

## ***Ausencia de pretensión punitiva: imposibilidad de condena***

por **Claudio M. Palacín**

### **1. Introducción**

Como enseña Clariá Olmedo, el estudio del proceso penal “sin descuidar la práctica, debe remontarse necesariamente hasta las consideraciones teóricas y técnicas, tanto dogmáticas como políticas, que permitan orientar el perfeccionamiento de su eficacia y comprender la esencia misma de las instituciones que le son propias”<sup>1</sup>.

Asimismo, traemos a colación que para la visión trialista del mundo jurídico del derecho, aparecen en el análisis metodológico de todo fenómeno jurídico tres elementos esenciales de estructura: realidad, norma y valor.

Por ello se afirma con razón que el derecho tiene como finalidad la realización de los valores y, por lo tanto, que la razón última de la norma procesal penal, en su función reguladora del proceso penal, es la concreción del valor justicia<sup>2</sup>.

Es oportuno recordar, además, el concepto que destaca que el proceso penal protege el interés social en la persecución y castigo de los delitos, pero a su vez tutela, principalmente, el interés individual del procesado, como también el respeto a la igualdad de las partes o sujetos intervinientes en él, en pos del logro de su finalidad (la verdad histórica, real o procesal; el “justo concreto” procesal, etcétera).

Al mismo tiempo, el respeto del debido proceso impone la salvaguarda de los derechos y garantías constitucionales, entre ellos, fundamentalmente, la defensa en juicio en toda su magnitud. Por ello se torna aconsejable apartarse de concepciones que en cierto modo permanecen ancladas más bien en criterios formales y adscribirse a ópticas sustanciales y más realistas.

### **2. La acción penal y su ejercicio**

El sistema penal ha transitado un largo y trabajoso camino desde los tiempos de la justicia por mano propia, la venganza privada, el restablecimiento del honor y el patrimonio del ofendido intentado por él mismo; pasando al estadio en que todo el poder se otorgó al Estado, quien se apoderó del *ius puniendi* y así se producía la expropiación del conflicto.

En este esquema o configuración del sistema, poco se atribuyó, en los hechos, al Ministerio Público Fiscal. Por contrapartida, se evidenció la existencia de un órgano jurisdiccional con plenos poderes de instrucción, amén de ostentar amplias facultades de impulso de la causa e investigación aun en la etapa del juicio.

---

<sup>1</sup> Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Bs. As., Ediar, 1960, p. 53.

<sup>2</sup> Ver Bertolino, Pedro J., *El funcionamiento del derecho procesal penal*, Bs. As., Depalma, 1985, p. 100.

De tal modo, no subsistía un verdadero proceso judicial, ya que la separación de roles entre los órganos públicos de la acción y de la jurisdicción era más figurativa que auténtica<sup>3</sup>.

Día a día fueron ganando terreno en el mundo jurídico contemporáneo principios tendientes a acentuar la vigencia de un proceso realmente adversarial, con plena operatividad del principio de bilateralidad y una neta y clara separación entre órgano acusador y órgano juzgador.

Es acertado, entonces, afirmar que la clara distinción y desdoblamiento entre acusación-acción y juicio-jurisdicción es la plataforma sobre la que se asienta la garantía insoslayable de la justicia del juicio<sup>4</sup>.

Puesto que en el marco del sistema acusatorio formal compete al Ministerio Público Fiscal, en representación de la sociedad, el ejercicio de la acción penal y existe unanimidad con respecto a que resulta inadmisibles la aplicación de condena sin acusación, formulada en el marco de un proceso, a continuación nos referiremos brevemente a las posturas existentes en orden a qué debe entenderse por acusación.

### 3. Acusación: concepto

Hasta la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Tarifeño"<sup>5</sup> y confirmada en varias sentencias posteriores del máximo tribunal de justicia argentino<sup>6</sup>, no existían discrepancias notorias o al menos no se discutía con visos de generalidad la posibilidad de un fallo condenatorio dictado sin que el fiscal del juicio concretara al cabo del debate una acusación, solicitando la aplicación de pena.

En la actualidad las posiciones se dividen. Por un lado se expresa que la acusación se materializa con el requerimiento de elevación a juicio y que la apreciación de mérito del fiscal del juicio no condiciona ni limita la potestad del tribunal, cuya jurisdicción queda expedita a partir de tal requerimiento. Por el otro, se entiende que la

<sup>3</sup> Ríos expresa en tal sentido que "sólo existía una apariencia de proceso. Es decir, un mero desdoblamiento formal entre la acción y la jurisdicción en dos órganos públicos: un tribunal que por sus poderes también se hacía parte; y un fiscal imparcial asimilado a un desvaído sustituto procesal, constreñido y aun inutilizado por una rigurosa legalidad procesal" (Ríos, Ramón T., *Acusación como presupuesto de condena*, *Zeus*, 13/4/99, n° 6152, p. 4).

<sup>4</sup> En sentido concordante, ver Marchena Gómez, Manuel, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 175 y siguientes.

<sup>5</sup> CSJN, 28/12/89, "Tarifeño", *LL*, 1995-B-32.

<sup>6</sup> En efecto, en ese precedente y en muchos otros posteriores (v.gr., 22/12/94, "García", *LL*, 1995-B-318; 13/6/95, "Cattonar", *LL*, 1996-A-67; 10/8/95, "Bensadón"; 20/10/95, "Ferreya", *Fallos*, 318:2099; 12/9/95, "Saucedo"; 5/10/95, "Montero", *Fallos*, 318:1788), el máximo tribunal de justicia de la Argentina remarcó que "en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Const. nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales" ("Ferreya", *AS*, 318:2099, entre otros). Dijo también que corresponde dejar sin efecto la sentencia condenatoria dictada *sin que mediase acusación sí*, dispuesta la elevación a juicio, *el fiscal durante el debate solicitó la absolución del imputado*. De tal modo, la Corte "dotó así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base, en consecuencia el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal" (doctrina de *Fallos*, 234:270).

acusación está constituida por diversas fases (apertura de la investigación, requisito de elevación a juicio, eventual ampliación de la acusación originaria y conclusiones del debate, e incluso, la vía impugnativa y la ejecución de la pena); si falta una de ellas, no es posible que el tribunal aplique condena alguna.

El suscripto adhiere a la posición doctrinal que considera a la acusación como una sucesión de actos procesales y que entiende que la postura incriminatoria del titular de la acción penal pública debe mantenerse en el decurso de todo el proceso, para legitimar y validar una eventual sentencia condenatoria, salvo que en la causa se haya constituido querellante particular y éste, en el momento de los alegatos, solicite expresa y fundadamente la imposición de pena.

En abono de la tesis precedente se vierten sólidos y numerosos argumentos, a los que –dada la necesaria brevedad del presente trabajo– es imposible aquí referirse *in extenso*.

No obstante, corresponde recordar que para exista un juicio en plenitud y éste pueda ser considerado válidamente como un debido proceso legal, debe inexorablemente desarrollarse en un marco dialéctico, en el que se destaquen los distintos actos de la acusación (tesis), de la contestación o defensa (antítesis) y la sentencia (síntesis)<sup>7</sup>.

Ello así, no debe olvidarse que la requisitoria de elevación a juicio se apoya en elementos provisorios, dado que los hechos que conforman su objeto deben ser acreditados en el juicio, por lo que –además de otras razones– no configura por sí sola acusación.

Paralelamente, el requerimiento de elevación a juicio (v.gr., art. 347, Cód. Proc. Penal de la Nación) es una condición necesaria para el comienzo del juicio en sentido propio y circunscribe la objetividad fáctica del plenario. Constituye indudablemente un acto de acusación.

#### **4. Alcances de la pretensión absolutoria del fiscal. Control**

Existe consenso en que la acusatoriedad en el debate y la legalidad en el ejercicio de la acción penal deben ser siempre respetados y, según nuestro criterio, no se advierte tensión entre ambos principios, como bien lo señala Olazábal<sup>8</sup>.

En tal sentido, afirmamos que la ponderación por parte del órgano acusador de la prueba producida en el debate y el desarrollo de su visión respecto de la selección de la pena, constituyen extremos ineluctables a la hora de posibilitar plena y efectivamente el derecho de defensa. Al mismo tiempo, tal actividad de la parte acusadora (pública o querellante) coadyuva al mantenimiento de la imparcialidad del tribunal, dado que si el juzgador impone pena sin el requerimiento de los sujetos procesales legitimados para ello, asumiría en los hechos y en la práctica un rol propio del acusador<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. Clariá Olmedo, Jorge A., *El proceso penal*, Bs. As., Depalma, 1985, p. 282 y 283.

<sup>8</sup> CAPenal Santa Fe, Sala 4ª, 24/12/96, "Q.J.H. y R.R.A. s/ 1) cohecho pasivo; 2) cohecho activo", *Zeus*, nº 6241, t. 80, p. 7, voto del doctor Olazábal.

<sup>9</sup> Asimismo, resulta de suma importancia el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 13/8/98, al resolver el recurso extraordinario de inconstitucionalidad federal interpuesto por

Pensamos que el principio acusatorio tiende a preservar la imparcialidad del juez y la legalidad, en el tema que nos ocupa, apunta a impedir la arbitrariedad en la actuación del acusador, quien no puede disponer a su antojo de la acción penal.

Si finalizado el debate ni el fiscal ni el querellante, en su caso, requieren la imposición de pena, por entender que los motivos provisionales que originaron la apertura del juicio no han perdurado, como consecuencia de los argumentos vertidos y de la prueba producida en el juicio, el juzgador no tiene ante sí pretensión penal presente sobre la cual expedirse.

En tales supuestos, si el tribunal considerara suficiente a la requisitoria de elevación a juicio —acto de por sí culminatorio de la instrucción—, no tendría razón de ser la intervención posterior del fiscal y del querellante particular, e implicaría un golpe mortal al sistema acusatorio.

Por otra parte, incumple la ley tanto el fiscal que persigue a una persona que considera no culpable del hecho penal, como aquél que no dirige la acción contra el individuo a quien los elementos de cargo incriminan.

Por lo tanto, el fiscal que luego de evaluar la prueba producida en el juicio esgrime fundada y razonablemente una pretensión absolutoria, a nuestro criterio, no dispone del *ius puniendi* del Estado, sino que ejerce responsablemente la función que se le ha encomendado.

Además de la importancia y trascendencia de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su autoridad, la jerarquía de sus pronunciamientos, la reiteración de sus decisiones en la materia y el nuevo concepto que ella a delineado acerca del “juicio previo”, en pro de la necesidad de la acusación —entendida con los alcances ya referidos— como presupuesto de condena penal, emerge con plenitud el argumento del respeto del principio de acusatoriedad a los fines de satisfacer los concernientes al juicio previo y debido proceso legal.

Si se viola el principio de acusatoriedad, indudablemente se ataca a la Constitución nacional, lo que acarrea la nulidad del fallo respectivo.

Esta postura se dirige a posibilitar con amplitud el ejercicio del derecho de defensa, la realización del juicio y el respeto de la ley.

Pensamos que en todos los casos el ejercicio de la jurisdicción debe estar condicionado al de la acción, ampliándose el principio acusatorio para que no haya condena si no hay acusación<sup>10</sup>.

La petición absolutoria del fiscal, formulada conforme a los principios de legalidad y de razonabilidad, que según la tesis que defendemos, ante la ausencia de pretensión condenatoria del querellante particular, veda al tribunal de juicio la posibilidad de emitir sentencia condenatoria, no significa autorizar al Ministerio Público Fiscal a disponer del contenido sustancial de la causa.

---

el querellante particular, en el caso “Santillán”. En esa resolución, la Corte Suprema otorgó relevancia y efectividad a los derechos de las víctimas de los delitos de acción pública, constituidas en el carácter de querellantes en los respectivos procesos penales, en razón de que, en la jurisprudencia de la Corte, aunque el fiscal del juicio al cabo del debate no pida pena, si el querellante sí lo hizo el tribunal está en condiciones de dictar una sentencia condenatoria.

<sup>10</sup> Ver Ríos, *Acusación como presupuesto de condena*, *Zeus*, 13/4/99, n° 6152, p. 4 y siguientes.

Tampoco podría sostenerse que la solicitud desincriminatoria del fiscal se encuadra en un marginal ejercicio del principio de disponibilidad de la acción penal, en función de “su propio criterio de oportunidad”. No debe confundirse ejercicio responsable y objetivo de la función con arbitrariedad e ilegalidad.

Reiteramos que el desempeño de la función del Ministerio Público Fiscal debe ajustarse en todo momento al paradigma de la razonabilidad, impuesto a los actos de los órganos del Estado. Además, debe ceñirse a lo prescripto en la Constitución nacional, en los tratados internacionales y demás normativa vigente, debiendo actuar motivada y fundadamente.

## **5. El control de la actividad del fiscal**

También en este punto hay, por lo menos, dos posturas.

Para algunos, el control de mérito del punto de vista del fiscal al momento de los alegatos debe realizarlo el órgano jurisdiccional en el caso concreto.

Según la posición opuesta, el control, incluso el de legalidad procesal, debe ser hecho por el propio Ministerio Público Fiscal, por ejemplo, mediante la imposición del deber de consulta del fiscal del juicio antes de cesar en su acusación<sup>11</sup>.

No auspiciamos que se impida a los jueces y tribunales el control del cumplimiento de los requisitos formales y de fundamentación adecuada y suficiente que debe observar el fiscal en su desempeño, en su condición de parte del proceso.

Pero dejamos sentado que compartimos la idea del control del fiscal por el Ministerio Público en orden a tutelar la separación de funciones atinentes a la acción y a la jurisdicción y a salvaguardar la independencia y autonomía funcional del Ministerio Público.

© Editorial Astrea, 2001. Todos los derechos reservados.

---

<sup>11</sup> Ríos, luego de distinguir los principios de legalidad procesal y legalidad sustancial, expresa que el primero “apunta a evitar la omisión o abstención arbitraria o caprichosa en la persecución penal” y que el control del cumplimiento de dicho principio, a los fines de salvaguardar la imparcialidad del tribunal, debería encomendarse al control jerárquico interno del Ministerio Público (*Acusación como presupuesto de condena*, Zeus, 13/4/99, n° 6152, p. 4 y siguientes).