

AUTOS: En la ciudad de San Salvador de Jujuy, capital de la Provincia de Jujuy, República Argentina, a los 23 días del mes de Marzo del año dos mil nueve, reunidos los Sres. Jueces del **TRIBUNAL ORAL CRIMINAL FEDERAL DE JUJUY**, integrado por los **Dres. ALBERTO OSCAR ARAGONE, RENE VICENTE CASAS y MARTA LILIANA SNOPEK**, bajo la presidencia del primero de los nombrados y la asistencia del Dr. EFRAIN ASE como Secretario, en la causa N° 119/08 en los autos caratulado **TORRICO BARRIENTOS Peter Raul s/ Infracción Ley 25.871**”, seguida en contra de Peter Raul **TORRICO BARRIENTOS**, nacido el 7-10-1974 en Cochabamba, Bolivia, soltero, pintor y chifer, Ci.Bol. 3807886, hijo de Alfonso Torrico Espinosa y de Rosa Barrientos Lobos, domiciliado en Avenida Libertador S/N del Barrio Román Calle, Punata, Cochabamba, Bolivia, interviniendo como representante del **MINISTERIO FISCAL** el **Dr. ELOY MARCELO GUTIERREZ** y como **DEFENSORA OFICIAL SUBROGANTE** el **Dr. MARTIN GESINO**.-

El Señor Juez Dr. Alberto Oscar ARAGONE dice:

I.- Planteo de cuestiones preliminares.-

El letrado del Ministerio Público de la defensa señaló como cuestión previa al inicio del debate, que en la presente causa se violó el debido proceso legal por dos vertientes distintas. Una, la funda en que se omitió notificar al imputado del derecho a solicitar la asistencia consular, establecida en el art. 36.1. b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares ratificada por Ley 17.081.-

A ello, añadió otra causa de violación al debido proceso, la ausencia de requerimiento fiscal de instrucción, lo que provocó que no se respetase en la causa la regla de no proceder de oficio.-

Por su parte el Sr. Fiscal Gral. al replicar el alegato defensivo sostuvo que se había cumplido con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, pues se observa en las actuaciones que el Consulado de Bolivia había sido anoticiado de que un nacional de ese país se encontraba detenido en la presente causa por lo que la notificación individual constituiría un exceso. Añadió que aún cuando no se hubiese cumplido con el referido tratado en lo que atañe a notificar al detenido, no se advierte qué perjuicio se ocasionó, sobre todo cuando ni la defensa, ni el prevenido, invocaron una afectación concreta respecto de ese punto, y además, porque aun sabiendo las autoridades consulares de Bolivia que un nacional se encontraba detenido ninguna asistencia visible prestaron.-

Paralelamente negó que se hubiese afectado el debido proceso por que faltase en el inicio de la causa, el pedido fiscal de instrucción. Sostuvo lo expuesto con apoyo en la vigencia del art. 195 del C.P.P.N. que permite el inicio de la instrucción por medio de una información o prevención policial, actos que suplen con idénticos efectos al requerimiento fiscal de instrucción.-

Además señaló no sólo que dicha norma se encuentra vigente, sino que el fallo Quiroga de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no la afectó, pues dicha jurisprudencia giró sobre la facultad que el art. 348 del C.P.P.N. le asigna a las Cámaras de Apelaciones.-

Trabada así la cuestión cabe entonces establecer si se afectó el debido proceso en la presente causa.-

II.- De la debida información a la asistencia consular.-

Sobre este tópico cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de expedirse a través de la Opinión Consultiva N° 16 y en los casos “Tibi vs. Ecuador” y “Acosta Calderón vs.

Ecuador”, a los que cabe añadir mas recientemente, y que significó una condena para el Estado Argentino, la causa, “Bueno Alves”.-

En este orden de ideas la Corte Interamericana a través de la Opinión Consultiva N° 16 afirmó el derecho del extranjero privado de libertad a ser informado sin dilación de que puede solicitar la asistencia consular.-

Ahora bien, tal como se sostiene en la Opinión Consultiva N° 16 el derecho contenido en el art. 36, y que se refiere en el párrafo anterior fue reconocido por la comunidad internacional en el “*conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*”.(Ver resolución 43/173 de la Asamblea Gral. de la Organización de Naciones Unidas del 09/12/88).-

Así, el principio 16.2 dice “*Si se trata de un extranjero, la persona detenida o presa será también informada prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular... de conformidad con el derecho internacional...*”.-

En igual sentido informa la Declaración sobre los Derechos Humanos de las personas que no son nacionales del país, aprobada por la Asamblea General de la ONU por resolución 40/144 del 13/12/85.-

En efecto el art. 10 de dicho instrumento establece que “*todo extranjero tendrá la libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión...*”.-

Consecuentemente del art. 36.1 (b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares surgen derechos individuales para el extranjero detenido que se corresponden con deberes correlativos a cargo del Estado receptor (ver en igual sentido opinión consultiva 16).-

Así, y tal como lo señala la Corte Interamericana, si el extranjero pide ayuda en su consulado y éste decide brindarla, podrá en ejercicio de los derechos que confiere el art. 36 ya citado *“asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión”*.-

Sentado lo precedente y tal como lo señala la Corte Interamericana rige en el área por imperio del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el debido proceso legal derivado de la dignidad de la persona humana (ver art. 14 del instrumento internacional citado).-

Así para los acusados de un delito se consagran una serie de garantías que por otra parte se replican y en algunos casos se amplían en los demás instrumentos internacionales sobre la materia.-

A partir de allí la Corte Interamericana sostuvo que para que exista debido proceso legal es preciso que el justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad.-

En tal sentido el organismo internacional añadió que el proceso para alcanzar sus objetivos debe *“reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales⁸⁷ y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de*

desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas . . . Por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculcados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal.” -ver párrafo 119 - 120 O.C. N° 16 CIDH-

Por lo expuesto la Corte Interamericana estima que el derecho del detenido a ser informado de que puede solicitar la asistencia consular constituye una garantía mínima para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.

Así en dicha opinión consultiva se sostiene que “*el derecho individual de información establecido en el art. 36.1.b) de la Convención de Viena sobre relaciones consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la convención de Viena sobre relaciones consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables*”.-

También en dicha opinión consultiva la Corte Interamericana sostuvo que “*en virtud de que el derecho a la información es un componente del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el detenido extranjero debe tener oportunidad de valerse de ese derecho en su defensa. La inobservancia y obstrucción de su derecho a la información afecta las garantías judiciales*”.-

Por último no puede dejar de mencionarse que la Corte Interamericana estableció en la opinión consultiva la oportunidad en que se debe hacer conocer el derecho contenido en el 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.-

En este orden de ideas se sostuvo en la referida opinión consultiva que la notificación debe producirse de modo tal que origine un efecto útil.-

Por lo tanto la notificación al extranjero inculcado del derecho a solicitar la asistencia consular debe ocurrir sin dilación. Así expresamente la Corte Interamericana refirió que *“es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna esto es ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto y a falta de precisión en el texto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculcado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad”*.-

Lo hasta aquí expuesto fue además recogido por la Corte Interamericana de Justicia al fallar diversos casos sometidos a su jurisdicción contenciosa.-

Así en el precedente “Tibi vs. Ecuador” sostuvo que *“el detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado”*. -ver apartado 112 del fallo-.-

No está demás aclarar en este punto que la Corte Interamericana al referirse a que se debe notificar al detenido del derecho a establecer contacto

con un familiar, un abogado o un funcionario consular no está indicando que cualquiera de las posibilidades cubre el estándar de legalidad. Ello por cuanto la notificación a que alude es según corresponda tal como expresamente lo afirma, y por lo tanto, en el caso de un detenido extranjero, además de los derechos y garantías que le asisten en un plano de igualdad con los detenidos nacionales del estado que recibe, se le debe notificar el derecho de contacto con un funcionario consular. Sólo así se cubrirá el estándar de legalidad que exige la Corte Interamericana.-

Si alguna duda quedase respecto del alcance de lo que la Corte Interamericana afirmó en dicho párrafo, se ve despejada con la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que aprueba el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. En efecto en ese instrumento se mencionan los derechos de los detenidos, en caso de los nacionales, rigen en lo tocante a la cuestión de autos, los del principio 16.1, y respecto de los extranjeros deben aunarse éstos con el establecido en el principio 16.2 a efectos de posibilitar en el proceso una participación en igualdad de condiciones -ver resolución 43/173 del 9 de Diciembre de 1988.-

Además, en el caso citado se señaló que el Sr. Daniel Tibi, como detenido extranjero, no fue notificado de su derecho de comunicarse con un funcionario consular en su país con el fin de procurar la asistencia reconocida en el art. 31.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (supra apartado 90.17). En este sentido, la Corte señaló que el derecho individual del nacional de solicitar asistencia consular a su país “*debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo. La inobservancia de este derecho afectó el derecho de defensa, el cual forma parte de las garantías del debido proceso legal . De*

lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó los arts. 8.2.d y 8.2.c de la Convención Americana en perjuicio del Sr. Daniel Tibi”.-

También el 25 de junio de 2005 la Corte Interamericana de Justicia reiteró en el caso “Acosta Calderón vs. Ecuador” lo afirmado en el precedente Tibi (ver apartados 125 y 126).-

Igual reafirmación de la doctrina señalada se observa en el caso “Bueno Alves vs. Argentina”, fallado por la Corte Americana el 11 de Mayo del 2007 -ver apartado 116-

Cabe agregar que la Corte Internacional con sede en La Haya, el 31 de Marzo del 2004 en el fallo dictado en el caso “Avena” confirmó la vigencia y la plena obligatoriedad del derecho de toda persona detenida a ser informada, sin dilación sobre su derecho a la asistencia consular y determinó que hubo violación por parte de los Estados Unidos de America a sus obligaciones internacionales por incumplir con el deber de informar.-

Sentado lo precedente cabe destacar que la reforma constitucional de 1994 ha incorporado al bloque de constitucionalidad una serie de tratados, declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.-

La jerarquía constitucional de dichos instrumentos ha sido establecida por voluntad expresa del legislador constituyente y “en las condiciones de su vigencia”, es decir, tal como rigen en el ámbito internacional y de acuerdo con los alcances establecidos por la interpretación y jurisprudencia que efectuaron los organismos internacionales de aplicación.-

En tal contexto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y sus opiniones consultivas deben servir de guía para la interpretación de los

preceptos convencionales en la medida que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (ver art. 75 de la C.N., arts. 62 y 64 de la Convención Americana y C.S.J.N. in re Giroldi, Horacio David fallos 318:514).-

La Corte Suprema de la Nación reiteró el criterio sostenido en el precedente citado en los casos Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus s.03/05/2005 fallo 328:1146, y en Simón, Julio Héctor y otros s 14/06/2005 fallos 328:2056.-

Posteriormente el alto tribunal argentino en Mazzeo Julio Lilio y otros, sentencia del 13/07/2007 sostuvo siguiendo la línea interpretativa ya marcada que *“la Corte Interamericana ha señalado que es conciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana -CIDH Serie C N- 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124”*.- apartado 21.-

Bajo las premisas que ya se enunciaron cabe establecer si existe una afectación al debido proceso por violación de las garantías judiciales mínimas a las que tenía derecho TORRICO BARRIENTOS.-

En este orden de ideas se debe señalar que al momento de notificar al imputado los derechos y garantías que le asisten en la oportunidad en que se lo detuvo, se omitió hacerle conocer el derecho a pedir la asistencia de su consulado tal como lo prevé el art. 36.1. b. de la Convención de Viena sobre Asistencia Consular.-

Tampoco fue notificado de tal garantía con anterioridad a prestar la primera declaración, pues el Estado no le hizo saber el derecho que le asiste en ese acto ni en ninguna otra oportunidad procesal, por mas que la intimación no fuese útil con posterioridad al ejercicio de su defensa material.-

Así queda claro que no se cumplió con el anoticiamiento en los términos exigidos en la Opinión Consultiva N° 16 de la Corte Interamericana y en los precedentes de dicho organismo internacional que se citaron con anterioridad.-

No pasa inadvertido tampoco el señalamiento que efectuara el Sr. Fiscal Gral. en el sentido de que tanto la Gendarmería como el juzgado interviniente pusieron en conocimiento del Consulado de la República de Bolivia la detención de TORRICO BARRIENTOS.-

En efecto, según constancias de fs. 20 y fs. 71 tal circunstancia que se señala es exacta aunque insuficiente en los términos del derecho individual, reconocido por la Corte Interamericana.-

Tal como se vio con anterioridad, la notificación debió ser practicada en forma útil respecto del imputado, extremo que no ocurrió durante todo el proceso, pues constituye un derecho individual a la

información de que el detenido extranjero puede solicitar la asistencia de su consulado. La Corte Interamericana en el apartado 90 sostuvo que la notificación consular está condicionada únicamente a la voluntad del individuo interesado.-

Así en la especie la falta de información imposibilitó que TORRICO BARRIENTOS pudiese, si lo deseaba, solicitar la asistencia consular que solo el nombrado podía pedir, extremo que, por otra parte abre la posibilidad al consulado de brindar el apoyo pedido.-

No puede dejar de considerarse la afirmación del Sr. Fiscal Gral. respecto a la inexistencia de un perjuicio efectivo por la falta de información del derecho a solicitar la asistencia consular. Ello lo asienta en que el consulado de la República de Bolivia estaba anoticiado y a que no se advierte en la causa un estado de indefensión sino que en todo momento fue asistido por la Defensa Pública Oficial de nuestro país.-

Ahora bien, tal como se vio, la Corte Interamericana afirma la naturaleza individual del derecho, y en tal sentido, debe señalarse que sin que medie la voluntad del interesado, la asistencia consular no resulta posible. Por lo tanto adjudicar a la notificación realizada al Estado que envía un efecto saneador de la irregularidad y probatoria de la falta de perjuicio, importaría apartarse de lo afirmado por el organismo internacional en cuanto al carácter individual del derecho en juego y al único condicionamiento que establece, cuál es, la voluntad del individuo interesado. Por lo tanto, sólo el conocimiento del derecho por parte del detenido de la asistencia consular a través de la respectiva notificación puede permitir afirmar que no existe perjuicio por la falta de una efectiva asistencia, extremo liberador que en la especie no aconteció.-

Por lo demás cabe señalar que la comunicación al imputado del derecho a solicitar la asistencia consular, constituye, como ya se dijo, una

garantía mínima que integra el debido proceso legal. Ese es el sentido del voto de la mayoría de la opinión consultiva, y en consecuencia, la sobre exigencia que el Fiscal señala como faltante, no resulta un requisito para la mayoría de la Corte Interamericana.-

Pero si alguna duda quedase ésta se ve despejada por el único voto en minoría. En efecto el Juez Oliver Jackman se aparta de la decisión de la mayoría en la cuestión de que la inobservancia de respetar el derecho a la información consular afecte en forma directa la garantía del debido proceso.-

Para ello sostiene que *“no hay duda de que pueden surgir situaciones en las cuales la omisión de aconsejarle a una persona detenida sus derechos bajo el art. 36. 1. (b) de la Convención pueda tener un efecto adverso -e inclusive determinante- sobre el proceso judicial al que al que pueda estar sujeto dicha persona, con resultados que puedan llevar a una violación al derecho de esa persona a un juicio justo, **donde me veo obligado a diferir con la mayoría es en encontrar que dicha violación es la consecuencia inevitable e invariable de la inobservancia en cuestión**”*.-

Por otra parte el voto concurrente con el de la mayoría del Juez Sergio García Ramírez indica claramente el efecto que produce la violación a la falta de comunicación del derecho a recurrir a la asistencia consular.-

En el referido voto razonado se expresa que *“Si para determinar la necesidad o pertinencia de un derecho en el curso del proceso -con el propósito de determinar si su ejercicio es indispensable o dispensable- se acudiese al examen y a la demostración de sus efectos sobre la sentencia, caso por caso, se incurriría en una peligrosa relativización de los derechos y garantías, que haría retroceder el desarrollo de la justicia penal. Con este concepto sería posible -y además inevitable- someter al mismo examen todos los derechos: habría que ponderar casuísticamente hasta qué punto influyen en una sentencia la falta de defensor, la ignorancia sobre los cargos, la*

detención irregular, la aplicación de torturas, el desconocimiento de los medios procesales de control, y así sucesivamente. La consecuencia sería la destrucción del concepto mismo de debido proceso, con todas las consecuencias que de ello derivarían . . . En tal virtud, el derecho individual que aquí se analiza queda inscrito entre las normas de observancia obligada durante un procedimiento penal. El principio de legalidad penal, aplicable al procedimiento y no sólo al régimen de los tipos y las penas, supone la puntual observancia de esas normas. Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad”.-

Añade el Juez García Ramírez que “Los extranjeros sometidos a procedimiento penal --en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad-- deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia. No basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en pie de igualdad ante la justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia, hace que las garantías procesales se convierten en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusorio”.-

Por último no puede obviarse como conclusión al incumplimiento de informar lo sostenido por el citado Juez García Ramírez en el sentido de que “La ausencia o el desconocimiento de esos derechos destruyen el debido proceso y no pueden ser subsanados con la pretensión de acreditar que a

pesar de no existir garantías de enjuiciamiento debido ha sido justa la sentencia que dicta el tribunal al cabo de un procedimiento penal irregular. Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que "el fin justifica los medios" y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: "la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado"; en otros términos, sólo es posible arribar a una sentencia justa, que acredite la justicia de una sociedad democrática, cuando han sido lícitos los medios (procesales) utilizados para dictarla".-

En definitiva de lo desarrollado cabe hacer lugar a la nulidad planteada, como cuestión preliminar en el debate, por la defensa de TORRICO BARRIENTOS, por violación al art. 36 1 (b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en cuanto no se informó al imputado el derecho a la asistencia consular, afectando en forma directa la garantía de defensa en juicio y el debido proceso legal. Ya que como se dijo la notificación del derecho a la asistencia consular integra las garantías establecidas en el art. 14.1 del P.I.D.C.P. y el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales a su vez forman parte del bloque de constitucionalidad de acuerdo al art. 75 inc. 22 de la C.N..-

Así las cosas, la irregularidad señalada constituye una nulidad de orden general comprendida por el inc. 3 del art. 167 del C.P.P.N., pues no se observaron las disposiciones concernientes a la intervención asistencia y representación del imputado.-

Además como la irregularidad afectó al debido proceso y a la garantía de la defensa en juicio es oponible y declarable en cualquier momento del proceso de acuerdo al art. 168 del C.P.P.N..-

III).- De la ausencia de Requerimiento Fiscal de Instrucción.-

Siguiendo con el orden propuesto, corresponde ahora abordar la otra nulidad articulada por el defensor público y que gira respecto de la ausencia de requerimiento fiscal de instrucción. Para ello se analizará en detalle la intervención del agente fiscal en la tramitación del expediente.-

III. 1).- De las constancias de la causa.-

Las actuaciones se iniciaron el 2/9/2008 momento en el que el imputado fue detenido por personal de Gendarmería en el acceso Sur de la ciudad de la Quiaca momentos en que realizaba un control aduanero-migratorio a los pasajeros del ómnibus de la empresa de transporte “NOAR S.R.L.”.-

De las constancias que obran en la causa en relación a la actividad del Ministerio Público Fiscal, se advierte de fs. 40 vta. que el Secretario del Juzgado deja constancia de haber notificado telefónicamente al empleado Marcelo Burgos -de Fiscalía- de la realización de la declaración indagatoria, entre otras medidas.-

Producida la declaración indagatoria a fs. 41/41 vta., a fs. 64/66 vta. el Juez de Instrucción haciendo mérito del expediente dicta Auto de Procesamiento, a fs. 85 obra notificación al fiscal.-

Por último, a fs. 86 se remiten nuevamente los autos al Fiscal Federal N° 2 a los fines del art. 346 del C.P.P.N., por lo que a fs. 89/90 el Fiscal presenta el requerimiento de elevación a juicio.-

Así, en la presente causa se debe advertir que el Juez instructor al recibir el sumario prevencional emite una serie de actos procesales y selecciona una serie de medidas de pruebas -que posteriormente se cumplen-. Acto seguido, selecciona el hecho que quiere imputar y realiza la declaración

indagatoria, luego procesa al prevenido sin que el representante del Ministerio Público Fiscal haya emitido opinión alguna.-

La primera aparición del agente fiscal la constituye la notificación de fs. 85 en la que se anoticia de lo actuado.-

Finalmente la intervención Fiscal por un acto procesal -que no sea una mera notificación- es la contestación de la vista por la que requiere a fs. 89/90 la remisión a juicio de las actuaciones.-

Debe resaltarse que el órgano requirente no provocó ningún acto que indique una excitación de la jurisdicción, pues no media intervención fiscal en ese sentido con anterioridad a la providencia del Juez de fs. 40 por la que cita a indagatoria sólo existen las presencias fiscales ya reseñadas y en la cronología que se indicó en los párrafos precedentes.-

III. 2).- De la necesaria intervención fiscal.-

La materia a considerar fue tratada y resuelta en forma unánime por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Rioja -del que formo parte como miembro titular- en la causa-“Zalazar Miguel p. s. inf. Ley 23.737- Recurso de Apelación” expte. N° 2-Z-2005- en la que se declaró la inconstitucionalidad parcial del art. 195 del C.P.P.N. en lo relativo a que el inicio de la instrucción pueda hábilmente originarse en un informe o prevención policial -ver registro de sentencias de la secretaría del referido Tribunal.-

Sin perjuicio de reiterar a lo decidido en la causa mencionada corresponde ahora expresar lo que a continuación diré .-

III. 3).- Inicio de la instrucción en el código procesal.-

El Código Procesal Penal de la Nación sancionado en el año 1992 desarrolla un sistema procesal mixto, y con la apariencia de no contener reglas que permitan un procedimiento de oficio. Sin embargo tal como se verá a lo largo de este decisorio, el inicio de la instrucción a través de una información o prevención policial -art. 195 del C.P.P.N.- constituye una excepción al sistema “*ex officio*”. Recuérdese que de la citada norma surge que el requerimiento fiscal de instrucción no resultaría necesario en aquellos casos en que medie una información o prevención policial, pues en estos supuestos la actividad de la policía lo reemplaza tal como lo indica la norma referida al equiparar el efecto jurídico del art. 188 con el art.186 del código de rito.-

Por otra parte, la admisión de la regla del art. 195 fue confirmada por la Cámara Nacional de Casación Penal (ver Sala I- Musimundo S.A.s/Recurso de Casación, causa 703; Sala III- Veisaga José A. s/Recurso de Casación, causa 58; Sala II-Guillén Varela, J W s/Recurso de Casación- causa N° 40).-

Así en dicha jurisprudencia se sostenía que “*es doctrina de esta Cámara aquella que señala la alternatividad de los modos de dar inicio a la instrucción, esto es, de la eficacia que a tal efecto el art. 195 del C.P.P.N. otorga indistintamente al requerimiento fiscal y a la prevención o información policial, fijando para ello la interpretación armónica de dicha norma y de los arts. 180 y 188 del mismo código*”.-

III. 4).- De la reforma Constitucional del año 1994.-

La Asamblea General Constituyente sanciona la reforma Constitucional del año 1994 por la que se incorpora al plexo normativo el Art. 120 que dice “*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 de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la*

República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.-

Con ello los Convencionales Constituyentes quisieron que exista un Ministerio Público Fiscal autónomo e independiente no sólo del Poder Ejecutivo sino también del Poder Judicial, con funciones exclusivas y excluyentes como la de ser el titular de la acción penal pública.-

Dicha reforma, se vio vigorizada por la sanción de la ley 24.946, la que será tratada en el acápite siguiente.-

Consecuentemente el art. 120 de la C.N., y su reglamento de inferior jerarquía pueden o no provocar colisiones en otras normas que por ser anteriores quedan desajustadas con la nueva legislación. Este es el caso del Código Procesal Penal de la Nación, pues su sanción ocurrió años antes de la reforma.-

III. 5).- Análisis de la Ley 24.946.-

A partir de la sanción de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Ley 24.946), Fiscales Generales- entre ellos el Dr. Alberto Losada, Fiscal General ante la Cámara Federal de Córdoba- han hecho hincapié en la revisión de las normas procesales que desdibujan la titularidad de la acción penal por parte del Ministerio Público.-

En este sentido, el Dr. Losada sostiene que la ley 24.946 provocó una derogación tácita de la norma procesal -art. 195 del C.P.P.N.- que establece a la prevención policial como uno de los modos de dar inicio a la instrucción -ver dictamen del 16/9/2004 en “Mutti Osvaldo Eduardo s/presunto uso indebido de documento público y hurto calificado”-.-

Apoya su afirmación en que el art. 1 de la Ley 24.946 refiere en su primer párrafo que *“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”*.-

Igual sentido derogatorio asigna el Sr. Fiscal General de Córdoba al art. 25 inc. “c” de la misma ley, pues al enunciar las funciones del Ministerio Público Fiscal estableció la de *“promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, salvo cuando para intentarla o proseguirla fuere necesario instancia o requerimiento de parte conforme a las leyes penales”*.-

Otro tanto ocurre en la posición del Dr. Losada en relación al art. 40 inc. “a” de la ley referida, pues al fijar los deberes y atribuciones que tendrán en particular los fiscales ante la justicia de primera instancia en lo criminal y correccional estableció la de *“promover la averiguación y enjuiciamiento de los delitos y contravenciones que se cometieren y llegaren a su conocimiento por cualquier medio, velando para que en las causas se respete el debido proceso legal, requiriendo para ello las medidas necesarias ante los jueces o ante cualquier otra autoridad administrativa, salvo en aquellos casos en que por las leyes penales no este permitido obrar de oficio”*.-

III. 6).- El fallo “Quiroga” de la CSJN.-

El criterio interpretativo que sostuvo el Dr. Alberto Losada fue receptado parcialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Quiroga, Edgardo Oscar s/Recurso de Hecho Expte. N° Q. 162-XXXVIII.-

En efecto, si bien en tal precedente se rechazó la derogación tácita de las normas del código de procedimientos que se encuentran en contradicción con la ley de Ministerio Público, paralelamente afirmó el diseño

constitucional de tipo acusatorio para el procedimiento penal, en el que el aforismo “*ne procedat iudex ex officio*” constituye la regla maestra que separa las funciones de juzgar asignándosela a los jueces, mientras que la de promoción y ejercicio de la acción penal son de incumbencia de un órgano distinto e independiente como lo es el Ministerio Público Fiscal.-

En este orden de ideas la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del art. 348 del C.P.P.N., pues entre otros motivos, dijo que dicha norma afecta la garantía de imparcialidad.-

Así con cita a Luigi Ferrajoli, sostuvo que “*la separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como supuesto estructural y lógico de todo lo demás. La garantía de la separación así entendida representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (terzieta) 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 la prueba que pesan sobre la acusación*” (ver Derecho y Razón: Teoría del Galantismo Penal- ed. Trotta, Madrid 1995-páginas 564 y ss.).-

También señaló el alto tribunal de la República que, “*...aún en un contexto normativo limitado a lo que ha dado en llamarse el principio acusatorio formal (...), resulta insostenible que sea el tribunal encargado de controlar la investigación preparatoria el que puede ordenarle al fiscal que acuse. Pues el ejercicio de tal facultad de sustituir al acusador hace que los jueces, en vez de reaccionar en favor de un estímulo externo en favor de la persecución, asuman un compromiso activo a favor de ella. Tal actitud es susceptible de generar dudas en cuanto a la imparcialidad con que debieron haber controlado el procedimiento de instrucción, esto es, permaneciendo ajenos. Cabe recordar que este Tribunal ha reconocido desde siempre que el derecho a ser juzgados por los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (art. 18 C.N.) debe ser entendida como sujeta a la garantía de*

imparcialidad, reconocida como garantía implícita de la forma republicana de gobierno y derivada del principio acusatorio (fallos: 125, 10; 240:160), sin restricción alguna en cuanto al mayor o menor avance de las etapas procesales”. “Desde esta perspectiva, la intervención de la Cámara de Apelaciones ordenando que se produzca la acusación pone en tela de juicio la imparcialidad del tribunal retroactivamente, y que ese mismo tribunal ya no intervenga más no basta para tranquilizar la consciencia, pues dicha intervención ya es suficiente para generar la sospecha de que, en algún momento, durante la etapa procesal que debió controlar manteniéndose desinteresado, abandonó la posición de tercero ajeno al conflicto y se inclinó indebidamente a favor de la acusación”.-

A ello debe añadirse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación al señalar las diferencias que incumben al juez y al fiscal sostuvo que la intervención en el proceso es a partir de posiciones procesales diversas, ya que el ejercicio de la misión que a cada uno de ellos le compete se excluye recíprocamente: ni el juez puede acusar ni el Fiscal puede juzgar. Una separación menos tajante significaría que durante la instrucción el imputado debería defenderse no solo de quien lo acusa sino de quien decide y de quien debería poder esperar independencia de criterio.-

Asimismo el máximo tribunal puntualizó que “no puede haber ninguna duda en cuanto a que la introducción del art. 120 de la C.N. señala, en este aspecto, una modificación del paradigma procesal penal vigente hasta el momento. En efecto, al establecer la independencia funcional de dicho organismo indica una clara decisión en favor de la implementación de un sistema procesal en el que ha de existir una separación mucho más estricta de las funciones de acusar y juzgar. . Desde este punto de vista, una regla procesal como la del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, que implica la potestad de acusar en cabeza de la Cámara de Apelaciones se torna insostenible”.-

III. 7).- Afectación de la garantía de imparcialidad.-

Sentado lo precedente corresponde puntualizar que en los supuestos de iniciación de la instrucción sin que medie requerimiento de instrucción fiscal, la exigencia del art. 298 del C.P.P.N. de la necesaria intimación de la imputación, obliga al juez a efectuar una actividad de neto corte inquisitivo violatorio del principio “*ne procedat iudex ex officio*” y en consecuencia, del de la “*imparcialidad*”.-

En efecto, el juez al carecer de requerimiento de instrucción fiscal deberá realizar por sí mismo la selección del hecho con potencialidad delictiva que observe en la prevención policial.-

Dicha actividad no difiere de la que efectúa el órgano requirente cuando la iniciación del proceso se efectúa por una denuncia.-

Es decir que en los supuestos de iniciación de la instrucción por prevención policial es el juez y no el fiscal el que fija el objeto procesal, pues la imputación o posibilidad delictiva debe ser desarrollada por el órgano de decisión para satisfacer la exigencia del art. 298 del C.P.P.N.-

Indudablemente que resultaría insatisfactorio a la luz del artículo referido remitirse al sumario prevencional para cumplir con la exigencia de la intimación, ya que ésta debe ser oportuna, expresa, concreta, integral, clara y precisa.-

Tales requisitos determinan la realización de la actividad requirente que va más allá de la de extractar un hecho contenido en la prevención policial, pues se exige la selección cuidadosa del suceso estableciendo los accidentes y circunstancias comisivas.-

Así las cosas, la actividad de selección del objeto procesal viola la regla de no proceder de oficio y conlleva la posibilidad de la pérdida de la imparcialidad, pues el juez asumió el rol de establecer la imputación sobre la cual debe, oportunamente, decidir su mérito.-

En tal sentido, la posibilidad que acuerda el art. 195 del C.P.P.N. de iniciar la instrucción por una prevención o información policial coloca en cabeza del órgano encargado de juzgar, las funciones de formular la pretensión penal al desarrollar la intimación, y posteriormente la de juzgar acerca de su procedencia, provocando, de esa manera, una afectación objetiva a la garantía de imparcialidad.-

Por eso nunca debe de ser olvidado el viejo brocardo español: *“quien tiene al Juez como fiscal, necesita a Dios como defensor”*

III. 8).- De la importancia jurídica del requerimiento de instrucción.-

Sentado lo precedente, es decir, la necesaria separación de las funciones de acusar y juzgar en funcionarios diversos a fin de satisfacer la garantía de la existencia de un tribunal imparcial; cabe establecer, con anterioridad a considerar como impacta en el art. 195 del C.P.P.N., el art. 120 de la C.N. y el fallo de la Corte que se trajo en auxilio, la importancia jurídica del requerimiento fiscal de instrucción.-

En este sentido debe señalarse, con la ayuda teórica de Claría Olmedo, que el elemento esencial del requerimiento fiscal de instrucción es la relación de hecho que se imputa. Ello consiste en la exposición del núcleo de la conducta que se considera criminosa con todas las circunstancias de lugar, tiempo y modo de ejecución que se conocieren (ver Claría Olmedo –Derecho Procesal Penal- T. IV- Pág. 458 y ss. Ed. Ediar- Bs.As. 1966).-

Por lo tanto se ha dicho que a través de tal acto el agente fiscal propone el objeto de la investigación preliminar al juez.-

A su vez ese objeto procesal así introducido, no podrá ser modificado o sustituido sino mediante una ampliación o modificación del requerimiento fiscal de instrucción, pues de lo contrario no sólo se abrirá la posibilidad de proceder “ex officio” sino que se vulnerará el principio de congruencia.-

En consecuencia, la requisitoria fiscal determina que la investigación se circunscribe al núcleo fáctico del elemento objetivo de la imputación contenido en dicho acto.-

Ahora bien, la posibilidad delictiva que se traduce en el proceso bajo la forma de imputación no cumple su finalidad con su mera existencia objetiva en el proceso, sino que requiere que se ponga en conocimiento indudable del imputado. Al decir de Claría Olmedo, la garantía de la defensa en juicio exige que la imputación se subjetivice enteramente, es decir, se la haga saber al sindicado *“Compenetrándolo a éste de todo su contenido y valor, para que pueda contradecirla, destruirla o atenuarla eficazmente”*, es decir, contestarla (ver obra citada).-

Añade el procesalista cordobés que *“intimar significa actividad judicial dirigida a compenetrar al imputado de toda la extensión del hecho a él atribuido, en forma de que el mismo juez adquiera la seguridad sobre la cabal comprensión por parte de aquél del contenido de la acusación. No es, por lo tanto, una mera formalidad o una simple notificación. Es el medio de comunicación más idóneo e indispensable para el efectivo ejercicio de la defensa material”*.-

Lo expuesto es el desarrollo de lo establecido como formalidades previas de la indagatoria en el art. 298 del C.P.P.N. Repárese que allí se fija la

obligación al juez de informar detalladamente al imputado cual es el hecho que se le atribuye.-

III. 9).- Insuficiencia de la “prevención o información policial” para establecer el objeto de la instrucción.-

A lo dicho precedentemente, debo agregar que la prevención policial -reglada en el art. 186 del C.P.P.N.- no cumple con los requisitos de una acusación válida, toda vez que la regla procesal exige sólo dejar constancias del lugar y fecha en que fueron iniciadas -inc. 1º-, las personas que intervinieron -inc. 2º- y de los actos realizados -inc. 3º-.-

Por lo tanto es claro que debido a lo establecido en el art.186 del C.P.P.N. se deja en manos del Juez Instructor la individualización del hecho, la elección de las medidas tendientes a averiguar lo prejuzgado por aquel en relación a lo que se debe imputar.-

Resulta obvio que existe una diferencia significativa con lo previsto en el art. 188 del C.P.P.N., pues esta norma ordena al Ministerio Público Fiscal que al momento de requerir el inicio de la instrucción individualice al imputado -inc. 1º-, relación circunstanciada del hecho -inc. 2º-, y las diligencias que estime necesarias -inc. 3º-, es decir, que tal acto permite cumplir una intimación que reúna, entre otros, los requisitos de ser expresa, concreta, clara y precisa tal como ya se dijo.-

Allí existe una verdadera actividad acusatoria que resguarda al juzgador de incurrir en parcialidad, en primer lugar, al no tener que someter el sumario prevencional a su raciocinio para poder individualizar la conducta que será posteriormente juzgada y en segundo lugar, dejando en manos del acusador la selección de medios de prueba que lleven a averiguar la verdad.-

III. 10).- Análisis detallado del inicio del proceso en relación a los posibles hechos a imputar.-

De las constancias de la causa, surge que el Juez de Instrucción, efectuó el acto interno de establecer el contenido de un requerimiento de instrucción. Es decir, el *a quo* leyó las actuaciones de la prevención, estableció un suceso con potencialidad delictiva, e imputó el mismo en la declaración indagatoria de fs. 41 sin que el Fiscal haya realizado actividad acusatoria alguna.-

Indudablemente en la cuestión de autos el Juez se sintió libre para seleccionar el objeto procesal de las constancias del sumario de prevención, es decir, asumió funciones requirentes al escoger el hecho histórico que consideró adecuado atribuirle al imputado en la oportunidad de prestar declaración indagatoria.-

Se advierte que existió por lo menos una actividad de selección de neto corte requirente, pues mientras que el Juez vio en el sumario prevencional un hecho que permitió una calificación correspondiente al delito del art. 116, 117 y 121 de la ley 25871, el agente fiscal observó en el sumario prevencional un suceso que indicaba una figura delictiva distinta a la anterior y que difiere en circunstancias fácticas significativas –confrontar calificación del auto de procesamiento de fs. 2 del incidente de excarcelación –calificación del juez- con la calificación del fiscal de fs. 3 en el mismo incidente.-

Es que el acto de selección del hecho resulta por si mismo una clara actividad requirente o acusadora, es decir, el Juez al efectivizar la imputación precisa en dicha operación intelectual la “relación circunstanciada del hecho” - art. 188 párrafo 3ro inc. 2- que posteriormente constituye el objeto de la instrucción, a pesar de que no surge expresamente del sumario de prevención.-

En este orden de ideas debe señalarse que tal como se vio, el sumario prevencional solamente recolecta la actividad desplegada por la prevención -procedimiento realizado-, nada más que eso y por lo tanto el Juez de la investigación debe asumir el rol requirente o acusador al establecer en la indagatoria el objeto de la investigación.-

Así la selección del hecho imputado convierte al Juez de instrucción en Fiscal violentando el paradigma procesal acusatorio que introduce la constitución reformada en el año 1994.-

También debe señalarse para aquellos que defienden la vigencia del art. 195, es decir, del permiso que establece dicha norma en cuanto a que autoriza al inicio de la instrucción por una información o prevención policial, que tal dispensa a la ortodoxia viola la estructura del sistema de no proceder de oficio, pues, como se vio, en el presente caso, determina que el Juez realice una actividad requirente debido a que la información o prevención policial no suple un requerimiento fiscal de instrucción.-

En este orden de ideas debe señalarse que la dispensa que otorga el art. 195 ya referida, provoca en el magistrado de la instrucción un compromiso objetivo activo a favor de la persecución, tal como se vio, en vez de reaccionar ante un estímulo externo que reúne los requisitos que se indicaron. Tal actitud, al decir de la Corte Suprema puede generar dudas en cuanto a la imparcialidad objetiva con que se actuó en el inicio de la instrucción, esto es, por no haber permanecido ajeno.-

III. 11).- De la línea argumental del Fiscal General e inconstitucionalidad del art. 195 del C.P.P.N..-

Lo hasta aquí expuesto bastaría para acceder a la pretensión nulificante de la defensa, pero también cabe añadir que la línea argumental

que el representante del Ministerio Público despliega no resulta superadora de las razones que ya se brindaron.-

En efecto la afirmación reiteradamente sostenida por el Ministerio Público Fiscal de que el Código de Procedimiento Penal de la Nación no ha sido reformado, y en consecuencia rige un sistema de procedimiento penal mixto debe ser desatendida, pues el paradigma procesal que surge del art. 120 de la C.N. -por la reforma del año 1994- lo contradice. Ello por cuanto la norma constitucional otorga al Ministerio Público Fiscal el rol absoluto de promover y ejercer la acción penal. También lo expuesto contrapone la jurisprudencia que, paradójicamente, invoca el agente fiscal y que vacía de contenido la función que la Constitución y la Ley Orgánica le asignan a ese órgano extra poder.-

Sobre el punto debe señalarse que los nuevos precedentes de la Cámara Nacional de Casación Penal no sólo recogen la significación del art. 120 de Constitución Nacional y su impacto en el ordenamiento jurídico, sino también la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ver in re Quiroga, Edgardo Oscar s/Recurso de Hecho, Expte. N° q. 162 XXXVIII ya comentado.-

Así cabe traer a colación que en el Expte. N° 5760 la Sala III in re “Mamaní, Juan de Dios y Chiesa, Alejandro Jorge Ernesto s/Recurso de Casación” registro N° 1075/07 declaro la nulidad de todo lo actuado por falta de intervención del Ministerio Público.-

En dicho fallo la mayoría integrada por los Dres. Angela Ester Ledesma y W. Gustavo Mitchell refirió que “ *se advierte claramente la ausencia del órgano acusador en numerosos actos esenciales de la causa –no solo en lo atinente al requerimiento de instrucción (art. 188 del C.P.P.N.), sino también en el impulso y contralor constante de la sustanciación del proceso-, cuya directa intervención se impone indefectiblemente en cualquier*

estado de derecho.- Aceptar que se puede investigar de oficio significa prescindir de una interpretación armónica de los preceptos del Código coherente con el sistema y, sobre todo, con el principio acusatorio”, en tanto “se ha eliminado una de las formas más odiosas del sistema del sistema inquisitivo, consistente en la posibilidad de avocamiento –iniciación de oficio- sin necesidad de que el juez sea requerido por otra persona u órgano (D’Albora, Francisco1.; Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado; Tomo 1, 7ª. Edición, Ed. Lexis Nexos – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, con cita de la CSJN Fallos 308:1118, pag. 337).- Cabe recordar que “(el) marco regulatorio previsto a

partir del art. 180 del rito y muy especialmente el art. 188 del digesto, le imponen al representante del Ministerio Público Fiscal la formulación del pertinente requerimiento de instrucción. Dentro del diseño del sistema judicial instituido por nuestro código que garantiza los principios ‘ne procedat iudex ex officio’ y ‘nemo iudex sine actore’, ante la noticia de un evento criminoso perseguible de oficio...deberá la fiscalía formular requerimiento con invocación de los datos individuales que posea del o los imputados, una relación circunstanciada del hecho y la proposición de diligencias pertinentes. El incumplimiento de lo prescripto por los arts. 180, 188 y 195 del C.P.P.N. aparece afectando los principios constitucionales de inviolabilidad de la defensa en juicio y del debido proceso (art. 18 y sus correlativos de los pactos internacionales previstos en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).- De la citada normativa surge el imperativo

constitucional de que los jueces no pueden iniciar los procesos penales de oficio –sino que es necesaria la previa excitación por un órgano ajeno a aquellos, misión que corresponde al Ministerio Público por un mandato superior (art. 120 de la C.N.) ...”(C.N.C.P., Sala III, causa nro. 1601, “Campano, Eduardo s/rec. de casación”, rta. 28/12/98, reg. Nro. 595/98.-

Entiendo además que, la falta de intervención del acusador penal público no se encuentra saneada, en este caso, por el hecho de que haya formalizado requerimiento de elevación a juicio, ya que lo que se trata es de resguardar la prohibición de actuación oficiosa del órgano jurisdiccional en la

disposición de cualquier medida que pueda afectar los derechos individuales-privacidad e intimidad-(arts. 18,19 y 75 inc. 22 de la C.N.), sin impulso fiscal.-

En consecuencia, se advierte un vicio esencial en lo actuado, que por sí invalida las decisiones adoptadas por el magistrado instructor al omitir la intervención necesaria del Ministerio Público Fiscal (arts. 167 inc. 2° y 168 del C.P.P.N.), como presupuesto de las medidas coercitivas adoptadas, conforme la función que cumple. Este rol fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Q. 162.XXXVIII. “Quiroga, Edgardo Oscar s/causa Nro. 4302”, resuelta el 23/12/04.-

En el contexto repasado, se impone concluir que la causa ha transitado desde los albores, un camino de incuestionable ilegalidad, en contravención directa a los principios rectores de orden superior ya vistos, que amerita la anulación de todo lo actuado y la absolución de los nombrados Mamaní y Chiesa, en relación a los hechos ventilados en la causa (arts. 18, 19, 75 inc.22, 116, 117 y 120 de la C.N.; 123, 167 inc. 2°, 172, 180, 188, 195 y 404 inc. 2° del C.P.P.N....” (ver “Mamaní, Juan de Dios y Chiesa Alejandro Jorge Ernesto s/Recurso de Casación, ya citado).-

Por lo demás no puede dejar de mencionarse que Claría Olmedo sostuvo que “se ha estimado demasiado ortodoxa la necesidad de imponer en todos los casos la requisitoria del órgano de la acusación, sin ningún beneficio práctico para la administración de justicia”.-

Paralelamente y con mayor sinceridad Velez Mariconde afirma que “la promoción por información o prevención policial no será del todo ortodoxa, pues el proceso puede comenzar sin una acusación...”

Mas allá de que Velez Mariconde no encuentra para la garantía de la defensa en juicio un reparo constitucional a la iniciación de la instrucción por una información o prevención policial, la cuestión es que ambos autores no le reconocen ortodoxia en cuanto a satisfacer la naturaleza del sistema de no

proceder de oficio, si no más bien constituye una excepción a la regla del código.-

Por lo demás resulta indiferente a éste decisorio establecer el porcentaje de cuán ortodoxo es exigir el inicio de la instrucción por un requerimiento fiscal -al decir de Clariá Olmedo-, o qué poco ortodoxo es permitir el comienzo de la instrucción por una prevención policial -en palabras de Velez Mariconde-.-

Sin embargo resulta por demás útil medir si el inicio de la instrucción por una prevención o información policial provoca el corrimiento del juez de instrucción al desempeño de funciones que le están vedadas de acuerdo con el paradigma procesal introducido por la reforma constitucional del año 1994 y afirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Quiroga”.-

También ese es el sentido del dictamen el Sr. Procurador General de la Nación en la causa “Quiroga”, pues señaló *“que la cuestión de fondo que verdaderamente se halla en debate, relativa a la vigencia del art. 348 del Código Procesal Penal, trasciende el marco de la causa para proyectarse sobre la buena marcha de la administración de justicia, pues descansa en el conflicto suscitado entre el Ministerio Fiscal y el Poder Judicial en torno al modo en que se ha de entender delimitadas sus funciones, luego de la reforma de la Constitución Nacional y la Sanción de la ley 24.946 en un aspecto crucial para la válida tramitación del juicio previo que es, a su vez, condición constitucional para la aplicación de la ley penal”*.-

Así, lo que el Procurador General de la Nación evidencia en la causa “Quiroga” es en qué sujeto procesal –juez o fiscal- le corresponde validamente decidir el cierre de la instrucción y el pase a la etapa plenaria.-

Es en ese sentido que cobra riqueza la decisión de “Quiroga” pues en función del paradigma procesal acusatorio que afirma, le da la función a uno que le resta al otro, y ello, en consonancia con la custodia del principio de la necesaria existencia de un Tribunal imparcial.-

Así “Quiroga” marca el norte para desentrañar la viabilidad constitucional del art. 195 igual que como se efectuó con el art. 348 del C.P.P.N.-

De lo hasta aquí desarrollado se puede ir concluyendo que la sola circunstancia de que la reforma constitucional es posterior al Código Procesal Penal de la Nación, obliga a que se establezca y remuevan aquellas disposiciones que contradigan el paradigma procesal acusatorio que la nueva constitución encausa prioritariamente, entre otras normas, en el art. 120, y también aquellas que contradigan la necesidad de la existencia de un Tribunal imparcial art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 22 inc. 22 de la C.N., y art. 18 y 1 de la C.N. en el sentido indicado por la Corte in re “Quiroga”.-

Así, afirmar que el art. 195 del C.P.P.N. está vigente constituye una descripción acertada y una condición necesaria que permite luego efectuar un juicio de constitucionalidad, es decir, establecer si dicha norma no contradice al art. 120 de la C.N., así como a las normas integrantes del bloque de constitucionalidad referidas anteriormente.-

Ahora bien, tal como se señaló la información o prevención policial en si mismas no son actos con contenidos, desarrollos y alcances similares a los del requerimiento fiscal de instrucción y sólo constituye una información que permite la elaboración de un acto requirente y con posterioridad un juicio de admisibilidad.-

Así la falta de intervención del agente fiscal como órgano acusador coloca al juez en la posición de tener que formular en su cabeza, con los datos suministrados por la información o prevención policial, un acto requirente que a su vez, luego admite o rechaza. En este sentido el 195 del C.P.P.N. provoca que el Juez pierda la imparcialidad objetiva de su intervención en el proceso generando de esa forma una afectación a los arts. 18 y 1 de la C.N. y 8.1 de la Convención Americana y 14.1 del P.I.D.C.P. introducidos por el art. 75 inc. 22 de la C.N.-

Ello ocurre en los supuestos que otorga una orden de allanamiento sin requerimiento fiscal de instrucción o bien cuando intima en la indagatoria el hecho con potencialidad delictiva al imputado en las mismas condiciones de ausencia de un acto requirente del fiscal.

Por lo demás, el art. 120 de la C.N. también es afectado en forma directa por el art. 195 del C.P.P.N., ya que aquél adjudica al Ministerio Público la función de promover la actuación de la justicia.-

Ese diseño constitucional especificado y desarrollado en la Ley N° 24.946 del Ministerio Público Fiscal, tal como se señaló con anterioridad, colisiona con el modelo del art. 195 del C.P.P.N., que por ser anterior no pudo prever lo que establecería la reforma a nuestra Carta Magna del año 1.994. En este sentido, la norma constitucional reglamentada por la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal pone en cabeza de los funcionarios de éste órgano extra poder la función de promoción y ejercicio de la acción pública en las causas criminales y correccionales, lo que, como se dijo, contradice e impide la iniciación de la instrucción con una información o prevención policial con la única limitación de los supuestos de la necesidad de instancia de parte.-

Consecuentemente corresponde reconocer la supremacía del diseño previsto en el art. 120 de la C.N. y de la Ley N° 24.946 reglamentaria de

aquél, respecto del sistema previsto en el art. 195 del C.P.P.N.. (iniciación de la instrucción sin requerimiento fiscal).-

Evidenciada la contradicción referida la única posibilidad de salvar el antagonismo es remover la norma en el caso concreto con la declaración de inconstitucionalidad.-

Asimismo debe señalarse que tal decisión no se apoya en un pedido expreso de parte, sino en la obligación de los tribunales de justicia “*de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición a ellas*” –ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que se recepta el control de constitucionalidad de oficio in re Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra- Recurso de Hecho- Expte. B.1160-XXXVI.-.....”.-

IV.- De la nulidad de lo actuado.-

Sentado lo precedente corresponde disponer la nulidad de la declaración indagatoria, pues se advierte un vicio esencial que invalida las decisiones adoptadas por el Magistrado Instructor interviniente al prescindir de la intervención necesaria del Ministerio Público Fiscal, art. 167 inc. 2 y 168 del C.P.P.N., ello en consonancia con la inconstitucionalidad del art. 195 del C.P.P.N. en lo que atañe al inicio de la instrucción por prevención policial y sin el pertinente requerimiento fiscal debido a la afectación que produce a los arts. 18, 75 inc. 22 y 120 de la C.N.; conforme 167 inc. 2º, 168, 172, 188 del C.P.P.N..-

En igual sentido dicho acto de defensa material resulta nulo por no haberse hecho saber a TORRICO BARRIENTOS del derecho a solicitar la asistencia consular, afectando el derecho de defensa y el debido proceso legal

en los términos de los arts. 167 inc. 3, art. 168 del C.P.P.N., 18, 75 inc. 22 de la C.N., art. 36.1.b de la C.V.A.C., art. 8.1 Convención Americana de DDHH y art. 14.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.-

No puede dejar de mencionarse que la solución a la que se arriba en lo tocante a la falta de requerimiento fiscal, resulta coincidente con el voto en minoría de la Dra. Marta L. Snopek en la causa N° 104/07 caratulada “PURO CARTAGENA, Melvin s/ contrabando de estupefacientes” del registro de éste Tribunal.-.-

Ahora bien, declarada la nulidad no corresponde disponer el reenvío de la causa para que se reinstruya, en efecto, siguiendo a Alejandro Carrió, cabe señalar que *una vez que ha comenzado la audiencia de debate y si se le ha leído al imputado el instrumento por el que se lo llevó a juicio, considero que cualquier nulidad posterior que el mismo Tribunal de juicio u órgano de revisión declarara, sin culpa del imputado y que implicase retrogradar su situación por lo menos a la existente al momento de iniciarse el juicio, tendrá efecto de someterlo a una nueva exposición por un mismo hecho* (ver Carrió Alejandro - Garantías Constitucionales en el proceso penal pag. 628, Ed. Hamurabi Bs. As. 2008).-

En éste sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo en la causa N° 5742 “Recurso de hecho, Kang Yong Soo” que el *non bis in idem* “no solo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho sino también “la exposición al riesgo de que ello ocurra” (Fallos 314:377; 319:43; 320:374; 321:1173, disidencia de los jueces Petracchi y Bosert, 321:2826, entre otros)”

En consecuencia de ello Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en mayoría dijo “*censuraré toda posibilidad de retrogradación de los procedimientos por vía de un recurso articulado por la acusación contra la sentencia absolutoria que obedeció exclusivamente a errores del Estado, por*

entender precluidas en favor del imputado, ajeno a dicha frustración, la totalidad de las etapas que transitó el juicio” -voto del Dr. Juan C. Rodríguez Basavilbaso.-

En el mismo pronunciamiento la Dra. Liliana Catucci citando al fallo "Polak" de la C.S.J.N. (Fallos 321:2896) transcribe “*El principio del non bis in idem no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho*”. . . “*Una interpretación amplia de la garantía contra el múltiple juzgamiento conduce no sólo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo delito, sino que lleva a la prohibición de un segundo proceso por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido, y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado*”. . . “*El Estado no tiene derecho a un nuevo juicio cuando es él quien origina esos errores, porque la situación se equipara al supuesto en que ha fallado al presentar el caso*”.-

Sentado ello la violación al debido proceso legal, determina la absolución de TORRICO BARRIENTOS, pues la nulidad declarada impide la continuidad de la persecución penal.-

Tal es mi voto.-

A su turno, el Doctor René Vicente Casas dice: Planteo la defensa de Peter Raúl Torrico Barrientos la nulidad respecto de: 1) Falta de notificación al prevenido de su derecho de asistencia consular. 2) Falta de promoción de la acción penal.-

Comunicación al Consulado: A) Producida la detención del encartado en fecha 2.9.2008. A fojas 20, en la misma fecha 2.9.2008, la prevención ha comunicado al Señor Cónsul de Bolivia en La Quiaca, respecto de la situación procesal de Torrico Barrientos. En tal sentido la obligación que

surge para el Estado Argentino ha sido cumplida el mismo día de la detención del encartado. En oportunidad de la declaración indagatoria (fojas 41), el Señor Juez Federal dice: “QUE EN SU CONTRA OBRAN LAS SIGUIENTES PRUEBAS: . . . LAS DEMÁS CONSTANCIAS OBRANTES EN AUTOS DE LAS QUE TOMA LECTURA Y CONOCIMIENTO EN ESTE ACTO”.

Comunicación al imputado: B) A fojas 45 obra ampliación de declaración indagatoria, donde dice: SE LE RECUERDA AL COMPARECIENTE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN SU CONTRA, DE LAS QUE TOMA LECTURA Y CONOCIMIENTO NUEVAMENTE. Es decir que ha tomado conocimiento de las constancias obrantes en autos hasta ese momento, entre ellas lo actuado a fojas 20 que es la comunicación cumpliendo el Estado Argentino el deber de asistencia consular, con lo que a partir de allí se infiere respecto de Torrico Barrientos, tiene conocimiento sobre el derecho de asistencia consular establecido en el artículo 36 de la Convención de Viena.-

Con lo manifestado arriba a la conclusión que el Estado Argentino cumplió acertadamente en autos su obligación asumida en la Convención de Viena. No obstante ello parece oportuno referirnos a algunos aspectos que hacen a la causa, considero manifestarlos en este momento; así observo: Torrico Barrientos ha tenido abogado defensor a lo largo de la causa, así lo manifiesta en su declaración de fojas 45 cuando dice: “Que hará uso del derecho a negarse a declarar”; decisión que toma luego de entrevistarse con su abogado defensor. No surge en autos que de esa entrevista, ni del asesoramiento brindado a lo largo de la causa, la defensa en cualquiera de sus instancias, haya conversado con el imputado respecto de como ejercer el derecho de asistencia consular. No olvidemos que al ser Defensa Oficial, es una expresión del Estado Argentino. Tampoco surge que el Consulado de Bolivia en Argentina –en la especie de la Ciudad de La Quiaca–, o de Jujuy, que se encontraba notificado conforme surge de fojas 20, 70 y 71 haya

realizado gestión alguna respecto de un súbdito boliviano, convirtiendo el artículo de la Convención de Viena, y en ambos casos un formalismo cumplido en autos. No olvidemos que al ser Consulado de Bolivia, es una expresión del Estado Boliviano.-

Se recuerda que el artículo 36 de la Convención de Viena garantiza a: 1) Los funcionarios consulares para comunicarse libremente con los nacionales. 2) Si el interesado lo solicita –en el caso Peter Raúl Torrico Barrientos–, informar a la oficina consular respecto de la situación procesal. 3) Derecho a la visita por parte de las autoridades consulares de la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva.-

Frente a los derechos asegurados por el artículo 36 de la Convención de Viena; se acredita que la prevención comunico a las autoridades de Bolivia la situación de Torrico Barrientos, y que la instrucción informo al nombrado respecto del derecho de asistencia consular que le asiste según así surge de las actas de indagatoria de fojas 41 y 45.-

Me permito hacer notar que en este sentido la Defensa no acredita aún en autos el cumplimiento del deber y atribución que surge del artículo 51, inciso II), de la ley 24946 orgánica del Ministerio Público, cuando le asigna la función de: **COORDINAR LAS ACTIVIDADES DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA Y EJERCER SU REPRESENTACIÓN CON LAS DIVERSAS AUTORIDADES NACIONALES, PROVINCIALES Y MUNICIPALES –CUANDO SEA DEL CASO–, ESPECIALMENTE CON LAS QUE CUMPLAN FUNCIONES DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL Y POLICÍA JUDICIAL. IGUALMENTE CON LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES.** Toda vez que el Ministerio Público de la Defensa es una expresión del estado argentino.-

Saludable resulta referirnos a un aspecto que surge de la causa; en lo atinente a fojas 22/24, fojas en las que se acreditaría que Peter Raúl Torrico

Barrientos, tendría un proceso abierto en su país Bolivia, situación esta que surgiría de fojas 24 cuando dice: “CONFORME A NORMAS ESTABLECIDAS SE PROCEDE A LA APERTURA DEL PRESENTE CASO, SEGUIDO DE OFICIO EN CONTRA DE RAÚL PETER TORRICO BARRIENTOS, POR EL DELITO DE TRATA, QUE EL DÍA SÁBADO SALIERON A UNA CAMINATA TRES ADOLESCENTES. , EN CUYO ÍTERIN FUERON INTERCEPTADAS Y RECLUTADAS POR EL SEÑOR PETER TORRICO BARRIENTOS, QUIÉN LAS HABRÍA TRASLADADO CON ENGAÑOS, A LA CIUDAD DE TARIJA, CON LA INTENCIÓN DE TRASLADARLAS POSTERIORMENTE, A LA REPÚBLICA ARGENTINA, CON EL FIN DE EXPLOTARLAS LABORALMENTE, APROVECHANDO DE SU MINORÍA DE EDAD, DEBIENDO INVESTIGARSE CONFORME A LEY”.-

Probablemente esta sea la razón por la cual el encartado no ha expresado su deseo de comunicarse con las autoridades consulares de su país, observando el suscripto que a lo largo de la causa, por parte de la instrucción ni de Fiscalía, se haya realizado comunicación ni pedido de informe alguno, respecto de lo informado por la Fuerza Especial de Lucha contra el Crimen, de la República de Bolivia, no obrando en autos pedido de captura en contra de Peter Raúl Torrico Barrientos, por aquellos supuestos delitos.-

Entiendo que la razón de ser de los tratados internacionales –en la especie la Convención de Viena–, como el valor jurídico establecido por el artículo 75 inciso 22 de la CN, constituyen garantías para ser ejercidas, no para ser convertidas en meros formalismos de notificación al imputado, y comunicación a la delegación consular; y si esos requisitos no han sido cumplidos –que no es caso presente-- sin que los derechos hayan sido ejercidos, fulminar el proceso con nulidades, con la gravedad institucional que ello significa. De modo que aún notificado y comunicado, el interés debe ser efectivamente ejercido; creemos que a ello apunta el derecho internacional,

que en el caso de varios tratados han tenido el reconocimiento constitucional que referimos.-

Por los fundamentos expuestos y en la serenidad de haber arribado a la conclusión que el estado argentino cumplió en autos los compromisos internacionales asumidos, en el sentido de notificar al imputado su derecho de asistencia consular, como de comunicar a la representación consular de la República de Bolivia, respecto de la situación procesal de Peter Raúl Torrico Barrientos, voto rechazando la nulidad articulada por la Defensa Oficial.-

Falta de promoción de la acción penal: Planteo la nulidad con fundamento en la falta de intervención del Ministerio Público Fiscal, argumentando que las actuaciones carecen de requerimiento de instrucción, e invocando la norma del artículo 168 del CPPN.-

Frente al planteo de nulidad considero que la misma no puede prosperar, y una vez más me permito remitir al voto emitido por el Señor Juez de la Excelentísima Cámara Federal de Casación Penal, Doctor Raúl Madueño, en la causa MAMANI, Juan de Dios y Chiesa, Alejandro Jorge Ernesto s/Recurso de Casación - Sala III . Causa N° 5760 - Registro N° 1075/07, que siguiendo el criterio in re De Luca, Juan Carlos y otros si recurso de casación” (causa N° 7764, reg. N° 10.528, de fecha 31/5/2007, del registro de la Sala I de la Cámara de Casación), dijo: “Que el ejercicio de la acción que ha conferido el legislador no es absoluto, ya que al tratarse de un sistema acusatorio mixto, en el caso de la iniciación de las actuaciones por prevención policial, no es obligatorio el requerimiento fiscal; por ello comunicado un hecho al juez por parte de la prevención queda promovida la acción penal automáticamente”.

“En este orden de ideas cabe rescatar que la intervención del órgano requirente es una exigencia dogmática ineludible del principio constitucional que consagra la inviolabilidad de la defensa (artículo 18 C.N.), que impone

que el juicio penal deba tener por base una acusación correcta y convenientemente intimada, sin la cual el imputado no podrá defenderse adecuadamente, y siendo realmente importante que la jurisdicción no se ejerza de oficio, por iniciativa de un magistrado”.-

“El fundamento de la necesidad de la existencia del requerimiento de instrucción, se vincula exclusivamente a la imposibilidad que el magistrado actúe de oficio, por ello el poder impulsor inicial corresponde al Ministerio Público Fiscal, **como a la autoridad policial cuando remite al juez de instrucción, el sumario de prevención o cuando le informa sobre la existencia de un hecho delictuoso**”. Lo resaltado es actual.-

“La Cámara de Casación Penal ha dicho en reiteradas oportunidades que de un correcto análisis de los artículos 186, 188 y 195 del Código Procesal de la Nación, surge que los únicos modos posibles de provocar el avocamiento instructor en forma directa en los casos de delitos de acción pública son mediante el requerimiento de instrucción formulado al juez, y la actividad informativa de la policía, por medio de la comunicación o información dirigida al juez inmediatamente de tomar conocimiento de un hecho, o al remitirle la prevención policial practicada (cfr. Sala I “Musimundo S.A. s/recurso de casación”, registro N° 962 resuelta 12/3/96; Sala II “Avila, Blanca Noemí s/recurso de casación”, registro N° 58, resuelta el 18/11/93; “Batalla, Jorge Alberto s/recurso de casación”, registro N° 262 resuelta el 28/9/94; Sala III “Romero Saucedo, Carlos s/recurso de casación”, registro N° 27/95, resuelta el 3/3/95; “Spikerman, Oscar A. s/recurso de casación”, registro N° 227/96, resuelta el 16/8/96; “Rodríguez, Andrés o Maresco, Román o Salemi, Daniel Marcial s/recurso de casación”, registro N° 402/97, resuelta el 22/9/97; Sala IV “Roitman” ya citada, “Osco Hilachoque, José M. s/recurso de casación”, registro N° 831, resuelta el 19/5/97, entre otras muchas)”.

“En lo que atañe al artículo 188 del digesto ritual, cabe referir que fue redactado de modo diferente en el proyecto original, y que fue producto de la sustitución del texto artículo 180 incorporado con sustento en el informe formulado por el Ministerio de Justicia, y ello debido a la necesidad de adaptar las facultades investigativas del ministerio público fiscal (artículos 196 y 209), pero sin cercenar las facultades que el codificador puso en cabeza de la policía y fuerzas de seguridad, dejando incólume el artículo 182 y 183 del mismo ordenamiento legal, que atribuye a los preventores el deber de avocarse de oficio a la investigación, asimismo tampoco se acotaron las diferentes facultades de la autoridad policial (cfr. Sala III, “Rodríguez, Andrés o Maresco, Román o Salemi, Daniel Marcial s/recurso de casación”, reg. N° 402/97, rta. el 22/9/97 y sus citas)”.

“En esta dirección de diversos pronunciamientos la Cámara de Casación Penal, ha sostenido que resulta innecesario el requerimiento de instrucción respecto a las causas iniciadas por prevención policial - aún las iniciadas por denuncia (cfr. Sala I, LL,1996-B-450), donde se afirma que el artículo 195 del C.P.P.N. “Otorga indistintamente al requerimiento fiscal y a la prevención, o información policial la alternatividad de los modos de dar inicio a la instrucción”; Sala II in re: “Batalla, Jorge Alberto s/recurso de casación”, causa N° 184, reg. N° 262, rta. el 28/9/94; Sala III in re: “Veisaga, José A. s/recurso de casación”, causa N° 58, rta. el 10/3/94 entre muchos otros), también se sostuvo que es indispensable luego de la recepción de la denuncia y para habilitar la actuación del magistrado, las comunicaciones del artículo 186 que pueden ser suplidas por la simple elevación de las actas de prevención, y que si recibida la denuncia por la autoridad policial se informó de ella al Juez competente, no es necesario que se produzca un requerimiento fiscal de instrucción (Cfr. Sala IV in re Vázquez Ramírez, Carlos A. s/Recurso de Casación, causa N° 1783, registro N° 2425.4, resuelta el 23.2.00), siendo alternativamente válido iniciar la instrucción por requerimiento fiscal, o por prevención, o información policial pudiendo aquella estructurarse aún correctamente en tareas de inteligencia realizadas por la autoridad”.-

Ha tenido oportunidad de expedirse el Doctor Elbert en expediente Storchi, Fernando, fecha 8.3.2004 - Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional - Sala I. Si bien es cierto la causa está referida al impulso del querellante en el proceso, entiendo de aplicación al caso presente algunos fundamentos que me permito transcribir. Se dijo respecto del ejercicio de la acción: “Creo que aunque el Ministerio Público sea indiscutiblemente, un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, ello no lo transforma en depositario excluyente del ejercicio de la acción pública en nuestro sistema judicial. El artículo 120 de la Constitución Nacional señala expresamente que sus funciones se ejercen en coordinación con las demás autoridades de la República, y el artículo 188 del CPPN regula la interacción del Ministerio Fiscal con el Juez competente, sin limitar al segundo la posibilidad de impulsar la acción penal. Comprendo que en un sistema teórico, de carácter acusatorio puro, el sistema debería adecuarse a los parámetros de exclusividad de la acción penal, pero lo cierto es que nuestro sistema se encuentra en un proceso de transición teórica. Por ende, deberá ser el legislador quién, en el futuro, asigne restricciones de competencia a los Jueces, en función del impulso del Ministerio Público. . . Los automatismos que puedan fulminar la vida de la acción penal, por loables que pudieran ser las intenciones sistemáticas que los impulsen, abren espacios que aumentan el poder de los funcionarios, en desmedro de los particulares, inermes y eternamente postergados ante la Justicia”.-

En el sub examine ante el control de rutina que realizaba personal preventor, realiza el procedimiento. A fojas 3/4 en acta de procedimiento, personal preventor deja constancia que: “SE PROCEDE A TOMAR CONTACTO TELEFÓNICO CON EL JUZGADO FEDERAL DE TURNO N° 2, SECRETARÍA PENAL N° 4, A CARGO DEL DOCTOR FEDERICO ZURUETA, INFORMANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DESCRIPTAS CON ANTERIORIDAD”. Es decir que ante la notitia criminis, la prevención comunico al magistrado la iniciación de las actuaciones de conformidad con el artículo 186 del CPPN, habilitando de esta manera la actuación de aquel,

como también legitimando su propia intervención. De tal forma el Juez Federal en virtud del acto impulsor emanado por la prevención se encontraba anoticiado desde el inicio del sumario quedando en condiciones de ejercer la tarea de control y dirección de la investigación, salvando de ese modo la valla impuesta por el principio *ne procedat iudex ex officio*". Posterior a ello durante todo el proceso no hubo protesto, recurso, o nulidad alguna que articulara la Defensa a lo largo de la causa, demostrativo que compartía que la acción penal se encontraba ejercida en autos. Esa postura fue hasta las cuestiones preliminares que se establecen en el artículo 376 del CPPN, momento que se advierte por la Defensa que al no tener la causa requerimiento de instrucción, podría ser nula. ¿Que ocurrió antes que no fue planteada tal nulidad por la Defensa?, y más bien su actuación fue de conformidad con tal proceder. Ese entendimiento le ha permitido consentir el auto de procesamiento, conocer el requerimiento de elevación de la causa a Juicio y estar de acuerdo con el (ver fojas 94), para luego en las cuestiones preliminares advertir y denunciar la nulidad que ha dejado planteada.-

Por los fundamentos vertidos entiendo que del accionar de la autoridad preventiva interviniente, tuvo conocimiento y contralor jurisdiccional oportuno y suficiente, por lo que declarar la nulidad –y más aún en esta etapa del proceso–, constituye un acto no ajustado a la realidad, porque se acredita que se tuvo oportuno conocimiento de los hechos que generaron la presente causa, superado en autos el principio *ne procedat iudex ex officio*, que se erige a fin de preservar la imparcialidad del Juez, quién no puede iniciar una investigación de oficio (Ver: Palacio, Alberto, s/Recurso de Casación, causa N° 7876 - Registro N° 10.077 - Sala I - Registrada el 19.2.2007). Por lo que voto en el sentido de rechazar la nulidad articulada en autos por la Defensa de Peter Raúl Torrico Barrientos.-

A su turno la Dra. Marta Liliana Snopek dice que adhiere al voto emitido por el Dr. Alberto Oscar Aragone.-

Por lo expuesto el Tribunal Oral Federal en lo Criminal de Jujuy, por mayoría, RESUELVE:

I.- DECLARAR la inconstitucionalidad parcial del art. 195 del C.P.P.N. en lo que atañe al inicio de la instrucción por prevención policial debido a la afectación que produce a los arts. 1, 18, 75 inc. 22 y 120 de la C.N.; 167 inc. 2º, 168, 172, 188 y 195 del C.P.P.N.”.-

II.- DECLARAR la nulidad absoluta desde fs. 40 inclusive, por ausencia de requerimiento fiscal de instrucción -art. 167 inc. 2º, 168, 172, 188 y 195 del C.P.P.N - -

III.- DECLARAR la nulidad absoluta desde fs. 40 inclusive, por violación a la garantía de defensa en juicio y debido proceso legal, por no haberse informado al imputado el derecho individual a la asistencia consular - art. 167 inc. 3 del C.P.P.N.; art 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; art. 36.1.b de la Convención de Viena sobre Asistencia Consular, art. 14.1 del P.I.D.C.P y art. 8.1 de la C.A.D.H.-

IV.- ABSOLVER DE CULPA Y CARGO a TORRICO BARRIENTOS, de las demás calidades personales obrantes en auto, del delito del art. 116, 117 y 121 de la ley 25871 por el que fuera acusado, ordenando su inmediata libertad.-

V.- NOTIFÍQUESE, regístrese y oportunamente archívense los presentes obrados.-