dice: “*El empuje de la Revolución francesa tuvo enorme eficacia con relación al acto que nos ocupa, por cuanto consiguió*

⁷ En *El Devenir del Enjuiciamiento Penal-Del Modelo Histórico A Un Novísimo Proceso Penal En La Patagonia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003 [V. Introducción, p. 13].

⁸ Refiriéndonos a la ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, dijimos: “Acaso en España, como en Argentina y en todas partes se reclame demasiado a las leyes procesales penales, en verdad, al Derecho. Pero es cierto que es posible un diseño normativo que se adecue a las realidades de nuestro tiempo, sin atentar contra las garantías que trabajosamente la humanidad ha construido durante largo tiempo en doloroso devenir cultural que nunca acaba” [*El Devenir...*, ob. cit., p. 332].

⁹ Derecho Procesal Penal (1964), IV, parágrafo 1126, p. 498.

derribar los terribles métodos inquisitoriales para obtener la confesión del imputado. Sin embargo, la implantación del sistema mixto no destruyó inmediatamente la arraigada idea de concebir la declaración del imputado como medio para obtener su confesión".¹⁰

Interesa partir de estos conceptos porque, según creemos, allí reside toda la esencia de la cuestión. Obsérvese, Clariá subraya que la Ley Constant de 1897 estableció de manera definitiva que la declaración del imputado solo podía introducirse legítimamente en el proceso si servía para su defensa y no como un medio de prueba en su contra.¹¹

Agregamos aun que la expresión "indagatoria",¹² como dijo Clariá –aunque este autor consideró superado el valor gramatical negativo del vocablo, en relación con los fines de la defensa del imputado- *da la idea de sigilosa y tenaz penetración hasta lo más profundo de las reservas morales y psíquicas del sospechado para arrancarle por cualquier medio y a cualquier precio la verdad*.¹³

Esta fue la razón por la que el legislador de Chubut, por la ley 4143¹⁴ de reformas al sistema de enjuiciamiento penal mixto [CPrPenCh, ley 3155, de 29 de setiembre de 1988], abrogó la denominación del Capítulo III, del Título IV, del Libro II, "Indagatoria", con reminiscencias inquisitivas según se ha visto, llamándolo "*Declaración del imputado*". Subrayó, así, el carácter de medio de defensa. La Constitución de la

¹⁰ Ob. cit., parágr. 1125, p. 496.

¹¹ ibídem

¹² (Del lat. indagāre). 1. tr. Intentar averiguar, inquirir algo discurriendo o con preguntas [Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición].

¹³ Ob. cit, parágr. 1122, p. 491.

¹⁴ Sancionada, sobre la base de un proyecto nuestro cuyo despacho informamos, en 6 de diciembre de 1995.

Provincia, sancionada en 1994, imponía inmediatamente esa modificación por virtud de sus artículos 21, 22, 44 y 45.¹⁵

2. Si la declaración del imputado –creemos que en adelante sería preferible que todas las cláusulas constitucionales, las normas adjetivas, los autores y los jueces llamaran así a la antigua indagatoria- es un medio esencial de su defensa, caracterización que, como se ha mostrado, deviene de antaño, entonces, es sencillamente una contradicción manifiesta que ella sea requerida por el acusador público, y que ante él sea prestada, es decir, ante quien ocupa en el procedimiento nada menos que la posición antagónica, esto es, la de perseguirlo penalmente.

Al observar críticamente las potestades atribuidas al MPF en el Código de Chubut aprobado por la ley 4566 (diciembre de 1999) –que no alcanzó a regir-, dijimos: “(...)resulta incontrovertible a esta altura de la evolución del enjuiciamiento penal, que la declaración del imputado es el acto de su defensa por excelencia. Por eso, la ley 4143, de reforma al Código Levene en Chubut, proscribió la palabra 'indagatoria' que contenía resabios inquisitivos. Lo que se persiguió fue terminar con la idea de que el imputado pueda proporcionar prueba en su contra, aunque más no sea por error o descuido, y a partir de allí desarrollar la investigación. Partir de la 'indagatoria' -a la que apresuradamente se acudía como único medio de intentar éxito en la investigación, ante el fracaso del sistema, y precisamente por eso- fue lo habitual en el Código de Obarrio¹⁶ y ha seguido siéndolo en la etapa

¹⁵ Nos hemos referido a estas normas en *Prolongación del Ciclo Constituyente – La Reforma En La Provincia Del Chubut*, c.e.i.pa [Centro de Estudio e Investigaciones Patagónico], el Copista, Córdoba, 1994 [Ver parágrafos 33 y 34, pp. 120-129, y parágrafo 47 (3) y (4), pp. 173-190].

¹⁶ Escribimos: [elDial - DC955]: “...interesa inicialmente en estas notas (es) poner de relieve una de las más nefastas consecuencias que dejó ese

posterior, como lo demuestran corruptelas que hemos ido señalando y que exigieron hasta una previsión constitucional expresa (art. 45, párrafo primero, segunda cláusula, CCh).¹⁷

Añadíamos: “Por consiguiente, esa declaración debe estar rodeada, desde el primer acto de la persecución penal, como reza la Constitución (art. 45 C.Ch.), de las máximas garantías. Hoy, la declaración del imputado ante el juez de instrucción provoca ya un agravio a la defensa en juicio porque éste reúne las dos condiciones, antitéticas, la de inquisidor y la de juez de garantías. Por esta razón, precisamente, la Constitución de 1994 en Chubut diseñó un procedimiento con intervención fiscal en la función acusadora, para contar con un juez siempre imparcial, repetimos, desde el principio de la persecución penal. Y el legislador de la ley 4143 lo anticipó así en el debate parlamentario. Se quiso terminar con la tragedia que significa para una persona asumir dos roles perfectamente contradictorios”.

“Ahora bien, el acusador público recibe una de aquellas funciones y, aunque deba atenerse al principio de legalidad, él no es imparcial según lo exigen las garantías del imputado en

Código, si pudiera haber otra mayor que la violación sistemática de la Constitución, cual es la cultura de la investigación penal a partir de la declaración del imputado, o sea, la cultura de la no investigación. Toda la investigación se sucedía desde ese acto, que se realizaba en el ámbito de un procedimiento llamado prevencional, policial, automáticamente secreto, sin acceso del defensor y con el imputado normalmente incomunicado. (...) Éste era llamado a prestar declaración ante el juez de instrucción –el que, como sabemos, cumplía y cumple dos funciones antitéticas, contradicción que habitualmente se resolvía [y se resuelve] en perjuicio del interés del imputado- y no siempre estaba presente el defensor. Normalmente, éste no podía tomar contacto con el imputado porque aun regía el secreto del sumario. Los fiscales solo cumplían un rol totalmente pasivo, intervenciones de mero trámite. / Con este panorama, claro está, la investigación no tuvo –y no tiene- por regla sólidas bases científicas en Argentina. Es, desde luego, mucho más sencillo requerir al imputado que aporte las pruebas de cargo que buscarlas por los medios idóneos - constitucionales, materiales y científicos-”.

¹⁷ *El Devenir...*, cit., p. 367-8.

términos del debido proceso constitucional (art. 18 C.N., arts. 44, 45, 49 C.Ch.). Más todavía, tiene responsabilidades funcionales que la ley le impone, y debe traer al proceso las pruebas de cargo. Si permitimos la declaración del imputado ante él, entonces, estamos peor que antes, porque el juez de instrucción a lo menos es también 'garante' ¹⁸.

Advertíamos: “Estamos obligados a ser muy prudentes en la adopción de reformas que, aunque inspiradas por ideas progresistas, pueden generar efectos no queridos que signifiquen un retroceso. Como venimos de decirlo, entendemos que determinadas facultades conferidas al acusador público comportan un retroceso, no un avance, innecesario, porque no lo exige nuestra realidad y, por sobre todas las cosas, lo prohíbe la Constitución.

“No compartimos tampoco la solución del Código de la Provincia de Buenos Aires en cuanto su artículo 308 (ley 12.059), en su segundo párrafo dispone respecto de la declaración del imputado: *Si lo solicitare motivadamente el imputado podrá declarar ante la presencia del juez de garantías.* ¿Cómo exigir en una ley infraconstitucional que se motive lo que la Constitución consagra como un derecho y una garantía inviolable? ¿Qué otra motivación podría sostener el pedido del imputado que no fuere la supremacía constitucional? Y si ella se aceptase, entonces conllevaría

¹⁸ “Para que se comprenda la tragedia -y lo imperfecto del sistema, amén de su inconstitucionalidad-, ponemos este ejemplo que hubimos de conocer: se le señaló a un juez de instrucción que existían en el expediente varias actas sin su firma y otros actos pasibles de nulidades por irregularidades diversas, todos acaecidos tiempo atrás. Pues bien, el juez colocó su firma donde faltaba y ordenó salvar las otras irregularidades, todo ello, claro está, sin previa vista a la defensa ni intervención alguna del imputado. Saneaba nulidades, algunas de orden público, unilateralmente, como un acto de autoridad. Bien, es claro que había privado el rol del inquisidor por sobre la del garante”. *Ibidem*.

admitir que siempre la declaración debe hacerse ante el juez, no ante el fiscal como lo autoriza la norma citada”.

Y recordábamos que el XIII Congreso Nacional de Derecho Procesal reunido en Mar del Plata los días 11 a 16 de octubre de 1985 se expidió así:

“Tema II - a) Indelegabilidad constitucional de la recepción del relato voluntario del imputado por su juez natural. b) Imprescindibilidad e inmediata intervención del abogado defensor y de su presencia en el relato del imputado. *Que a efectos de asegurar la vigencia de principios constitucionales resulta necesario que la declaración indagatoria en todo proceso se recepcione por el juez natural de la causa, asegurándose en la diligencia la asistencia letrada previa, tanto por su defensor de confianza como por el defensor oficial, bajo pena de nulidad*¹⁹”.

Y llamábamos la atención sobre lo siguiente: el Ministerio Público es una magistratura que actúa con dependencia jerárquica (art. 194, CCh) y las políticas de persecución penal las fija el Procurador General (art. 195, párrafo primero, segunda disposición).²⁰ Esa dependencia

¹⁹ El Dr. *Cafferata Nores* opinó, sin perjuicio de dicha conclusión, que es posible la delegabilidad en la recepción de la declaración indagatoria asegurando la defensa técnica del imputado en sede policial antes de la diligencia y aun bajo la incomunicación del causante. Tal concepción se refleja en el Código de Córdoba (ley 8123): p.e. v. art. 332.

²⁰ Estas normas de la Constitución de la Provincia del Chubut se corresponden con las de la Ley Orgánica del Ministerio Público en el orden nacional. Véase: LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO-TITULO I-ORGANIZACION E INTEGRACION DEL MINISTERIO PUBLICO-CAPITULO I-PRINCIPIOS GENERALES-ARTICULO 1° — El Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. / Ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura. / El principio de unidad de actuación debe entenderse sin perjuicio de la autonomía que corresponda como consecuencia de la especificidad de las funciones de los

jerárquica impide toda posible comparación con un juez, éste, absolutamente independiente en su misión jurisdiccional. Obsérvese que el Procurador General es designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo por mayoría agravada (2/3) de la Legislatura. Si bien los demás miembros del Ministerio Público son designados por el Consejo de la Magistratura con acuerdo de la Legislatura, al igual que los jueces de grado, éstos no reciben 'instrucciones' del Superior Tribunal de Justicia.

Es, a nuestro juicio, una diferencia clave que no puede soslayarse a la hora de valorar la razonabilidad y constitucionalidad de las soluciones de la ley adjetiva en examen. Los miembros del Ministerio Público actúan como una unidad, los jueces conforman un Poder independiente y cada uno de ellos es parte de ese poder y retiene esa

fiscales, defensores y tutores o curadores públicos, en razón de los diversos intereses que deben atender como tales. / Posee una organización jerárquica la cual exige que cada miembro del Ministerio Público controle el desempeño de los inferiores y de quienes los asistan, y fundamenta las facultades y responsabilidades disciplinarias que en esta ley se reconocen a los distintos magistrados o funcionarios que lo integran. / DEBER DE INFORMAR-ARTICULO 30. — Los integrantes del Ministerio Público comunicarán al Procurador General de la Nación o al Defensor General de la Nación, según corresponda, y por vía jerárquica, los asuntos a su cargo que por su trascendencia o complejidad, requieran una asistencia especial, indicando concretamente las dificultades y proponiendo las soluciones que estimen adecuadas. / DEBER DE OBEDIENCIA – OBJECIONES-ARTICULO 31. — Cuando un magistrado actúe en cumplimiento de instrucciones emanadas del Procurador o del Defensor General de la Nación, podrá dejar a salvo su opinión personal. / El integrante del Ministerio Público que recibiere una instrucción que considere contraria a la ley, pondrá en conocimiento del Procurador o del Defensor General — según sea el caso — , su criterio disidente, mediante un informe fundado . Cuando la instrucción general objetada, concierna a un acto procesal sujeto a plazo o que no admita dilación, quien la recibiere la cumplirá en nombre del superior. Si la instrucción objetada consistiese en omitir un acto sujeto a plazo o que no admita dilación, quien lo realice actuara bajo su exclusiva responsabilidad, sin perjuicio del ulterior desistimiento de la actividad cumplida [*subrayados nuestros*].

independencia. Para decirlo de un modo inequívoco: cada juez es el Poder Judicial.

3. El Ministerio Público actúa bajo los principios de *legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica* como lo dice el artículo 194 de la Constitución de la Provincia del Chubut, que reconoce influencia inmediata de los artículos 171 de la de Río Negro (1988) y 215 de la de Córdoba (1987). Es fuente mediata de todas esas normas el artículo 124 de la Constitución de España (1978).²¹ Pueden agregarse el deber de *objetividad y lealtad*, así explicitado en el artículo 200 del mencionado Código Procesal Penal de Chubut sancionado en 1999 por la ley 4566, cuya autoría pertenece al eminente Profesor argentino Julio Maier, y la observancia de *la buena fe* que, en rigor, es deber de todos los sujetos del proceso, que subraya el nuevo Código de Chubut [ley 5478, artículo 2, in fine].

El artículo 120 de la Constitución de la Nación no expresa los principios bajo los cuales actúa el Ministerio Público, pero pueden encontrarse en el artículo 1º y en otros desarrollos normativos de la Ley Orgánica, número 24.946. Ello no obstante, no aparece explícito el principio de imparcialidad.

Más allá del intrincado debate acerca de la verdadera naturaleza del MPF –que ha llevado a autores a señalarlo como una *parte no parte* o hablar de él como un sujeto imparcial-²², no es dudoso que los fiscales son los obligados a

²¹ Dice en su numeral 2: “El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.

²² Nos hemos detenido en el tema en *Prolongación del Ciclo Constituyente...*, ob. cit., parágrafo 88 pp. 323-345, y en *El Devenir...*, ob. cit., p.3120 y sigs.

traer al proceso penal las pruebas de cargo. Decíamos al respecto:

“(…) La *imparcialidad* supone una actuación conformada a un criterio de justicia en el caso concreto, que se irá formando a través de la investigación. En los primeros tramos, es natural que el acusador público extreme los medios legales a su alcance para arrimar elementos útiles de cargo en contra de quien aparece sospechado de la comisión de un delito perseguible de oficio. No debe olvidarse que, si constreñido a ejercer la acción bajo los principios señalados, el Ministerio Público Fiscal es responsable de traer las pruebas para sustentar una condena válida. Y es responsable ante la sociedad y ante la víctima.

“No cabe dudar que existe presión sobre el Ministerio Público Fiscal desde la *inseguridad ciudadana* y desde la difundida certeza de la existencia de altísima corrupción pública, amplificadas por los medios masivos de comunicación que suelen imputar, acusar, juzgar y condenar en pocos minutos de exhibición pública a una persona, sin acordarle el más mínimo derecho de defensa, sin atenerse al estado de inocencia de que goza y empleando, por añadidura, muchas veces medios que ningún fiscal o juez de la República podría emplear lícitamente.

“Queremos llamar la atención sobre que no debe convertirse de nuevo a un mismo sujeto en custodio de dos intereses contrapuestos, porque ello se ha probado como un fracaso (..) En los actos iniciales de la persecución es cuando se tensa más la contraposición de intereses ²³, sin perjuicio

²³ “Hemos conocido por los medios la separación de un fiscal en un sonado caso [abuso deshonesto y corrupción de menores] por la exposición y conocimiento público del imputado, atribuyéndosele la supresión de partes de una declaración testimonial en perjuicio de éste. Es claro que ello violenta, de ser exacto, el deber de objetividad y de lealtad –en verdad, violenta la legalidad- y exhibe la peligrosidad de atribuir al acusador

que luego pueda derivar su desarrollo hasta en el pedido de absolución”.²⁴

4. El artículo 212 bis, CPrPenNac, dice en lo que aquí interesa destacar:

“No obstante lo establecido en el artículo 213 inciso a), cuando hubiese motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de alguno de los delitos previstos por los artículos 142 bis y 170 del CODIGO PENAL DE LA NACION, o en alguna otra infracción penal cuya investigación resulte conexa con aquéllas, el Fiscal procederá a recibirle declaración, salvo que el imputado manifestase su voluntad de declarar ante el Juez. / Cuando la declaración sea recibida por el Fiscal, éste procederá de acuerdo con lo establecido por los artículos 294 y siguientes de este Código. Concluida la diligencia, el Fiscal remitirá copia de todo lo actuado al Juez, al solo efecto de que éste resuelva la situación del imputado (artículos 306 y siguientes)...”.

Más de treinta años de actuación nos han convencido que los procesos judiciales, especialmente el procedimiento penal, están llenos de ficciones e hipocresías contra las que poco pueden hacer las leyes. Si a ello le agregamos la defectuosa concepción de una norma legal, potenciamos la afectación de las garantías de los intervinientes,

determinadas facultades sobre el imputado. Y aunque se trate de una patología, de una desviación, ella está vinculada a las exigencias de arrimar pruebas de cargo que es misión del Ministerio Público Fiscal, lo que lo aleja de la idea de imparcialidad al modo como la concebimos –y exigimos- para el tribunal de juicio o para el juez de garantías”. Y cabe añadir aquí lo que se desprende de los motivos escritos en el Decreto 539/2007 - ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS, por el que se dispone el cese del Presidente del Directorio del citado Organismo. y se instruye a la autoridad correspondiente para que disponga el inmediato cese del Gerente General de Nación Fideicomisos S.A.

²⁴ *El Devenir...*, ob. y lug. cit.

especialmente las de los imputados. Podemos traer a colación, a su propósito, la genial afirmación de Ferrajoli: *si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia del proceso penal es una historia de errores.*

La norma en análisis nos retrotrae a la *declaración espontánea del imputado*. Los defensores penales con experiencia saben que en el encabezamiento de las actas labradas en sede policial y también en sede judicial –en los momentos iniciales de la investigación instructoria- solía inscribirse habitualmente: “el imputado manifiesta que desea declarar en este acto...”, hasta con los mismos errores de ortografía, y enseguida se interrogaba, de modo inquisitivo, claro, al “espontáneo” declarante. Normalmente, esa atestación ya estaba escrita al empezar el acto.

Por esta razón, aunque la norma no lo aclara como debió hacerlo, es nula de toda nulidad la declaración sin la presencia del defensor, con quien, antes de prestarla, deberá comunicarse el imputado. Debemos añadir que el artículo 295, CPrPenNac, a su vez, prevé: “*A la declaración del imputado sólo podrán asistir su defensor, y el ministerio fiscal. El imputado será informado de este derecho antes de comenzar con su declaración*”. Otra disposición que habrá que corregir para adecuarla a los imperativos de la Constitución.²⁵ El “podrá” ha de entenderse invariablemente como “deberá”.

Pero, aun así, si previera la intervención del defensor, la norma lo mismo sería inconstitucional. Obsérvese: si un juez penal, en el procedimiento preparatorio, ha intervenido en algún acto de persecución en contra del imputado, por sí o convalidándolo, queda definitivamente afectada su imparcialidad –que es de la esencia del principio acusatorio- y

²⁵ Como se corrigió en Chubut, según lo hemos comentado en *Prolongación del Ciclo Constituyente...*, ob. cit., comentario al artículo 45, C.Ch., parágr. 47 (4), p. 182, y en *El Devenir...*, p. 264 (5.2.).

no puede en adelante intervenir como custodio de las garantías y, menos aun, en el procedimiento principal. Ello es así porque asume en el procedimiento el rol propio del acusador o porque convalida un acto de persecución que les es propio al acusador.

Pues bien, es hora de sincerar la cuestión. Si en verdad la declaración del imputado –no la “indagatoria” concebida como un medio para “extraer” confesiones y elementos de prueba en su contra– es el acto esencial de su defensa, entonces, nunca puede recibirla el fiscal que lo persigue penalmente, aunque este sea una muy buena persona y actúe preservando la legalidad, la imparcialidad y la buena fe, y aunque esté presente el defensor. Esto es así por lo que ha venido sosteniendo de antiguo la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, a saber: que el juicio exige la observancia de las formas sustanciales de la acusación, la prueba, la defensa, y la sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros). Y esa diferenciación debe preservarse no tan solo en el debate o juicio propiamente dicho o procedimiento principal, sino en todo el procedimiento [conf. CSJN, in re “Quiroga”: *“Aun cuando el procedimiento preliminar tenga carácter meramente preparatorio, y por sus propias características, suponga una cierta prevalencia de los órganos estatales de persecución penal por sobre el imputado, ello no puede conducir a admitir que sea indiferente si su realización es controlada por un juez imparcial o no”*].

Y cada una de estas formas requiere la diferenciación de los roles y de los sujetos que los cumplen. Nosotros nos referimos ha tiempo a las tres “razas”²⁶ que deben llevar

²⁶ 1. f. Casta o calidad del origen o linaje. 2. f. Cada uno de los grupos en que se subdividen algunas especies biológicas y cuyos caracteres diferenciales se perpetúan por herencia. 3. (...) 4. (...) 5 (...) 6 (...) 7. f.

adelante un procedimiento penal para que éste pueda cumplir sus fines constitucionales: la raza de los fiscales, la raza de los defensores y la raza de los jueces.

5. En otra aproximación, reclamando de nuevo sinceridad, hay que señalar que si estamos en este tema es porque las defensas impugnaron la validez de las declaraciones de los imputados antes los fiscales. Dicho de otro modo, nadie impugnaría actos de declaración que favorecieran a las personas a quienes se les atribuye la participación en hechos delictivos. Esta fue la respuesta, del todo correcta, que fue menester en Chubut para desnudar la falacia o insinceridad que encerraba entonces –y se evidencia ahora en las posturas que reprochamos en estas reflexiones– la afirmación de que la declaración “espontánea” del imputado podía beneficiarlo y ello demostraba su pertinencia.

En efecto, en la época en que trabajábamos –encabezábamos entonces la Comisión respectiva desde la presidencia del Superior Tribunal de Justicia– para adoptar el sistema “mixto” y enterrar el vetusto Código Obarrio, que rigió en Chubut hasta el 30 de abril de 1989, se nos hizo llegar diversas observaciones al proyecto normativo –que había preparado el Dr. Ricardo Levene (h) y que la citada Comisión revisaba y adecuaba–. Consignamos al pie parcialmente las respuestas relativas a la declaración “espontánea” juzgando pertinente recordarlas aquí.²⁷

calidad de algunas cosas, en relación a ciertas características que las definen...[Diccionario de la Lengua, cit].

²⁷ [Las observaciones completas –que datan de 8 de junio de 1988– y las respuestas –de la misma época (el lector lo tendrá presente)– pueden verse en *El Devenir...*, ob.- ci., p. 182 (1.2.) y sigs]. “Es cierto que la Asociación de Magistrados propuso incorporar la llamada 'declaración espontánea', con redacción idéntica a la que ahora se sugiere; pero, el fundamento con

el que se acompaña la propuesta es el de favorecer la situación del imputado, finalidad que no surgía ni expresa ni implícitamente del texto como venía redactado. / 4. En principio, ha de decirse que toda declaración del imputado es espontánea, sea ante la policía o en sede judicial. Modernamente, se habla simplemente de 'declaración del imputado', expresión con la que se ha reemplazado a la llamada 'indagatoria' o 'declaración indagatoria': ver, por ejemplo el nomen del capítulo II del Título IV del Libro II, art. 292 y sptes. del Código de Córdoba (del año 1970). Se elimina así un último resabio inquisitivo que todavía queda en las leyes procesales del país -incluyendo al proyecto Levene para el Chubut que la Comisión no alteró- que trasunta la expresión 'indagatoria'. / Durante décadas, se debatió arduamente en el país los alcances de la declaración del imputado en sede prevencional, hasta que la evolución fue tendiendo inequívocamente hacia la eliminación de tal atribución por completo. En su crítica al denominado 'Proyecto Maier', dice Levene: 'El art. 48 en definitiva permite la indagatoria del imputado ante el Ministerio Público y la Policía, si bien en forma excepcional. Este es un viejo tema hartamente trillado en donde la mayoritaria opinión de los especialistas y la de los distintos Congresos Nacionales de Derecho Procesal han resuelto que la indagatoria debe ser Judicial'. / Surge así que hoy casi nadie discute que la llamada declaración indagatoria sólo debe prestarse ante el Juez, en acto personal e indelegable de éste y rodeado de todas las garantías para el imputado que obviamente incluye la asistencia técnica del mismo (...) / 5. Sin embargo, el debate se ha trasladado ahora a la llamada 'declaración espontánea en sede policial'. En doctrina, nadie se atreve a sostener como fundamento de ella, que esta espontánea declaración del imputado ha de servir para partir de ella toda la investigación instructoria, pese a que no está rodeada de ninguna de las garantías consagradas para la declaración ante el Juez. Su justificación teórica está ubicada como un medio de defensa más para el imputado. / En la práctica (...) esta declaración espontánea se presta sin asistencia letrada y tiene el propósito de que el imputado proporcione pruebas para la investigación.../ Ello complica la cuestión, pues el imputado no está obligado a proporcionar prueba en su contra (art. 18 Const. Nac.) y la policía no puede -porque tampoco puede el juez-, permitir que por falta de conocimiento acerca de los alcances de su derecho el imputado se perjudique. Todas las pruebas de cargo que pudieren surgir de esta declaración espontánea del imputado, son cuando menos de dudosa

validez constitucional. Veremos algunas cuestiones al respecto. / 6. Como es sabido, por ley 23.465 se introdujo una sustancial reforma en el Código de Procedimientos en Materia Penal Nacional. La Ley sancionada tuvo origen en un proyecto del "senador Marini, finalmente aprobado con modificaciones por la Cámara de Senadores y por la Cámara de Diputados (tuvo sanción en la sesión del 30 de octubre de 1986; v. D.Ses.Sen. 1986, págs. 4221 y 4222). Esta ley sustituyó el inc. 1º del art. 316 por el siguiente: 'art. 316, inc. 1º -Que sea hecha ante el Juez competente. La prestada ante la autoridad de prevención carecerá de valor probatorio y no podrá ser usada en la causa'. Se refiere a la confesión. / Esta disposición está hoy vigente en el Chubut por imperio de la ley 2832. Así redactada la norma ha permitido que se interprete de diversas maneras, originándose ya una verdadera polémica doctrinaria y jurisprudencial. Precisamente, en torno a la llamada 'espontánea declaración'; en efecto, la cuestión es saber si son admisibles las pruebas suministradas de tal forma por el imputado en su contra y aún las pruebas que incriminan a otros. / Repárese en que los precursores de la declaración espontánea no rodean a ésta de ninguna garantía; a tal observación, contestan que se trata de un acto beneficioso para el imputado. Pero, ¿qué pasa si éste se incrimina durante su desarrollo, o bien si incrimina a otro u otros? Puede decirse que la confesión no es válida pero sí son válidos los resultados de ella? / 7. No debe perderse de vista que la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene sosteniendo que todas las pruebas habidas a partir de dichos confesorios ilegítimamente obtenidos -la confesión espontánea prestada sin asistencia técnica es un acto inválido, no sólo porque lo diga ahora el art. 316 inc. 1º vigente en la Nación y en el Chubut, sino por violentar una garantía constitucional- carecen de todo valor probatorio (confirmar Fallos C.S.N. 303, p. 1938; Rev. L.L. T. 1985-A, p.160 y T. 1986-E, p. 396). / 8. Citaremos un fallo de Primera Instancia del año anterior recaído en la causa 'COHAN de BROGER, Rosa y Otro', en que se dijo: 'La recta interpretación del art. 316 inc. 1º del "Cód. de Proced. en Materia penal en su actual redacción, conduce a concluir que en su último párrafo tiende a evitar todo tipo de interrogatorio a los imputados por parte de los aprehensores y que, '(D)eben tenerse por inexistentes las manifestaciones vertidas por el procesado ante los aprehensores, no cabiendo evaluarlas en modo alguno, ni considerarlas base de la investigación' (Fallo de abril 13 de 1987)'. / Si bien es cierto que el Fiscal apeló dicho fallo y la Cámara Criminal y Correccional, Sala IV, modificó la decisión, la cuestión no está

cerrada y la doctrina ya ha señalado que dicha Cámara no se hizo cargo adecuadamente de la autocontradicción subyacente en el hecho de considerar inválida la confesión, por una parte, y por la otra validar los elementos inculpables (v. Carrió, L.L. 1987-D, p. 404). / 9. Es importante decir también que de los fundamentos expuestos por el senador que propició el proyecto -ahora ley 23.465- y los empleados durante el debate parlamentario, permiten inferir, sin lugar a dudas, que la normativa tuvo como mira desalentar expresamente todo tipo de declaración del imputado en sede policial. Así, el senador Marini señaló expresamente el propósito de que: 'la confesión sea libre y espontánea, efectuada ante el magistrado y rodeada de todas las garantías posibles' (v. Carrió op. cit. p. 409). / 10. Todos los códigos procesales -también el proyectado Código para el Chubut- rodean al acto de la declaración del imputado de las máximas garantías; nos referimos a la declaración hecha ante el juez de la causa. Este solo argumento bastará para invalidar cualquier declaración, de las llamadas espontáneas, para la que no se prevé ni siquiera la asistencia del defensor, lo que comporta un paso atrás en la evolución del pensamiento jurídico argentino. / En efecto, nos remitimos a las constituciones provinciales que, dictadas en diversas épocas fundacionales en el país, exigen que toda declaración del imputado en sede policial sea prestada en presencia de su defensor. / 11. Lo que acaba de decirse, evidencia que es necesario sincerar la investigación desde el comienzo y prescindir del imputado como órgano de prueba. El pensamiento de la Comisión es el de potenciar la intervención invariable e inmediata de los Jueces de Instrucción y dotar a los instructores de los elementos técnicos indispensables. Aquí está el quid del futuro éxito del proceso penal en el que estamos todos empeñados (...) / 12. Cuando la declaración llamada espontánea favorezca al imputado, nadie atacará su validez y consiguientemente no es necesario preverla en la ley con esta finalidad. En caso contrario, como se ha visto, será un semillero de debates sobre su validez en el proceso haciendo peligrar permanentemente el éxito de la investigación, frustrándose así la intención que se persigue sugiriendo su incorporación: una sola invalidez decretada por haberse rozado o lesionado el derecho de defensa y caerán todos los actos procesales cumplidos, consecuentemente. No ha de descuidarse este peligro que es cierto y fundado. / La Comisión cree que debe desalentarse la investigación a partir del imputado, según se ha dicho, evitando definitivamente la delegación, que hoy existe como corruptela difundida, de la instrucción en

El primero de los fallos que postulan la constitucionalidad del artículo 212 bis, CPrPenNac, sostiene que *la función primordial acusatoria que tiene asignada el Ministerio Público Fiscal, no le resta potestad para recibir declaración indagatoria*. Entendemos que aquí reside un error. Hemos mostrado que el MPF es titular de la persecución penal pública y que actúa en ese carácter y con esa finalidad –la de perseguir y condenar a quienes han incurrido en algún tipo penal-. ¿Cómo atribuirle entonces la potestad de recibir el acto de esencial defensa del imputado, su perseguido? La ley no es sincera aquí. Lo que se pretende es que, desde los primeros tramos de la persecución, el imputado proporcione elementos incriminantes en su contra o deleve elementos probatorios para basar la investigación.

¿Quién va a optar por el acto de la declaración ante el fiscal, el imputado o el defensor, a quien ni siquiera menciona la norma? Si el imputado ya ha elegido declarar “espontáneamente” ante el fiscal y el defensor no lo comparte ¿será válida esa declaración? ¿Qué ocurrirá si el imputado en sede judicial contradice su declaración ante el fiscal? ¿Qué pasará con toda la investigación? ¿Qué pasará si la declaración “espontánea ante el fiscal surgen o solo surgen elementos en contra del imputado: serán válidos para su posterior condena?

En verdad, el fiscal ocupa aquí la misma posición que ocupaban los funcionarios policiales –a quienes dirige- en el antiguo debate, que creíamos superado. No se trata de una cuestión de personas, sino de roles en el procedimiento.

la policía, propendiendo a que los jueces de instrucción -que ya no serán de sentencia- y los procuradores fiscales a su lado cumplan acabadamente la misión investigativa y desarrollen todos los poderes que la ley les confiere a esos fines, con los únicos límites de la garantías individuales”.

¿Cómo pretender que sea imparcial –y no puede haber dudas acerca de que en el acto de esencial defensa del imputado es su declaración, quien la recibe debe serlo- la persona que lo persigue porque lo sospecha autor o partícipe de un delito? Aunque se afirmara el carácter “mixto” de la declaración del imputado, es decir, su doble naturaleza de acto defensivo y medio de prueba o que puede proporcionar prueba en su contra, el aspecto vinculado con su defensa material debe quedar en manos del juez, órgano imparcial necesariamente.

Repetimos, si se admite y se consolida la validez de la declaración ante el fiscal, estaremos peor que antes de que se impulsara en todo el ámbito regional de Latinoamérica y especialmente en diversas provincias nuestras la adopción del sistema acusatorio. La desaparición del juez de instrucción tiene como relevante dato el que ya no cumplirá una persona dos roles antitéticos. Lo que haríamos, de tal suerte, es descender hacia el fiscal idéntica tragedia. Ya hemos probado que las tensiones entre las dos misiones perfectamente contrapuestas se resuelven, por norma, en contra de los imputados.

No hace falta abundar acerca de los alcances que corresponde acordar al postulado constitucional de que *nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo* [artículo 18, C.N.]. Esto supone, entre otras cosas, que la Constitución no autoriza por principio la investigación penal a partir del propio imputado y es esto lo que nos lleva a afirmar que su declaración es solo un acto de esencial defensa. No se lo puede llamar a declarar con otra finalidad.

Nos hacemos cargo que esta tesis, para nosotros del todo adecuada al diseño constitucional del proceso penal, no ha alcanzado todavía a difundirse para siempre y de modo total en las leyes. La ley penal de fondo todavía asume a la declaración del imputado como un acto de persecución y es

esto lo que explica que el artículo 67, C.P., incluya como causa de interrupción de la prescripción al primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado.

El artículo 212 bis, CPrPenNac puede encontrarse repetido, en los que se relaciona estrictamente con la facultad fiscal de recibir declaración al imputado, en diversos ordenamientos vigentes en el país y en normas proyectadas. Citamos el artículo 332 del Código de Córdoba [ley 8123]; el artículo 308 del de Buenos Aires [ley 11.922 y su complementaria 12.059]; el artículo 277 del novísimo Código de Santa Fe [ley 12.734, sancionada en 16 de agosto de 2007]; artículo 162 del Código de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [ley 2303]; artículos 375 y siguientes, del Código de Entre Ríos [ley 9754]; el artículo 344, Código de Mendoza [ley 6730]; artículo 331 del Código de Tucumán [ley 6203]; se encontraba en el llamado “Proyecto Maier”, también en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica [artículos 48, 264] y en el Código para Chubut sancionado por la hoy derogada ley 4566 [artículo 84]. Asimismo, citamos los artículos 193 y 194 del Código Procesal Penal de Chile [ley 19.696]; artículo 91 del de Costa Rica [ley 7594 del 10 de abril de 1996, con imperio desde el 1 de enero de 1998]. Podríamos seguir.

La reseña nos evidencia la persistencia, pese a la larga evolución que parecía auspiciar en nuestros días el entierro de viejas concepciones, de la postura que asume a la declaración del imputado como medio de investigación. ¿Para qué quiere el fiscal interrogar al imputado? ¿Para protegerlo? Si el imputado no es medio de prueba y no está obligado a declarar, lo que debe hacer el fiscal es poner manos en la investigación con todos los medios de que dispone el Estado,

que no son pocos. Ocurre que en casi todos los casos, estas legislaciones permiten al fiscal detener por sí al imputado y aun dictarle medidas de coerción, hasta la prisión preventiva. Y, antes de ello, es preciso oírlo.

Como se aprecia, el fiscal ha pasado a ser el juez de instrucción clásico, no hemos avanzado nada en esto. Pero lo grave es que el MPF es –debería ser por su ubicación institucional, según la Constitución, que, para algunos autores, lo ha diseñado como un órgano extra-poder [artículo 120, C.N- una “magistratura no decisoria” y, sin embargo, se le conceden facultades propias de los jueces, quienes están constitucionalmente investidos del poder de decir el derecho.

6. A propósito de lo que hemos dicho inmediatamente en el punto precedente, cabe recordar que el artículo 116, C.N., claramente atribuye la potestad de *conocimiento y decisión* de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75, a la Corte Suprema y a los tribunales inferior de la Nación. El MPF no integra los tribunales de la Nación –artículo 120, C.N. [*“El Ministerio Publico es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia...”*]-. Los autores han debatido acerca de si se trata de un órgano extra-poder – caracterización que rechazaba enfáticamente el Dr. Alberto Antonio Sapota- o si cabe entenderlo como un órgano independiente pero dentro de uno de los poderes, básicamente el ejecutivo o el judicial. Lo cierto es que la ley 24.946 [artículo 1, párrafo I] se ha limitado a repetir la Constitución y no avanza en otra definición acerca de su ubicación institucional. Parece, entonces, que el Congreso lo ha asumido como un órgano extra-poder –y le daría razón su regulación en una

sección independiente, la Sección Cuarta de la Segunda Parte, C.N., AUTORIDADES DE LA NACION, luego de legislar en las tres secciones precedentes el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. También, porque, así, como órgano extra-poder, quedó incluido entre las materias propuestas para la reforma constitucional en la ley 24.309, artículo 3º, punto G-.

Si los autores que niegan que pueda hablarse de tales órganos, en una tradición constitucional de solo tres poderes, tuvieran razón, siempre podría el legislador del futuro ubicar al Ministerio Público dentro del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial.

Fue un debate de autores y proposiciones de jornadas y congresos la ubicación institucional del Ministerio Público.²⁸ Algunos entendieron mejor su ubicación en el Poder Ejecutivo y otros en el Poder Judicial –así lo ha consagrado la Constitución de Chubut de 1994 [artículo 194]-. ²⁹ Si el MPF dependiera del Poder Ejecutivo –tradición en el país, que aun proyecta su influencia si nos atuviéramos a la opinión difundida por los medios de comunicación vinculada con algunas causas en particular- no cabría dudas acerca de la invalidez de cualquier decisión de naturaleza jurisdiccional que tomara, entre las que hay que computar toda medida de coerción sobre el imputado. Repárese en el contenido y alcances del artículo 109, C.N.: “*En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas*”.

²⁸ Nos hemos ocupado del tema en *Prolongación del Ciclo Constituyente...*, ob. cit., parágrafo. 88, p. 323 y sigs.

²⁹ Puede repasarse la solución propiciada en el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público, elaborado por los doctores Julio Maier y Alberto Binder: ver *Doctrina Penal*, Cuadernos, 2, 1986.

La norma es terminante y se difunde a todos los dependientes del presidente. Y cabe interpretar sin dificultad alguna que la misma prohibición impera para los miembros del MPF aunque se lo considere extra-poder, porque solo el poder judicial está constitucionalmente facultado para conocer y decidir las causas regidas por la Constitución y las leyes de la Nación. Y, todavía, la misma interpretación correspondería si el Ministerio Público se ubicara –como en Chubut- en el Poder Judicial porque allí actuaría con independencia funcional y sin potestad para decir el derecho, manteniendo su carácter de *magistratura no decisoria*. Como lo dijimos ha tiempo, es un órgano en el Poder Judicial y para la administración de justicia.³⁰ En este caso, los funcionarios del Ministerio Público son funcionarios judiciales pero no tienen potestad de decisiones jurisdiccionales.

Parece importante destacar este pensamiento, que ya habíamos transcripto en anterior obra citada al pie: “*Nos parece la sublimización imposible, constitucionalmente hablando, de un Ministerio Fiscal libre, autónomo, incontaminado políticamente, desideologizado y suspendido en una extraña levitación sobre el bien y el mal de una realidad a la que por encima de todo se debe con indudable espíritu de servicio, esto es, de dependencia*”.³¹

7. El segundo fallo subraya el carácter de medio de defensa que para el imputado reviste su declaración y concluye que por este motivo nada obsta a que la preste ante el fiscal. Dice que más importante que la investidura (juez o fiscal) es fijarse en las condiciones que mejor garanticen la

³⁰ En *Prolongación del Ciclo Constituyente...*, ob. y lug. cit.

³¹ Francisco Granados, *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 57, a quien citamos en *Prolongación del Ciclo Constituyente...*, ob. y lug. cit.

libertad de declarar, y para esto nada mejor que la presencia del defensor en el acto. Se desprende de cuanto llevamos dicho que, si efectivamente la decisión del imputado es “espontánea” y su contenido no lo perjudica en absoluto –y de esto se hará cargo el defensor-, no solo nadie planteará su nulidad sino que ella podrá adoptarse en el desarrollo del procedimiento, ya no como una formal declaración, que solo compete al juez, sino como un elemento a favor de quien la ha prestado.

Podría, incluso, no estar presente el defensor y aun admitirse que tal declaración se hiciera ante alguna autoridad policial. Como se habría prestado voluntariamente en ejercicio del derecho de defensa y porque su contenido únicamente favorecería al imputado, reiteramos, sin que de ella pudiera obtenerse ningún elemento para desarrollar la persecución en su contra, la validez sería incuestionable. Pero, por estas mismas razones, no se comprende el orden argumental del fallo si se tiene en cuenta que el impugnante del acto, en el caso fallado, es la defensora oficial.

En cuanto a la “objetividad” del MPF, ya se ha dicho que sus miembros, en tanto ejercen la persecución penal, no tienen la imparcialidad que se exige a los jueces y, por tal razón, sólo éstos deben recibir la declaración del imputado si es que, sin mistificaciones, le acordamos a ella el carácter de defensa esencial.

8. Parece indispensable relacionar inmediatamente algunas observaciones y la propuesta central en vinculación con la declaración del imputado, emanadas precisamente de integrantes del MPF a propósito de su opinión sobre el Anteproyecto de Código Procesal Penal de la Nación elaborado por el INECIP, el que alcanzó estado parlamentario al ser presentado a la Cámara de Diputados. Conocimos las mismas

durante el proceso de redacción del nuevo Código para Chubut, cuya Comisión coordinamos.³²

Leemos: *“Si negarse a declarar en perjuicio propio es un atributo individual del cual se aprovecha el imputado, bien puede deshacerse de él cuando ello lo beneficia. Esto ocurre especialmente cuando una persona quiere dar más firmeza a la versión propia de los hechos enrostrados, de modo que su declaración resulte sea calificada por la mayor atendibilidad” (sic...) “Cualquier persona inocente de un ilícito por el cual se lo acusa, que tuviera la intención de dar explicaciones ante un tribunal, si pudiera optar entre deponer bajo juramento o hacerlo sin él, con las implicancias que ello conlleva -saber que puede mentir aún cuando no quiera hacerlo-, seguramente elegirá la primera opción para dar mayor credibilidad y certeza a sus palabras./ De allí que puede concluirse que existe un claro beneficio individual en la renuncia, recabándose así uno de los presupuestos de procedencia de tal desprendimiento de los derechos que acuerdan las leyes, según contempla el artículo 19 del Código Civil (...) / Visto desde la perspectiva del acusado, no es bueno que la ley le impida acudir al juramento, de un modo que finalmente concluya en que se prive de veracidad a sus palabras, haciendo menos atendible uno de los únicos argumentos de defensa que puede presentar en la etapa investigativa; para el hombre no es bueno que la norma procesal desmerezca sus dichos de antemano, autorizándolo a mentir. Si realmente queremos dejar atrás el sistema inquisitivo el procesado sólo deberá hablar -en el juicio o en la investigación sumarial- cuando su abogado defensor lo cite como un testigo más. Y allí si, recién el Estado podrá interrogarlo.”.*

Culminan proponiendo la siguiente disposición:

³² Según Resolución N° 138/04, de 24 de junio, Legislatura de la Provincia del Chubut.

“Toda admisión de los hechos o concesión deberá ser libre y bajo su expreso consentimiento que a pedido del imputado y su abogado defensor podrá serlo bajo las formas de la declaración testimonial, con las consecuencias penales que ello conlleve en caso de incurrir en falsedades”.

A esto quedaría reducida, luego de siglos de evolución en el sentido contrario, la garantía contenida en el artículo 18, C.N., que no es un principio dogmático, *creado* con esa jerarquía, sino un *estado* de la persona humana que la Constitución solo reconoce: la inocencia.

9. El fallo que entiende inconstitucional el artículo 212 bis, CPPrPenNac, es correcto en la solución, según nuestro juicio, aunque podríamos cuestionar la aceptación de la declaración del imputado como *“un acto de investigación”*, aseveración que se introduce cuando se cita a *Creus* y que no compartimos. No abundaremos en resaltar los argumentos acerca de la interpretación que cabe hacer del artículo 18; C.N., en relación con el tema y de su corroboración por las normas convencionales que se citan y relacionan adecuadamente.

Nos interesa destacar los argumentos que agrega el Dr. Frondizi, que, por su precisión y exactitud, nos permitimos repetir: *“(…) la separación entre la acusación y el juez es un elemento crucial -quizá el más significativo- del proceso acusatorio. La prohibición ne procedat iudex ex officio está referida a la distinción entre el sujeto que cumple funciones de enjuiciamiento y el que cumple las de parte, pero también destaca el papel de parte, en posición de paridad con la defensa, que toca al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de la separación es, ante todo, base de la imparcialidad del juzgador y, además, presupone que la carga*

de la acusación y de la prueba de ésta pesa sobre el ministerio público. Ahora bien, los principios de independencia e imparcialidad del juez, y el principio del juez natural, consagrados en nuestra Constitución, requieren que el juez sea ajeno a todo sistema de poder y a los intereses de las partes, y a que su potestad sea anterior al hecho de la causa. Por ello exigen, asimismo, un poder judicial separado de los poderes políticos, la separación institucional y funcional del juez respecto del ministerio público y la predeterminación legal de las potestades judiciales. Es obvio que, como lo he dicho en diversas sedes, la independencia y la imparcialidad del juez no deben ser solo formales sino expresión de su dignidad moral y de su probidad intelectual. La separación entre el juez y la acusación lleva a ver al proceso como una tríada, en uno de cuyos costados está la acusación, en el otro la defensa y en el centro el juez, por encima de las partes. Estas deben someterse a un tercero imparcial que definirá la contienda, en la cual deben participar en paridad de armas, como lo quiere la Constitución, para que el principio del contradictorio no sea una ficción. Por eso, si es indispensable que el juez no tenga funciones acusatorias, lo es también que el ministerio público de la acusación no tenga funciones judiciales, por lo cual deben excluirse -por inconstitucionales- todos los poderes típicamente judiciales que se pretende atribuir a los fiscales. Como ha explicado muy bien Carrara, si el fiscal, además de la función de acusar y de velar por el cumplimiento de la ley, tiene poder para formar procesos o para dirigirlos, o para influir de algún modo en los procesos escritos que después tendrán para el acusado mayor o menor valor probatorio, su figura se desnaturaliza y poco a poco se va arrogando el dominio del derecho...”.³³.

³³ Cita el magistrado *Programma del corso di diritto criminale. Parte*

En este mismo sentido, ha subrayado la Corte el siguiente pensamiento de Ferrajoli: "*la separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás...La garantía de la separación así entendida representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (terzietà) del juez respecto de las partes de la causa, que, (...) es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación*" (Luigi Ferrajoli, Derecho y razón: Teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, Madrid, 1995, págs. 564 y sgtes.) [in re "Quiroga"].

10. Es de toda importancia recordar que la Corte Suprema ha debido subrayar la esencialidad de la separación de las funciones y roles en el procedimiento penal; viene a propósito la siguiente cita:

"(...) Que la percepción de la relación que existe entre la garantía de imparcialidad y la separación de las funciones investigativas y acusadoras en el proceso penal es, justamente, la que conduce a la implementación del 'fiscal'. 'Sólo un juez dotado de una capacidad sobrehumana podría sustraerse en su actividad decisoria a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigatoria'. 'Sólo teniendo en cuenta esta experiencia se puede comprender que en el movimiento de reforma del siglo XIX se hiciera necesaria la implantación del ministerio fiscal, posibilitándose así la transferencia de esa actividad agresiva e investigadora a un órgano diferente de la autoridad judicial y, al mismo tiempo, la limitación de la función del tribunal a una actividad instructora y decisoria frente al

generale, 1859; edición en español, *Programa de derecho criminal. Parte general*, 2 tomos, Temis, Bogotá, 1956, t. II, pág. 845 y 861.

material sospechoso acumulado sin su cooperación" (Eberhard Schmidt, Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, págs. 195 y sgtes.).³⁴

Lo que se comprendió en aquel movimiento de reforma del siglo XIX, ¿hoy no se comprende?

El Dr. Petracchi, en su voto concurrente in re "Llerena", destacó: "(...) *Que la extrema intensidad de las injerencias que pueden producirse durante la instrucción sobre ciudadanos amparados por el estado de inocencia es lo que ha llevado al legislador a establecer un particular reparto de las funciones de persecución penal durante dicha etapa, en la que es el fiscal quien tiene a su cargo promover y ejercer la acción penal en la forma establecida por la ley (art. 65, Código Procesal Penal de la Nación)*".³⁵

11. Finalmente, vale aquí traer a colación las disposiciones correspondientes del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut, sancionado por la ley 5478 del 7 de abril de 2006.³⁶ Ellas cumplen, según creemos, con todos los recaudos constitucionales vinculados con la declaración del imputado.

Hemos de comenzar citando el párrafo final del artículo 1º: "*La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no podrá ser hecha valer en su perjuicio*". Es una regla que abarca la totalidad del procedimiento, desde sus inicios [artículo 44, I, C. Ch; artículo

³⁴ "Recurso de hecho deducido por el fiscal general de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302", considerando 24 del voto de la mayoría.

³⁵ Considerando 26), in re "L. 486. XXXVI.- RECURSO DE HECHO - Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal causa N° 3221".

³⁶ Ver nuestras "REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHUBUT [LEY 5478]", publicadas en elDial -DC 955.

9, I, CPrPenCh: “*DEFENSA. Es inviolable la defensa del imputado y el ejercicio de sus derechos, desde el inicio del proceso hasta el fin de la ejecución de la sentencia...*”] y ampara al imputado de los efectos que en su contra pudieran provocar actos irregulares. Desde luego, en nuestra comprensión, es una regla que está implícita en todos los ordenamientos adjetivos aunque no esté escrita en ellos, en tanto ella deviene de la misma Constitución en su recta interpretación [artículos 18; 75 (22), C.N.]. La declaración del imputado ante el fiscal, con o sin la presencia de un defensor, oficial o de elección, es un acto contrario a previsiones y garantías constitucionales, por lo que nunca podrá servir de base para el avance del procedimiento penal en contra del afectado. Corresponde remitir, en consonancia, a la norma contenida en el artículo 26, CPrPenCh, que se refiere a la *legalidad de la prueba* y remite a los artículos 46 y 48 de la Constitución provincial: “*Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados al juicio del modo que autoriza este Código. No tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas, engaño o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito, sin importar que haya sido obtenida por particulares o por funcionarios públicos [Artículos 46 y 48, C.Ch.]*”.

A su vez, el artículo 4, establece: “*Artículo 4. JUEZ NATURAL. La potestad de aplicar la ley en los procedimientos penales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente a los jueces y tribunales designados de acuerdo con la Constitución e instituidos expresamente por la ley con anterioridad al hecho objeto del proceso [Artículo 44, II, C.Ch.]*”.

El acto mediante el que se dicta la prisión preventiva es una decisión que debe fundarse en la Constitución y en las demás normas legales, sobre los hechos valorados, y a los que corresponde aplicar aquéllas, entonces, únicamente por los jueces. Lo mismo cabe decir del sobreseimiento –que algunas leyes procesales permiten dictar al fiscal-. Obviamente, si el MPF pudiera válidamente privar de la libertad al imputado también podría recibirle declaración; pero, uno y otro, son actos contrarios a la Constitución y las leyes rituales deberían proscribirlos para siempre.

Es también relevante la siguiente previsión, contenida en el artículo 8, CPrPenCh: “(...) *Queda prohibida la adopción de cualquier medida tendiente a que el imputado declare contra sí mismo o a menoscabar su voluntad...*”.

Finalmente, para abonar lo que venimos de decir al respecto, citamos esta disposición de enorme trascendencia y base de un verdadero sistema acusatorio:

“Artículo 18. SEPARACIÓN DE LA FUNCION DE INVESTIGAR Y DE JUZGAR. Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal a cargo del Ministerio Público Fiscal.

Si los jueces sustituyeran de algún modo la actividad propia de los fiscales, se apartarán inmediatamente del conocimiento de la causa”.

Se preservan, así, los tres roles antes referidos y la imparcialidad del juzgador. Lo ha dicho de este modo la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “(...) 9º) *Que la garantía de imparcialidad del juez es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su*

vinculación con las pautas de organización judicial del Estado”
[in re “Llerena”].