

## **EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LEGALIDAD FORMAL EN EL PROCESO ADVERSARIAL**

**Juez de Juicio Maximiliano Omar Camarda**

Sin lugar a dudas, puede afirmarse que dos de los grandes pilares donde se asienta el proceso acusatorio, en clara diferencia con el inquisitivo, son los principios dispositivo y de contradicción, que imponen como regla, que las partes son las que realizan los planteos pertinentes, y, conforme los fundamentos por ellas vertidos, debe el juez decidir en consecuencia, quedándole vedado, entre otras actividades, realizar actos de investigación y disponer “per se” medidas probatorias o de coerción (art. 6 CPP).

Ahora bien, la operatividad de estos principios para nada convierten al órgano jurisdiccional en un “convidado de piedra” en el proceso, puesto que pueden darse situaciones donde no exista controversia entre las partes, pero, de todos modos, quedar sometidas al contralor del juez, siempre, claro está, respetando la autonomía funcional de la acusación y la defensa.

Y lejos de afectar el principio de “ne procedat iudex ex officio”, no hace otra cosa que ajustarse al plexo procesal, que en distintos artículos así lo deja plasmado, toda vez que ello redundará en una administración de justicia eficaz, a la postre, el fin último del proceso.

En tal sentido, el art. 5 pár. segundo sostiene que “las normas jurídicas vigentes serán la única sujeción legalmente impuesta a los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional a su cargo”. O sea, dicho de otra forma, y desde la temática que aquí se trata, el juez puede apartarse de lo acordado por las partes en tanto y en cuanto esto no se compadezca con la ley. Lo que no hace otra cosa que sostener la manda del art. 6 en atención a que “los jueces cumplirán los actos propiamente jurisdiccionales velando por el resguardo de los derechos y garantías” (1). ¿Qué otra forma hay de resguardar los derechos y garantías de todas las partes del proceso que no sea ajustándose a la ley?

La regla general del citado precepto es insoslayable en las denominadas “cuestiones de orden público”, toda vez que advertidas estas por parte del juez, debe resolverlas, aún, ante la inacción o la oposición de las partes. Baste por mencionar situaciones que versen sobre la competencia o la prescripción, las cuáles trascienden la voluntad de las partes en el proceso, puesto que afectan

principios de raigambre constitucional como son el del juez natural y de la seguridad jurídica.

En un plano más acotado, se puede traer a colación el instituto de la prisión preventiva, señalando aquí el art. 109 CPP, primeramente los requisitos de procedencia, y a párrafo seguido, aludiendo que luego de la exposición fiscal de los argumentos para sustentar la cautelar, “el juez controlará la legalidad y la razonabilidad del requerimiento por apreciación de las circunstancias del caso particular”. En consonancia, nada le impediría ejercer ese control más allá de no existir oposición por parte de la defensa, sustentado todo, como se viene exponiendo, en la legalidad.

En este punto, la doctrina hace mención a que el principio *iura novit curia* posibilita al juez modificar la calificación legal del hecho sostenida por el fiscal en su requerimiento sin que ello implique una violación a las reglas del proceso acusatorio, ya que el órgano decisor no puede quedar ligado a la tipificación efectuada por una parte, sin perjuicio de respetar la plataforma fáctica que lo sustenta (2). O sea, la función jurisdiccional se encuentra inevitablemente atada al principio de legalidad.

Sin embargo, el citado criterio no resulta pacífico, toda vez que se han alzado voces manifestado que esa injerencia atenta contra los principios de imparcialidad, de igualdad de armas y de contradicción enmarcados en el proceso acusatorio. A consecuencia de esto, al juez le estaría vedado decidir excediéndose de los requerimientos efectuados por las partes, más aún, si no se ha planteado controversia alguna.

¿Qué debe primar entonces, el principio dispositivo o el de legalidad? En el particular, entiendo que la preponderancia de la legalidad es innegable (3).

Va de suyo que esto no puede ser óbice para cercenar la ya citada autonomía funcional de las partes, fundamentalmente del Ministerio Público Fiscal, sobre el que pesan los deberes de objetividad y de motivación de sus requerimientos, dictámenes y resoluciones (art. 59 párr. 3° y 4° CPP).

Resulta entonces válida la intervención del juez en el proceso como garante del control de legalidad formal, toda vez que encuentra sustento en distintas aserciones:

- *No violenta el principio de imparcialidad*

El hecho de que un mismo juez no podrá intervenir en más de una etapa (art. 5 “in fine” CPP), asegura la imparcialidad desde la óptica del prejuzgamiento, aunque resulta necesario aclarar que la mayor o menor intensidad del control jurisdiccional variará según la etapa del proceso que se transite, máxime, en atención a la finalidad de cada una de ellas.

En tal sentido, al momento de la formulación de cargos (art. 130 CPP), podría por caso, requerir al órgano acusador, incluso sin oposición de la defensa, que adecue la descripción del hecho con la calificación legal. No escapa a esta posibilidad de control, la circunstancia de que se esté en presencia de una investigación incipiente que conlleve una calificación provisoria, puesto que con el avance del proceso, se pueden modificar el sustrato fáctico y el tipo penal correspondiente. Pero en todos los casos, se impone la adecuación entre ambos, siendo ello potestad de control jurisdiccional. Ej. si se describe una sustracción mediante fuerza en las cosas no puede calificarse como hurto sin perjuicio de que con el avance de la investigación y la producción de la prueba se determine que la mentada fuerza no existió y se esté en presencia, precisamente, de un delito encuadrado en el art. 162 CP (4).

Idéntica facultad le asiste durante la etapa intermedia (5) e incluso en algunos juicios (6), pudiendo solicitar al órgano acusador readecuar la calificación legal al hecho descripto o viceversa.

*- Cumple con el objetivo de arribar a un juicio ágil y limpio*

Si bien esta premisa es de ineludible aplicación en la etapa intermedia (7), nada impide su operatividad desde el inicio mismo del proceso. Sin perjuicio, como ya se dijera, de que con el avance de la investigación preparatoria puedan incorporarse al legajo nuevos elementos que modifiquen los hechos y su consecuente calificación, al momento de la formalización de los cargos, debe existir congruencia entre ambos a los fines de no generar planteos nulidicentes a futuro, o bien cambios que puedan sorprender la estrategia defensiva (8). Y en esto también tallan los casos mencionados en el punto precedente.

Sin ánimo de extenderme sobre un tópico que no hace al objeto del presente trabajo, cabe mencionar que el art. 162 CPP hace referencia justamente al “Control de la Acusación”. Literalmente, esto nos ubica en una etapa del proceso previa al juicio.

Ahora bien, de la propia norma surge que ese control es jurisdiccional, toda vez que, más allá de la autonomía funcional de las partes, y en el particular,

el deber de objetividad que pesa sobre el Ministerio Público Fiscal, resulta impensado un mecanismo de autorregulación en cabeza de la acusación y de la defensa.

Sentado entonces que esa función recae en un integrante del Foro de Jueces, el interrogante será ¿sobre qué y cómo hará ese control?

Señala Binder que concluida la investigación por parte del fiscal, este será el encargado de pedir la apertura de la causa a juicio de así considerarlo. En nuestro código adjetivo, esta actividad está reglada en el art. 159, indicándose allí en detalle, los requisitos que debe contener el requerimiento.

Se inicia aquí la etapa intermedia del proceso, donde ese requerimiento estará sujeto a un doble control: el *formal* y el *sustancial*, puesto que los distintos sujetos procesales tendrán interés en corregir los posibles defectos en función de su teoría del caso.

Pero ese interés no se circunscribe a las partes solamente, sino también al juez, que procurará “que la decisión judicial no contenga errores o en que éstos no se trasladen a la etapa de juicio donde pueden generar mayores perjuicios o invalidar la totalidad del propio juicio... En síntesis... la fase intermedia constituye el conjunto de actos procesales cuyo objetivo consiste en la corrección o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación. Pero la fase intermedia no agota su función en el control formal. Sirve también -y principalmente- para realizar un control sustancial sobre esos actos conclusivos” (9).

En consonancia con esto, y en alusión al control formal en la etapa intermedia, definida como “trascendente”, la jurisprudencia expresa que: “... el Juicio Oral se abre en la medida y por la calificación legal que los Jueces allí autorizan, **pudiendo incluso oficiosamente corregir la pretensión de los acusadores**, con miras de evitar un desarrollo de la instancia siguiente, el Debate, de modo irregular. Una muestra más del criterio de “pro actividad” con el que los Magistrados deben, por imperio legal, encarar su labor, en custodia de las formas básicas del Juicio previo establecido en el art. 18 de la CN., y que no afecta de manera alguna el sesgo acusatorio y adversarial del sistema ritual vigente” (el destacado

me pertenece). Señalándose a *posteriori* en el mismo fallo, que versaba sobre una condena por un delito distinto al aceptado en el auto de elevación a juicio, que: “Desde ya el temperamento adoptado por el Juez de la audiencia preliminar vino a contribuir al problema, pues de considerar defectuosa la acusación debió ordenar al acusador su corrección” (10).

Más que sobrada resulta, a partir de estas consideraciones, no solo la importancia del control jurisdiccional de legalidad formal en el proceso, sino también, su ineludible necesidad, lo cual implicaría su tratamiento, incluso más allá de la ausencia de planteo de las partes.

No obstante, esta máxima choca contra la letra de la ley ritual, puesto de que la interpretación armónica de los arts. 163 y 164, las partes (en este caso la defensa), en virtud del principio adversarial, son las únicas que pueden objetar los vicios formales y solicitar su subsanación, soslayándose por completo la actividad oficiosa del juez.

Ahora bien, si ello ocurriera, el interrogante surge con relación a quién tendría la potestad recursiva que el segundo párrafo del art. 164 otorga solamente al fiscal, para el caso que actuando de oficio, el órgano jurisdiccional concluya que el requerimiento de apertura a juicio adolece de vicios formales y ordena que sean subsanados, a pesar de que esto no fue por solicitado ni oportunamente planteado por la defensa. Véase que aquí, se estaría colocando a esta parte en una posición no buscada, cual es la de tener que contestar los agravios que la fiscalía expondrá ante una eventual revisión.

Va de suyo que a la luz de lo establecido por el último párrafo del citado artículo, existiría un fundado interés de la defensa para sostener lo resuelto por el juez del control de la acusación, toda vez que de mantenerse los vicios formales señalados, se impone el sobreseimiento definitivo del imputado.

No obstante ello, también podría la defensa recurrir la decisión jurisdiccional disponiendo la subsanación de los vicios formales cuando ello redunde en un perjuicio para su asistido o bien, que afecte su teoría

del caso (por ej. si de la descripción del hecho surge que se trata de un robo y la fiscalía lo tipifica como hurto).

Siguiendo este orden de ideas, y a modo de colofón, se puede establecer que el control de legalidad formal se impone como inevitable por parte del juez que intervenga en cada etapa del proceso, incluso ante la inacción de las partes en tal sentido, sin que ello redunde en una afectación del principio de contradicción que recepta el modelo adversarial.

También es procedente aún en detrimento de la teoría del caso de la defensa o de una calificación legal más gravosa, no obstante lo cual, en todos los casos, lo resuelto habilita a cualquiera de las partes que se vea agraviada, a una instancia de revisión o bien de reserva de impugnación, según el estadio del proceso.

## **REFERENCIAS**

1.- “Comenzamos por recordar que el Juez de Garantías debe realizar el control del respeto de las garantías constitucionales y, a los fines de hacer lugar o rechazar la formulación de cargos, controlar la legalidad de la imputación. Esto último, desde un aspecto probatorio (que el hecho acusado tenga relación y esté abastecido con la evidencia reunida), procesal (requisitos de procedencia: prescripción de la acción, presencia de defensor/a, relación precisa y circunstanciada del hecho que se atribuye, etc.) y sustancial (que la conducta reprochada encuadre en una figura penal, etc.)” T.I.P. Se. 216 (D) del 03/12/2021, “Marchisella” (Leg. MPF-RO-03467-2018).

2.- Falcone, Roberto A. y Madina Marcelo A. “El Proceso Penal en la provincia de Buenos Aires”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires (2007), pág. 146-147. “Merece atención la posibilidad del juez de garantías de modificar la calificación legal del hecho que sostiene el fiscal en su pedido de encierro provisional por imperio del principio *iura novit curia*. En ello no hay violación al principio acusatorio y de ninguna manera el juez puede quedar ligado a una tipificación efectuada por una parte... La posibilidad del juez de garantías de modificar la calificación debe extenderse a cualquier momento de la investigación penal preparatoria... Esta facultad del juez de garantías es consecuencia del atributo casi exclusivo de la jurisdicción de calificar los hechos que caen bajo su conocimiento... la facultad de calificar los hechos de acuerdo a su ciencia y conciencia son consecuencia del principio de legalidad. Recuérdese que el juez sólo se encuentra sujeto a la ley, y de ningún modo las partes pueden encorsetar su actividad en este punto, haciendo pasar por un hurto lo que para el juez es un robo calificado”.

En igual sentido sostiene la jurisprudencia que: “es privativo de los jueces calificar jurídicamente las pretensiones de los litigantes, facultad que deriva de la regla *iura curia novit*, cuyo ejercicio no comporta un agravio constitucional” (Fallos: 300:1074), y que “no importa violación al principio de congruencia la actividad del juzgador que subsume en la regla jurídica adecuada la pretensión deducida (Fallos: 321:2453)” (Fallos 329:1787, 323:2456, 322:2525, 312:195, 300:1074, 288:292, 255:21 y 235:606).

3.- Ferrajoli, Luigi “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Ed. Trotta, Madrid, 2da edición, (1997), pág. 34-35. “Convencionalismo penal y estricta legalidad. El primero de estos elementos es el convencionalismo penal, tal y como resultado del principio de estricta legalidad en la determinación abstracta de lo que es punible. Este principio exige dos condiciones: el carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación y el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas... La primera condición equivale al principio de reserva de la ley en materia penal y del consiguiente sometimiento del juez a la ley: conforme a ella, el juez no puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino sólo (y todos) los que, los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena”.

4.- En el Legajo N° MPF-RO-03596-2020 la fiscalía acusa por el delito de hurto con escalamiento en grado de tentativa, en concurso real con resistencia contra la autoridad y con violación de las medidas dispuestas para impedir la introducción o propagación de una epidemia en concurso real con desobediencia. El hecho y la calificación legal no fue objetada por la defensa. El Juez de Garantías, con fundamento en el control de legalidad formal, solicita adecuar parte de la calificación legal en base a la descripción fáctica, en el entendimiento que la conducta así descrita se encuadraba en el delito de robo con escalamiento en grado de tentativa. Ante la negativa de la fiscalía, se tienen por no formulados los cargos respecto de los delitos de tentativa de hurto con escalamiento y resistencia contra la autoridad. La resolución fue recurrida por la acusación, siendo el recurso rechazado por el Juez de revisión por considerar que no se trata de una resolución impugnabile y porque la misma no causa agravio. Continuado el proceso, al solicitar la audiencia de control de acusación, la fiscalía interviniente mantuvo el mismo relato de los hechos, encuadrándolos de conformidad con la observación formulada por el Juez de Garantías en la formulación de cargos.

5.- En el Legajo N° MPF-VR-01901-2020, al llevarse a cabo la audiencia de control de acusación el Juez de Garantías, requirió a la fiscalía readecuar la calificación del delito de atentado a la autoridad en función del fallo “Palienko” (lo que redundaba en un tipo penal menos gravoso para el imputado al configurarse resistencia a la autoridad). Ante tal intervención, el Sr. Defensor particular planteó la recusación del Juez interviniente por entender que la misma había violentado el principio de imparcialidad. Con fundamento en el control jurisdiccional de legalidad formal, se rechazó el planteo recusatorio continuándose con el proceso que culminó con la condena del imputado, juicio abreviado mediante, por el delito de robo agravado por el uso de arma blanca, en concurso real con resistencia a la autoridad.

6.- En el marco de un juicio abreviado relacionado con el Legajo N° MPF-CI-4638-2020, la fiscalía relata el hecho imputado y su correspondiente calificación legal, ante lo cual, la defensa solicitó una recalificación de los hechos a los fines de arribar al acuerdo estipulado por las partes. Ante tal requerimiento, la acusación pública readeculó la calificación legal (por un delito más leve) sin modificar la plataforma fáctica, por lo que la Sra. Jueza interviniente le pidió precisiones sobre ese punto, contestando la fiscalía por la negativa a cambiar el sustrato fáctico y su tipificación. Ante ello, se rechazó la propuesta efectuada por cuestiones de estricto control de legalidad, al advertir la magistrada que no existía correlato entre la conducta achacada al acusado y la calificación legal pretendida en la propuesta de juicio abreviado, y que en consecuencia, se violentaba el principio de congruencia y el debido proceso legal.

7.- Penna, Cristian - Cascio, Alejandro “La etapa preparatoria y la admisibilidad de la prueba en el juicio por jurados y en sistemas acusatorios”, en “El debido proceso Penal. Doctrina. Análisis jurisprudencial. Fallos Fundamentales” Ledesma. Angela -Directora-, Ed. Hammurabi, Buenos Aires (2017), pág. 104-105, y 110. “En primer lugar, exige a las partes la realización de investigación solita y una actividad responsable y profesional en el diagnóstico de situación y en la preparación de una teoría del caso... Vamos advirtiendo así la relevancia de la etapa intermedia preparatoria, cuyos objetivos principales, amén de otros alternativos, son la definición del eje de la controversia y la determinación de la prueba que podrá utilizarse en el juicio y gira en torno de la denominada audiencia preliminar preparatoria del juicio... Esta etapa es imprescindible si se pretende la realización de un juicio serio, verdaderamente adversarial, con pretensiones de materialización de un contradictorio sólido y productivo... el objetivo específico de la etapa intermedia es la preparación del juicio, o dicho con mayor precisión: la preparación de un juicio limpio y ágil”.

8.- Falcone, Roberto A. y Madina Marcelo A. (op. cit.), pág. 184 “Es habitual que el objeto procesal se vaya definiendo a través de la investigación y por ello luego... sea necesario realizar correcciones jurídicas. Para evitar posible nulidades por variación de la plataforma fáctica entre el hecho descrito en la declaración del imputado y el volcado en el requerimiento de citación a juicio es recomendable describir el hecho lo más ampliamente posible... para evitar que luego la narración y calificación hecha en el escrito de elevación contenga elementos sorpresa (por diferir los requisitos típicos) que provoquen la indefensión del imputado”.

9.- Binder, Alberto M. “Introducción al Derecho Procesal Penal”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires (1999), pág. 246-247.

10.- Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia “C., V.J. S/ Homicidio r/v” Leg. 78645 (Sent. 28 del 10/09/2019).