

## La investigación penal preparatoria y la etapa de control en el sistema acusatorio

Enzo Finocchiaro

### **I. Introducción** [arriba] -

Así como al testigo que va a declarar se le pide que se despoje de todo preconcepto, creencia anterior, ideología o prejuicio, y que se ciña a lo que sus sentidos le han permitido percibir, lo mismo se le pide al lector de las líneas que siguen. Uno de los problemas o inconvenientes que presenta el sistema acusatorio, es que tiene que intentar introducirse en medio de una cultura que ha soportado un sistema de persecución penal distinta por más de quinientos años. En Argentina, en particular, tiene que luchar contra toda una tradición socio jurídica diametralmente opuesta, enquistada no sólo en las mentes de los operadores judiciales, sino incluso en el colectivo social todo. Podrán cambiarse institutos por doquier, sancionarse códigos y normas, nombrarse unos y correr a otros, pero si no logramos desandar el andamiaje sociocultural inquisitivo, entonces el fracaso ya está decidido.

La investigación penal preparatoria, como la veremos, no es el viejo sumario, no es la instrucción sumarial o judicial. No tiene esa lógica y no se mueve en ese sentido. En absoluto. La forma de pensarla es diferente, porque su raíz es diferente y sus principios, marco y objetivos, son distintos.

A lo largo de este capítulo nos adentraremos en la primera etapa del proceso penal acusatorio, examinaremos sus antecedentes, su objeto, sus necesidades, sus principios, quiénes han de ser sus sujetos, sus operadores y qué ha de esperarse de ellos. Pero para ello, primero debemos ver cómo se ha llegado hasta ello. ¿Quién ha puesto a la investigación penal preparatoria en cabeza de un funcionario público?

### **II. La estructura del proceso penal. Las diferentes etapas y los diferentes objetivos. Antecedentes** [arriba] -

Como ya hemos visto, subyace a todo el proceso penal un objetivo, que es la averiguación de la verdad material. Esto es, aquella "verdad" que pueda acreditarse a partir de las pruebas producidas en la etapa de juicio. Ahora bien, a medida que va avanzando, el proceso penal atraviesa diferentes estadios o etapas, que pueden diferenciarse entre sí, por los diferentes sujetos que las componen, la diversidad de objetivos y los diferentes actos procesales que se concatenan para integrarlas. Cada uno de estos momentos del procedimiento tiene raíces y nortes distintos.

Tomando el esquema de Binder, advertimos cinco etapas bien diferenciadas: a) una fase de investigación, preparación o instrucción, cuyo cometido principal consiste en la preparación de la acusación o del juicio; b) una fase crítica o del control del resultado de esa investigación; c) la fase plena, central, que el juicio propiamente dicho; d) una fase de control de esa sentencia de juicio, manifestada a través de la existencia de distintos medios de impugnación, e) una última fase, donde se ejecuta la sentencia que ha quedado firme, pasada la cuarta etapa[1]. En este trabajo, nos centraremos en la primera de estas etapas o fases.

Y ahora es donde nos preguntamos, ¿dónde o cuándo nace esta etapa preparatoria? Es

un error muy común, aun incluso dentro de la comunidad jurídica especializada, creer que la etapa preparatoria es propia de sistemas acusatorios modernos, cuando en realidad no es otra cosa que un instituto bien propio del sistema inquisitivo, al punto tal que fue la Inquisición la que introdujo la necesidad de delinear una etapa procesal destinada pura y exclusivamente a la preparación del juicio, a la recolección de pruebas que sustenten la acusación. Ésta era la noción inicial de la etapa previa, preparatoria o como lo llamó el manual de inquisidores, la "etapa de instrucción".

Así, tradicionalmente se conoce a la etapa preparatoria como el "conjunto de actividades de adquisición probatoria necesarias para sostener válida y razonablemente una pretensión punitiva, mediante la demanda de justicia ante el tribunal de juicio"[2], aunque ya iremos viendo oportunamente que esto no es tan así, al menos pensado en clave acusatoria. Éste era un concepto que nos vino dado desde el sistema inquisitivo, que, como ya hemos dicho a lo largo de esta obra, no fue sino muy posterior al surgimiento y consolidación del sistema acusatorio. Sucede que en los procesos acusatorios antiguos no era necesaria una etapa previa, ya que los juicios siempre se llevaban adelante en forma casi inmediata a la comisión del hecho que los motivaba. Cuando la inquisición comenzó a buscar delitos "etéreos", hallándose las pruebas en el propio cuerpo del acusado, era necesaria entonces una "etapa previa", donde la acusación se dedicaba a "extraer" la información que necesitaba por los medios idóneos (generalmente la tortura), para luego presentarla al Tribunal y realizar el juicio.

Esta idea de preparación luego fue derivando en lo que se conoció como "instrucción". La instrucción penal, históricamente, fue la etapa del proceso penal bi-etario (dos etapas) y disyuntivo (sobreseimiento o juicio, condena o absolución), donde el Estado, habiendo tomado conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, en la persona de un juez especializado, recolectaba las pruebas necesarias para, luego de una imputación formal a quien o quienes resultaren autores o participantes del hecho, remitieran el caso a un juicio, que generalmente era llevado por un tribunal en pleno, esto es, colegiado. De allí la antigua denominación de las dos etapas que tenía este proceso: el sumario y el plenario. Luego de ello, se dictaba una sentencia que podía absolver o condenar al imputado y en este último caso era entregado a las autoridades penitenciarias para que verificaran el cumplimiento de la pena impuesta[3].

Así, la instrucción está asociada a un procedimiento escrito, inquisitivo - recuérdese que la prueba preferida era la propia palabra del imputado, admitiéndose la confesión del mismo, como relevante de las demás piezas probatorias -, secreto, parcial (quien lo dirige es quien luego decide) y no contradictorio (las partes no presentan sus teorías, sino que existe una única teoría, la del Estado, que el Estado debe acreditar y que el imputado debe refutar).

### **III. La Investigación Penal Preparatoria en clave acusatoria. La etapa preliminar** [arriba] -

Hemos dicho en la introducción que el paradigma cultural en el que se presenta la moderna IPP es diametralmente distinto. Y esto es así, porque debe partirse de un elemento fundamental totalmente inexistente en sistemas inquisitivos: La Teoría del Caso. Este es un concepto neurálgico de un proceso penal acusatorio y contradictorio. Justamente, lo que las partes controvierten en el proceso son sus diferentes teorías

sobre lo que pasó, debiendo llevarle sus alegatos y las pruebas que los sustentan a un juez imparcial. Durante la etapa preparatoria, lo que las partes hacen es buscar aquellos elementos que sustenten sus premisas teóricas, con total autonomía, proactividad e igualdad de armas. No se trata ya de un juez de instrucción que oprime al imputado con indicios, intentando lograr una confesión, o un fiscal amo y señor de la prueba, dejando a un lado al defensor, quien termina siendo, en este cuadro terrible, un mero lugarteniente pasivo especializado del imputado.

En el proceso penal acusatorio contradictorio moderno, ambas partes deben procurar la satisfacción de sus premisas teóricas para lograr articular su teoría del caso, desvirtuando la contraria.

Claro está, el Fiscal, en tanto representante del Estado y la sociedad para lograr el esclarecimiento del hecho presuntamente delictivo denunciado, tiene quizás una mayor cantidad de recursos, pero ello es sopesado por la carga de la función pública que desarrolla y la responsabilidad de erigirse como garante de la legalidad y la legitimidad de todos y cada uno de los actos que desarrolla.

Al exponer el proyecto que luego se convertiría en el actual Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, se admitió "una investigación preparatoria desformalizada, pero con sustento en hechos determinados, con la exigencia de que el Fiscal indique formalmente el objeto de la pesquisa (...) La fiscalía puede delegar en investigadores propios o policiales la obtención de información para sustentar sus requerimientos, quienes asumen la responsabilidad por el informe, eliminando la actual ficción relativa a la presencia del Juez o Fiscal en las declaraciones de la investigación preparatoria. La posibilidad de utilizar medios fílmicos de registro en lugar de actas escritas y ritualizadas, tanto para registrar actos de la etapa de investigación como para los actos jurisdiccionales. La oralidad de todos los actos jurisdiccionales vinculados a la adopción y cese de medidas cautelares, resolución de excepciones, admisibilidad de pruebas para el debate, suspensión del proceso a prueba, juicio abreviado y el debate propiamente dicho; es decir, los órganos jurisdiccionales actúan en la decisión sobre situaciones de conflicto. La citación a la defensa para los actos definitivos e irreproducibles. La obligación del Ministerio Público de investigar pruebas favorables al imputado, que no se le oculten pruebas y la participación activa en las audiencias orales. La posibilidad de cuestionar la investigación del Ministerio Público Fiscal mediante novedosas excepciones de atipicidad de la conducta o manifiesta inocencia del imputado"[4].

Desde este prisma, siguiendo a Claría Olmedo, en la etapa preparatoria es que se delinearán específicamente los roles que los distintos actores procesales van a jugar en el proceso[5]. Es lo que se conoce como "poderes de realización efectiva del Derecho Penal", y que no es otra cosa que el ejercicio de la acción (impulsa el proceso, investiga y persigue hasta derivar en el juicio), de la decisión (realizar el derecho vigente) y excepción (la posibilidad de contradecir a la acción). El Fiscal, el Juez y el Defensor, son quienes detentarán estos roles, con la presencia vinculante y promiscua del imputado.

Entonces, son estos roles diferentes los que requieren esa separación de funciones, las que responden a un imperativo categórico-constitucional y a una evidente necesidad de armonía sistemático-científica.

Así, los actores centrales son:

- a) El Fiscal, que dirigirá la etapa, buscará acreditar su caso, reunirá pruebas por todos los medios lícitos disponibles - aun los que el Código no le acuerde expresamente -, intentando así sustentar un dictamen favorable para acreditar que quien resulta imputado por él es quien ha llevado adelante un accionar delictivo determinado, condicionado en modo, tiempo y lugar determinados, especificando asimismo todas las cuestiones de concurso, autoría, participación, presencia de calificantes, agravantes, atenuantes, morigeradores o eximentes de la responsabilidad penal.
- b) El Juez, que controlará el adecuado cumplimiento de las garantías constitucionales en el caso, practicará los actos que requieran su intervención o venia y declarará de oficio la nulidad de cualquier instancia o actuación contraria al norte constitucional, siempre velando por los derechos de los sujetos del proceso, muy especialmente, la víctima y el imputado.
- c) El Imputado, que debe estar siempre presente, acompañado por su Defensor, e intentar rebatir la teoría del caso presentada por el fiscal, pudiendo proponer prueba, producirla y llevarla ante el Juez a fin de evitar el proceso, pudiendo asimismo proponer alguna vía alternativa al conflicto, si así lo estima conveniente.

Estos roles, implican a un tercero imparcial, el Juez, y a dos antagonistas, fiscal y defensor-imputado y prohíben la utilización de unos por otros, y menos aún, en aras del proceso. Sus caminos discurren, en esta etapa, paralelamente, pues cada uno busca acreditar su propia versión de los hechos, que como vimos, nunca más podrán reproducirse en la forma en la que realmente sucedieron, sino en la forma en la que pueden o no acreditarse en el caso.

Asimismo, los roles implican un correcto balance constitucional, que responde a una sistemática acusatoria determinada. Así, el Fiscal dirige la investigación, pero jamás podrá tomar decisiones jurisdiccionales, con la excepción de la decisión de imputar a una determinada persona y vincularla al proceso, o desvincularla. Anteriormente, esta decisión siempre fue privativa del Juez. En el proceso inquisitivo y aun en los mixtos, como ocurre a nivel federal todavía, el Juez decidía cuándo y cómo se imputaría a una persona y sería él mismo quien lo haría, delegando muy excepcionalmente este acto en el Fiscal. De aquí es donde surge la máxima acusatoria que establece que "el Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran" (v.gr. Art.4 CPPCABA).

Cevasco, una de las voces de peso en la implementación del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires y prolífico autor y docente de Derecho Procesal Penal, refiere que la investigación penal preparatoria debe ser entendida como el primer ámbito vinculado con el sistema judicial formal, donde, con intervención de los órganos predispuestos, se determine la existencia de un conflicto que resulte abarcado por las previsiones de la Ley penal[6].

Sintéticamente, es claro que la función de investigar para decidir si va a realizarse un juicio contra una persona y la de juzgar a esa persona no puede ser cumplida por un mismo juez, y por ello, es la noción de un juez específico para la etapa preparatoria,

que deberá tener un perfil diametralmente distinto al de su continuador, el juez de juicio. Esto no es ni más ni menos que lo que la Corte ya dijo hace más de diez años en el precedente "Llerena"[7], donde el Dr. Petracchi dijo: "un sistema en que la sentencia es dictada con la intervención del mismo juez que tuvo a su cargo la investigación preliminar y la decisión acerca del mérito de dicha investigación, en principio, no satisface el estándar mínimo de imparcialidad del tribunal, exigido por los respectivos tratados internacionales (...) Quien llevó adelante la actividad incriminatoria descripta no puede ser la misma persona que habrá de realizar el debate y la que finalmente condene o absuelva al imputado, pues un procedimiento semejante no reúne los requisitos mínimos exigibles con respecto a la imparcialidad del juzgador. En efecto, aun cuando la hipótesis de un juzgamiento imparcial no pueda ser lógicamente descartada de antemano, las condiciones en que se produciría el debate tampoco permiten descartar la hipótesis contraria: que la jueza no pueda separarse del preconcepto que ella misma formuló, esto es, que es altamente probable que el imputado sea culpable del hecho que se le imputa". Y en relación a la responsabilidad legislativa y ejecutiva, dijo el Ministro: "Que es función del legislador diseñar el proceso penal de tal manera que estén aseguradas del mejor modo posible las garantías individuales, y que la más mínima duda de menoscabo a las garantías sea disipada con la solución más favorable a la protección del derecho respectivo. Asimismo, el Estado argentino, al asumir la obligación de garantizar a toda persona el derecho a ser oída por un tribunal imparcial en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella (art. 8.1, CADH), se ha comprometido a configurar sus tribunales de tal forma que dicha garantía quede suficientemente satisfecha".

En resumidas cuentas, en la etapa preparatoria, se ponen en juego las hipótesis antagónicas de un presunto hecho delictivo puesto en conocimiento del Fiscal, se procura reunir la prueba necesaria para acreditarlas, desembocando en un pedido de elevación a juicio, en una solución alternativa o en un archivo del caso, pudiendo o no importar el sobreseimiento de la persona que haya resultado imputada en el mismo. Esta etapa es, predominantemente, desformalizada, a no ser por los actos que impliquen afectación a garantías constitucionales, los que deberán estar correctamente formalizados y contar con el debido contralor jurisdiccional. Asimismo, y como sucede a lo largo de todo el proceso, es una etapa donde las decisiones jurisdiccionales guardan inmediatez con la audiencia previa donde necesariamente deben ponerse en juego las cuestiones a dirimir por las partes (excepciones, nulidades, medidas cautelares, etc.), consagrándose así la oralidad que ya mencionáramos[8].

#### **IV. Modos de inicio de la investigación preparatoria [arriba] -**

Ya que hemos delineado las aristas principales de esta etapa, veamos ahora como se inicia, dejando en claro que hemos de mencionar los modos que la mayoría de los ordenamientos acusatorios vigentes presentan como tales.

Frente al conocimiento de la presunta comisión de un hecho aparentemente delictivo, comúnmente conocida como "notitia criminis", se pone en marcha una reacción del Estado, pautada generalmente en los ordenamientos procesales, encaminada a formalizar dicho conocimiento. El modo en el que se toma conocimiento del presunto hecho luego determinará el modo concreto de inicio. Así, la investigación preparatoria puede iniciarse por:

#### *a) Iniciación por el Fiscal de oficio*

Este presupuesto se da cuando es el propio fiscal (o en el marco del Ministerio Público Fiscal) quien toma conocimiento de un hecho presuntamente delictivo y lo formaliza procesalmente. Ése conocimiento directo se da cuando el fiscal percibe el presunto hecho a través de sus sentidos. Así, suele darse el ejemplo del Fiscal que concurre a un espectáculo deportivo y presencia algún hecho, o a través de la lectura de algún medio de comunicación (televisivo, escrito, radial, electrónico) de un hecho que él considera delictivo y entonces lo somete a proceso.

Al respecto resulta necesario tener en cuenta que la Ley Orgánica del Ministerio Público (Ley 1903) específicamente consagra esta potestad en su art. 20 que refiere: “Facultades de investigación: los/as magistrados/as del Ministerio Público, en cualquiera de sus jerarquías, pueden requerir, para el mejor cumplimiento de sus funciones en el ámbito de su competencia, informes a los organismos administrativos, a las empresas prestadoras de servicios públicos y a los particulares, así como disponer la intervención de la autoridad preventora para realizar diligencias y citar personas a sus despachos, sin perjuicio de las demás atribuciones que les confieren los ordenamientos procesales en el ámbito específico de las causas en trámite”; debiéndose considerar que tal potestad también es concerniente tanto para los Fiscales como para los Defensores Oficiales en su calidad de integrantes de dicho Ministerio.

En estos casos el permiso no presenta mayores problemas, dado que el Fiscal, en tanto funcionario público, está obligado a denunciar (aunque técnicamente no es una denuncia) el delito, aunque en este caso lo denuncia a sí mismo, entendiéndose que esa oficiosidad responde al mandato de formalizar todos los hechos delictivos que lleguen a su conocimiento. Para el caso que la materia o la competencia territorial del hecho sean ajenas a las del funcionario que toma conocimiento, ahí entonces, inicialmente, revestiría el carácter de denuncia, ya que debería constituirse en la agencia judicial o policial que resulte competente en el caso.

Asimismo, el hecho que sea el Fiscal sea el director de la investigación no obsta que sea él mismo quien ponga en marcha la misma, dado que se entiende que el fiscal, aunque garante de la legalidad del proceso, es totalmente parcial, a lo que debe aunarse el carácter de funcionario público ya reseñado.

#### *b) Iniciación por el Fiscal en virtud de prevención policial*

Este quizás es el modo más común de inicio de un caso penal y ocurre cuando el Fiscal recibe en su fiscalía una actuación de prevención de alguna de las fuerzas de seguridad que coadyuvan en ese sentido y que ha tomado conocimiento indirecto de la presunta comisión de un hecho típico.

En este sentido, debemos recordar que una de las misiones que históricamente se le concedieron - y se le conceden - a las fuerzas policiales es la de funcionar como auxiliar de la Justicia. Así y en este rol, cuando toman conocimiento de un hecho, deben inmediatamente comunicarlo al Fiscal correspondiente, ya que será éste quien decidirá qué hacer, qué medidas disponer y qué rumbo han de tomar las actuaciones

de prevención.

En esta función denominada "prevencional", la fuerza policial debe actuar necesariamente ante todos los hechos que lleguen a su conocimiento, comunicándolos al fiscal, sin perjuicio de impedir que ése hecho continúe o tenga consecuencias ulteriores, de identificar a los participantes del mismo (ya sea como víctima, damnificado, o sujeto activo, procurando que, según el caso, permanezcan bajo su custodia) y de asegurar la prueba existente y reunir la pendiente. Siempre y en todos los casos, los funcionarios policiales, en cuanto funcionarios públicos regidos por la Constitución y los Tratados Internacionales, deben respetar todas las directrices vigentes en la materia, sin perjuicio de los señalamientos concretos que le haga el titular de la acción penal.

Por ello, los ordenamientos procesales suelen tener un acápite específico relativo a las facultades y obligaciones que posee la policía en función prevencional de auxilio judicial. En este sentido, dice el Art.90 del CPPN (Ley 27.063)

"La policía y demás fuerzas de seguridad deberán:

- a. recibir denuncias;
- b. entrevistar a los testigos;
- c. resguardar el lugar del hecho y cuidar que los rastros e instrumentos del delito sean conservados;
- d. incautar los documentos y todo elemento material que pueda servir a la investigación, cuando les esté permitido;
- e. custodiar los elementos secuestrados, dejando debida constancia de las medidas adoptadas con el objeto de preservar la cadena de custodia;
- f. hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, video filmaciones, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la investigación;
- g. practicar las diligencias orientadas a la individualización de los autores y partícipes del delito dispuestas por el representante del Ministerio Público Fiscal;
- h. recabar los datos que sirvan para la identificación del imputado, con los límites establecidos por este Código;
- i. prestar auxilio a las víctimas y proteger a los testigos;
- j. reunir toda la información de urgencia que pueda ser útil al representante del Ministerio Público Fiscal;
- k. efectuar el arresto, detención o incomunicación de personas en los casos autorizados, informándoles sus derechos en forma inmediata y comprensible;

l. Ejecutar allanamientos y requisas cuando les esté permitido".

En modo casi análogo, dice el art. 88 del CPPCABA:

"Los integrantes de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán los siguientes deberes:

1) Cuidar que los rastros materiales del hecho sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique.

2) En caso necesario y cuando la naturaleza del hecho lo justifique, disponer que ninguna de las personas que se hallaren en el lugar del hecho o sus adyacencias, se aparten de aquél mientras se lleven a cabo las diligencias que correspondan. De lo actuado se deberá dar cuenta de inmediato al/la Fiscal.

3) Si hubiera peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, de las cosas y de los lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, filmaciones, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica.

4) Interrogar a los testigos, asentando sus dichos en simple acta al solo efecto de orientar las pesquisas.

5) Aprender a los presuntos/as autores / as en los casos y formas que este Código autoriza, con inmediata noticia al/la Fiscal competente.

6) Disponer las requisas con arreglo a lo dispuesto en este Código con inmediata noticia al/la Fiscal competente.

7) Disponer la clausura preventiva del lugar en los casos y formas que este Código autoriza, con inmediata noticia al/la Fiscal competente.

8) Hacer uso de la fuerza pública en la medida estrictamente necesaria, adecuada a la resistencia y proporcional con el mal que se quiere hacer cesar".

Bajo ningún concepto y en ninguna instancia pueden las fuerzas de seguridad que actúan en función prevencional interrogar al imputado, salvo para identificarlo o satisfacer sus necesidades básicas, hasta que éste tome contacto con su defensor. Asimismo, también les está vedado abrir correspondencia del presunto autor, inspeccionar su domicilio o elementos personales del mismo, sin contar con la debida orden escrita para hacerlo.

De hecho, para una mejor labor y eficiencia y en aras de una correcta coordinación, el Ministerio Público Fiscal suele estar facultado para emitir resoluciones o disposiciones destinadas a las fuerzas de seguridad, a fin de que se adecuen a determinados estándares en situaciones concretas (p.e., instrucciones sobre cómo efectuar desalojos masivos en casos terrenos públicos ocupados o cómo trabajar sobre hipótesis de secuestros extorsivos).

El instrumento o documento donde se plasman estas incidencias iniciales del proceso

se suele denominar "sumario preventivo" o "prevención policial", y suele durar entre uno y cinco días, según la complejidad y las medidas que haya dispuesto el fiscal al momento de ser contactado por la fuerza preventiva. Una vez que éste documento es firmado por quien lo hace (que suele ser algún funcionario policial de la oficina de "judiciales") y por la autoridad de la repartición policial, se remite inmediatamente a la sede del Fiscal actuante para que éste formalice y continúe con la investigación, pudiendo solicitar a la fuerza policial el auxilio necesario, ésta vez ya en función de "policía judicial".

### *c) Flagrancia*

Éste es uno de los conceptos que mayor polémica ha desatado - y desata - en el ámbito del Derecho Procesal Penal, en tanto implica la posibilidad de que el autor del presunto hecho pueda ser detenido directamente, por cualquier persona, ya sea policía o simple particular, sin necesidad de orden judicial alguna. Dado que se trata de una situación objetiva pero de apreciación eminentemente subjetiva y cuya amplitud o estrechez guarda íntima relación con el paradigma punitivista vigente, presenta siempre posturas que lo amplifican o lo restringen.

Es por ello que, para una mayor seguridad jurídica, los modernos ordenamientos acusatorios definen específicamente qué se entiende por flagrancia. Así, dice el Art.78 del CPPCABA:

"Se considerará que hay flagrancia cuando el autor del hecho sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después o mientras es perseguido por la fuerza pública, por la víctima o el clamor público".

Conceptualmente, y en sentido estricto, la flagrancia es el momento temporal de relevancia jurídica que abarca desde el momento inmediatamente anterior a la ejecución del delito - pudiendo abarcar la etapa de la tentativa en determinados delitos - hasta el momento inmediatamente posterior a la finalización de la ejecución del mismo, es decir, cuando ya se ha consumado.

Al respecto, doctrinariamente se han elaborado otros dos conceptos que suelen ir encadenados a la flagrancia, y son la cuasi flagrancia y la flagrancia presunta. Cuando se habla de flagrancia en sentido amplio, se suelen comprender también dentro de ella a los supuestos de cuasi flagrancia y de flagrancia presunta. Ahora bien, en esquemas menos punitivos, se estará al concepto restringido que ya mencionáramos.

La cuasi flagrancia se identifica con el momento en el que el autor o partícipe es perseguido por la fuerza pública o por el clamor popular; es decir, abarca desde la consumación del hecho hasta su aprehensión e implica un alejamiento material del presunto sujeto activo del delito con el lugar de comisión del mismo, temporal y espacialmente, debiendo mediar solución de continuidad entre la consumación, la persecución y la aprehensión de la persona[9].

Finalmente, la flagrancia presunta o ficta, se presenta cuando alguien tuviera objetos o presentase rastros que permitieran presumir vehementemente a un observador razonable que la persona acaba de cometer o participar en un hecho delictivo. Entre los ejemplos que pueden darse está el de la persona que presenta disparos en su

cuerpo, o empuña un arma de fuego con signos de haber sido recientemente utilizada, o presenta elementos extraños en sí[10] (traje rasgado luego de una riña, o una caja fuerte en sus manos, o una cartera).

Los modernos ordenamientos suelen comprender a estas tres situaciones como constitutivas del presupuesto que habilita la aprehensión de una persona sin necesidad de orden judicial previa. En este sentido, dice la segunda parte del Art.78 CPPCABA:

"Estará equiparada a la situación de flagrancia, a los fines previstos en este Código, la persona que objetiva y ostensiblemente tenga objetos o presente rastros que hagan presumir que acaba de participar en un delito".

Cuando se verifica un hecho en flagrancia, la fuerza policial debe hacer cesar el delito, asegurar al presunto autor y proceder en la forma en la que se ha enunciado en el presupuesto anterior, debiendo comunicar la aprehensión al fiscal, al Juez y al defensor oficial.

El fiscal, habiendo tomado conocimiento del hecho, debe dar las directivas necesarias al personal policial y convalidar o no la aprehensión, decidiendo si la transforma formalmente en una detención (aunque materialmente y desde el punto de vista del imputado se está detenido desde el primer momento en el que se ve constreñida la libertad ambulatoria) o si nulifica lo hecho por la prevención y pone en libertad al presunto autor, o bien convalida la detención, pudiendo luego de verificar determinados extremos (reincidencia, arraigo, testimonios en sede policial) proceder a la soltura del detenido, no obstante compelerlo a comparecer judicialmente, continuando ligado al proceso.

Entre la aprehensión policial y la soltura del detenido no puede existir demora alguna, amén de verificarse los extremos necesarios de la identificación, los antecedentes penales o la requisitoria del detenido por parte de otro Tribunal o Fiscal, fijando un plazo perentorio la mayoría de los ordenamientos, el que suele ser de veinticuatro horas corridas. Pasado ese plazo, el detenido debe ser puesto en libertad. El único supuesto que admite la continuidad de la privación legal de la libertad es la aplicación del instituto excepcionalísimo de la prisión preventiva, el que debe ser solicitado al Juez correspondiente, quien luego de audiencia donde conozca al imputado y escuche a las partes, decide si la concede o no. Claro está que bien pueden aplicarse otras medidas restrictivas de la libertad menos lesivas que la prisión preventiva. Pero luego volveremos sobre este aspecto en forma más detallada.

#### *d) Denuncia*

Otros de los modos de inicio de una investigación preparatoria es la denuncia, que es la puesta en conocimiento voluntaria por parte de un particular o de un funcionario público, al Fiscal, de un delito de acción pública del que haya tenido noticia, haya sido víctima de él o no.

Dado que la regla general es que quien reciba las denuncias sea el Ministerio Público Fiscal - en la creencia que la policía debe estar en la calle haciendo prevención y colaboración vecinal y no recibiendo denuncias, en tanto suele carecer de la especificidad jurídica necesaria - es que muchas de las estructuras de los ministerios

públicos que se desempeñan en rituales acusatorios han abierto varios canales de recepción de denuncias, a fin de poder cumplir acabadamente con este presupuesto.

Así, por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires, en los delitos que son competencia de los tribunales porteños, se cuentan, a inicios del año 2015, con 15 unidades de orientación y recepción de denuncias distribuidas en las quince comunas de la Ciudad, más dos unidades móviles que van rotando su sede, amén de poseer un canal electrónico de recepción de denuncias y un canal telefónico de recepción de denuncias, ambos coordinados desde una unidad específica creada al efecto[11].

Otro caso es el mendocino, donde se ha optado por crear unidades fiscales de actuación y recepción de denuncias por toda la provincia, que suelen ubicarse en instalaciones inmediatamente aledañas a las seccionales policiales, algo que ha sido bastante criticado en la creencia que la cercanía entre fiscales y policías podía trastocar las funciones de unos y otros e incidir negativamente en la tramitación de los casos.

Un documento que resulta de ineludible acatamiento por parte de los sistemas de organización judicial argentino son las "Reglas de Brasilia", un conjunto de cien estándares básicos adoptados en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en 2008 en la capital brasileña, que básicamente se centran en el acceso a la Justicia para aquellas personas que se encuentren en determinado parámetro de vulnerabilidad respecto al sistema judicial, para que puedan efectivamente acercarse a él o solicitar que el sistema las asista. A modo de ejemplo, la Regla número 42 dice:

"Se promoverá la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación".

Pese a no tener el carácter de norma jurídica, las Reglas adquieren un especial valor para los procesos de reforma de la justicia, al ser aprobadas por los representantes de las principales instituciones del sistema judicial. En Argentina, las Reglas de Brasilia han sido receptadas como estándares obligatorios por la mayoría de los ministerios públicos provinciales (p.e., Entre Ríos, Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, Mendoza, Salta), consagrándose de este modo un verdadero Derecho al Acceso a la Justicia.

De esta forma, la lógica instalada es la de que cualquier persona puede denunciar un delito que llegue a su conocimiento, donde quiera que se encuentre y cualquiera sea su situación personal. Ya no se requieren formalismos o traslados hacia el sistema de Justicia. Si se entiende al sistema como un servicio a favor de los ciudadanos, entonces bien podría pedírsele al sistema que vaya donde el ciudadano lo necesita.

En virtud de esto, la denuncia no debe ser ni escrita, ni ser firmada por letrado. Sólo requiere formularse por persona física cierta e identificada, contener mínimamente un relato de los hechos presuntamente delictivos y la prueba que pueda aportarse, si la hay o si se la conoce (debe recordarse que a quien le compete la producción y reunión de prueba es al Fiscal y no al simple ciudadano de a pie).

Sólo han de regir los límites clásicos a la denuncia, como la prohibición de la denuncia anónima o la imposibilidad de denunciar a ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuge o pareja civilmente constituida, a no ser que alguno de estos cometa o vaya a cometer un delito contra un pariente más próximo en grado o contra quien denuncia o vaya a atentar contra un menor o un incapaz.

Respecto a la legitimación procesal del denunciante, siempre se ha entendido que en tanto lo único que hace es poner en marcha el sistema procesal a través de la notitia criminis al Estado, no reviste el carácter de parte, en tanto no tiene un interés legítimo y directo para accionar. Distinto es el caso de ser la víctima o haber sido declarado querellante en el caso.

#### *e) Querella*

La querella es un instrumento formal mediante el cual, una vez receptado favorablemente por quien dirige la acción penal pública, se admite el acceso al caso judicial de un particular que se considera directamente afectado por la comisión de un hecho presuntamente delictivo, quedando legitimado para impulsar la acción pública y siendo considerado parte. Necesita, generalmente, firma de letrado, lo que impone al ciudadano la necesidad de contratar uno o solicitar uno gratuito.

Vale recordar, que de conformidad con lo consagrado constitucionalmente en el art. 120 de la Constitución Nacional, el Ministerio Público Fiscal tiene autonomía funcional y autarquía en la promoción de actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, características reconocidas expresamente por nuestro más alto Tribunal en el precedente "Quiroga"[12].

Maier sostiene que querellante es la persona que, además del Ministerio Público Fiscal, está autorizada por la Ley para perseguir penalmente en un procedimiento penal[13]. Y centra la razón de ser de la figura en la antigua persecución privada, en épocas de Grecia y Roma o en los inicios de la Edad Media. En un principio, era el ofendido quien reivindicaba con los procedimientos la afectación a su persona o a sus bienes, hasta que, luego de la Inquisición y del surgimiento de los Estados nacionales, dichas funciones fueron captadas y monopolizadas por las agencias estatales creadas para tal fin, des-privatizándose el conflicto[14].

En la Academia y en el Derecho comparado también se ha mencionado al "querellante exclusivo", aquella parte procesal que ejercita la acción penal en los delitos de acción privada, también denominado como "acusador privado", calidad que únicamente se pierde por renuncia o desistimiento de esa facultad. En este sentido, la exclusividad del querellante surge cuando, conforme a la ley, la persecución fuese privada, y allí actúa como querellante la persona que sea titular del ejercicio de la acción.

Asimismo, también se habla de querellante conjunto, cuando tiene facultades formales casi idénticas a las del Fiscal y puede desenvolverse con autonomía dentro del proceso penal, producir prueba, efectuar sus propios dictámenes y requerimientos, oponerse, recurrir, interponer excepciones, solicitar medidas cautelares, etc.

Finalmente, se habla también de querellante adhesivo o por adhesión, cuando su labor implica dependencia del Fiscal en los actos fundamentales (acusar, recurrir), y

termina siendo más un auxiliar que sustenta al Fiscal que una parte autónoma del proceso penal, aunque su denominación, en realidad, sea para diferenciarlo específicamente del querellante exclusivo[15].

Recuérdese que la problemática del querellante como impulsor exclusivo de la acción penal pública ya fue tratada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el leading case "Santillán[16]", consagrándose así la posibilidad que un acusador privado exclusivo sea quien detente la acción penal, solicite pena y logre una eventual condena, postura que también se había delineado en el precedente "Cáseres[17]", y que la fecha no ha sido rebatida.

En los ordenamientos acusatorios más modernos, se admite al querellante en conjunto con el fiscal, aunque éste siempre detente la dirección de la investigación y el impulso de la acción penal pública, pudiendo el querellante aportar prueba, solicitar medidas, efectuar sus requerimientos al Juez o al fiscal, pero debiendo ceñirse, en definitiva, a lo que éste decida, pudiendo oponerse al archivo.

Para este último caso, el querellante sí podrá asumir la exclusividad en la acusación, aunque continuando el trámite del proceso como si se tratara de un delito de acción privada (art. 11 CPPCABA, por ejemplo).

Respecto a quiénes están legitimados para ser querellantes, normalmente se requiere reunir la calidad de "particularmente ofendido" y de acreditar un "interés directo" en la afectación del delito para con quien pretende querellar.

## **V. Rol de las fuerza de seguridad en la IPP [arriba] - [18]**

Las fuerzas de seguridad se encuentran al servicio de quien tiene a su cargo la averiguación de la comisión de un ilícito; por eso su actuación debe ser meramente accesoria y auxiliar del Ministerio Público Fiscal o del Poder Judicial en la tarea de investigar los delitos de acción pública, impedir que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y en la reunión de pruebas útiles para estos fines. Sólo podría permitírsele actuar por propia iniciativa cuando así lo exijan razones de urgencia, dando de inmediato participación al órgano competente, es decir al Ministerio Público Fiscal[19].

Asimismo, y como lo hemos enunciado, hay que remitirse al Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de las Naciones Unidas en tanto refiere que: "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión", así como que: "En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas" (art. 2)[20].

Es que en la función de auxiliar, las fuerzas de seguridad debe trabajar en colaboración directa con el Fiscal y de este modo cuidar los primeros rastros que deja el suceso ilícito y así comenzar a desplegar la investigación, conservando y cuidando la prueba, dejando a su vez constancia del estado de las personas, de las cosas y de los

lugares, mediante actas, inspecciones, planos, fotografías, filmaciones, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica.

Asimismo se faculta a los preventores en casos excepcionales, es decir por ser "necesario y cuando la naturaleza del hecho lo justifique" disponer el arresto de las personas involucradas en un delito como así a los testigos cuando no puedan individualizarse unos de otros, con inmediato aviso al Fiscal interviniente. También en casos excepcionales se los autoriza a interrogar a los testigos asentando su versión en actas, las que valdrán al solo efecto de orientar la investigación y no como prueba definitiva. Y también como consecuencia de su actuación directa en la vía pública y ante la posibilidad de encontrarse ante la comisión de un delito o próximo a ello, efectuar las requisas personales urgentes o disponer la clausura preventiva de locales.

Con relación a las requisas personales es menester tener en cuenta que el estado de sospecha previo debe encontrarse justificado en las circunstancias del caso, las que deben ser expuestas por la prevención al sobrellevar el acto; puesto que la detención por parte de auxiliares de la justicia, sólo tiene una excepcionalísima cabida y justificación sin previa resolución del Juez competente, dentro de un doble condicionamiento, esto es, motivos certeros que claramente infieran que un sujeto está por cometer un delito o que el mismo se está perpetrando, y la consecuente urgencia en su procedencia.

Es más, debe reivindicarse que en nuestro sistema jurídico la libertad individual es la regla y la detención basada en orden escrita es la excepción. Pero además, se sostiene que la posibilidad de que la autoridad detenga sin esa orden es la "excepción de las excepciones", motivo por el cual su procedencia legal es extremadamente restringida. En ese sentido, es menester comprobar la existencia de un estado de sospecha razonable cuya entidad debe ser lo bastante intensa como para permitir intuir la comisión de un ilícito[21].

Bien se ha señalado que el estado de sospecha debe ser previo al accionar de la policía, pues detener a un individuo porque al policía no le gusta su cara es un acto que ofende a la Constitución. Esta violación constitucional no queda salvada porque al requisarlo el policía haya encontrado drogas o un arma, es por ello que una aprehensión o requisa no puede ser validada exclusivamente por su resultado[22].

En consecuencia, podemos afirmar que el personal policial no se encuentra facultado para ordenar medidas coercitivas sin expresar sus fundamentos, extremo que supone que los funcionarios que han de ser controlados especifiquen su actuación de tal forma que dicho control pueda ser efectivamente ejercido, efectuando así un control razonable no inferior al que debió haber observado si se le hubiese requerido la orden previa de detención[23].

En ese sentido se advierte que no puede ser convalidada la detención de un ciudadano sin una causa probable que lo autorice, ni siquiera en este entendimiento le puede ser requeridos sus documentos, pues ello implica ya su detención y el pleno despliegue de la coerción estatal. Es por ello que no existe la facultad policíaca de identificación "pura" o "directa", frente al ciudadano que recorre o se detiene en las calles o lugares públicos y la demora de una persona con ese propósito está supeditada, rigurosamente, al presupuesto genérico del arresto, sino orden judicial ("indicio

vehemente de culpabilidad" o en el vocabulario de la jurisprudencia norteamericana "causa probable")[24].

También esta norma limita todo uso de la fuerza pública a la medida estrictamente necesaria, adecuada al caso y proporcional al mal que se intenta reprimir o prevenir; sentido en el cual debemos tener en cuenta que: "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas" (art. 3 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de las Naciones Unidas), disposición que decididamente subraya que el uso de la fuerza debe ser excepcional y solo puede ser autorizada en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias concretas del hecho y para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no pudiendo utilizarse en la medida en que exceda estos límites. Por ende, en ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr y el uso de armas de fuego se considera una medida extrema.

Tampoco podemos obviar que: "Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" (art. 5 de las citadas reglas)[25].

Asimismo al personal policial le está prohibido recibir declaración al imputado, pero en modo alguno se encuentra impedido de detallar los hechos que han ocurrido en su presencia, describir en el acta lo que pudo ver o incorporar las circunstancias relevantes de lo que hubiera escuchado decir a personas presentes en el lugar. Cabe hacer la distinción entre dos conductas bien diferenciadas, la de interrogar, vedada por el precepto y la de plasmar toda circunstancia ocurrida dando fe de su existencia, siendo su incumplimiento pasible de reproche penal[26].

Así se tiende a garantizar la incoercibilidad del imputado, dado que de la misma manera que no puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo (art. 18, CN), tampoco puede ser constreñido o violentado a producir pruebas en contra de su voluntad, por interpretación de ese precepto constitucional, y dado que la actuación de las fuerzas de seguridad encierran en sí misma la posibilidad de coerción debido a la situación de superioridad en que se encuentran con relación al individuo.

También se tiende a asegurar que la persona no efectúe manifestaciones ante otra autoridad que no sea la destinada por la legislación para tal cometido (en este caso el Fiscal) y que cuente con el adecuado conocimiento del suceso que se le imputa y las pruebas obrantes en su contra y, fundamentalmente, con un abogado defensor. Ello en cuanto se debe proveer a la defensa técnica del imputado en la primera oportunidad que se presente, y siempre antes de su declaración. El hacerse defender por un abogado de su confianza y elección, desde el primer momento de la investigación (aun cuando se trate de averiguaciones policiales), es un derecho irrenunciable de aquél (art. 8.2, d, CADH; art. 14.2, b, d, PIDCP); ya que en la declaración del imputado el

defensor deberá estar presente, caso contrario, nada de lo que diga podrá ser utilizado en su contra

Igualmente, la intimidad de la persona es resguardada mediante el establecimiento de la inviolabilidad de su correspondencia y papeles privados (art. 18, CN; art. 11.2, CADH) por parte del personal policial, lo que debe extenderse a las otras formas de comunicación interpersonal. De esta forma se advierte que tal situación sólo debe ser autorizada excepcionalmente, mediante orden escrita, fundada, determinada y limitada en el tiempo por el Juez competente

La medida puede recaer sobre la correspondencia postal o telegráfica o de todo otro efecto que se halle en tránsito (por ejemplo una encomienda) y bajo la custodia de un servicio de correo o telégrafo de carácter público o privado; pero debe excluirse la interceptación, las cartas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo.

Por lo tanto, sólo el juez podrá proceder a la apertura de correspondencia o al conocimiento de datos equiparados a la misma, lo cual configura una verdadera garantía contra la divulgación indebida. Si tuviera relación con el proceso y fuese útil para la averiguación de la verdad se ordenará su secuestro. En caso contrario, deberá mantener en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario, a sus representantes o parientes próximos.

## **VI. Continuación de la investigación penal preparatoria** [arriba] -

### *a) Decisión estratégica inicial*

Recibida la noticia de la presunta comisión de un delito por cualquiera de los modos que hemos descrito anteriormente, el Fiscal debe entonces tomar la decisión estratégica, luego de leer el caso y de haber contactado a la víctima o denunciante, de qué hacer con el caso. Para ello, en un modelo acusatorio, tiene tres opciones:

- Llevar adelante la investigación hasta el requerimiento de juicio.
- Propiciar una instancia de mediación entre las partes o alguna otra solución alternativa del conflicto.
- Aplicar algún criterio de oportunidad.

Para ello, debe previamente haberse consagrado legislativamente dos institutos procesales propios del sistema acusatorio: los métodos alternativos de solución de conflictos y la aplicación de criterios de oportunidad, ambos impensados en un rígido sistema escritural-inquisitivo.

Así, en el art. 215 del nuevo C.P.P.N., dice:

“Recibida una denuncia, querrela, actuaciones de prevención o promovida una investigación preliminar de oficio, el representante del Ministerio Público Fiscal formará un legajo de investigación, en el que deberá constar una sucinta descripción de los hechos, situándolos en tiempo y lugar, y deberá adoptar o proponer en el plazo

de quince (15) días algunas de las siguientes decisiones:

- a) La desestimación de la instancia por inexistencia de delito;
- b) El archivo;
- c) La aplicación de un criterio de oportunidad o disponibilidad;
- d) Iniciar la investigación previa a la formalización;
- e) Formalización de la investigación;
- f) La aplicación de alguno de los procedimientos especiales previstos en este Código”.

Los métodos alternativos de solución de conflictos han sido pensados, dentro de la temática penal, para brindar un abanico más amplio de respuestas que la clásica disyuntiva inquisitiva de "o juicio o desestimación". Es que, como se sabe, el conflicto penal presenta diferentes tensiones y matices, generalmente no abarcados por aquellas dos primigenias situaciones. En muchos casos - quizás en la mayoría - un juicio oral, con la expectativa negativa punitivista que conlleva, amén del gasto en tiempo, recursos humanos y económicos, no parece la salida adecuada, así como tampoco es posible, frente a la aparición de un conflicto penal, simplemente dejarlo de lado o desestimarlo. En esta línea de pensamiento es donde se insertan una serie de institutos que coadyuvan para la solución de conflicto, según las circunstancias de tiempo, modo, lugar de los hechos y personas vinculadas (imputados y víctimas) al mismo.

Ésta es la tónica que posee el nuevo Código Procesal Penal nacional, cuando en su art. 22 dice: "Solución de conflictos. Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social".

Así, surge la mediación penal como uno de los medios idóneos para propiciar una alternativa al juicio penal. Como es conocido, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad tuvo oportunidad de discurrir sobre este instituto en el precedente "Del Tronco"[27], admitiendo su constitucionalidad, en tanto entendió como potestad del legislador local la regulación de métodos alternativos de solución de conflictos, entre los que se hallan la mediación.

La mediación, como medio de acceso a la justicia que evita y descongestiona procesos administrativos tradicionales del poder judicial, está basada en la democracia, la pacificación social, el diálogo, el respeto, y el consenso para la convivencia. En el ámbito penal, presenta dos notas características: 1) El mediador se rige por el principio de neutralidad, buscando un acuerdo consensuado y aceptado por las partes; 2) El acuerdo logrado en un proceso de mediación es vinculante jurídicamente para las partes (es decir, si las partes lo incumplen, tienen consecuencias judiciales). En este último sentido, la mediación penal se asemeja más a un proceso de conciliación.

A modo de ejemplo, en el Código Procesal Penal de la Ciudad, la mediación penal se

encuentra regulada en el Art.204 inc.2°, que dice: "art. 204. Vías alternativas. En cualquier momento de la investigación preparatoria el/la Fiscal podrá:...2) proponer al/la imputado/a y/o al/la ofendido/a otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes, invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición. En caso de acuerdo el/la Fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite".

A su turno, pero con el rótulo de "conciliación", el nuevo Código Procesal Penal nacional dice en su art. 34: "Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el art. 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes".

Otro de los métodos alternativos de solución del conflicto es la suspensión de juicio a prueba. Éste instituto sobre el que se han escrito ríos de tinta, responde a un sentido político-criminal determinado por tres nociones básicas:

- Evitar la continuación de la persecución penal y la eventual imposición de una sanción punitiva al imputado;
- Atender los intereses de la víctima;
- Racionalizar los recursos de la Justicia penal logrando, al mismo tiempo y sólo cuando sea necesario, efectos preventivo-especiales sobre el presunto infractor[28].

Es que la suspensión del juicio a prueba no se enraíza sobre estrictos criterios de oportunidad en contraposición o excepción al principio de legalidad procesal, sino que nace del derecho consensual como una solución alternativa para el conflicto penal, como forma de evitar la estigmatización que ocasiona la pena y el abarrotamiento de los tribunales, devolviéndole el conflicto a la víctima que, recordemos, es persona ajena al Ministerio Público Fiscal. Es en estos términos que se debe interpretar el instituto como modelo preferible a la realización del juicio[29].

Conforme este mismo criterio, la CSJN en el fallo "Acosta"[30] para consolidar la denominada "tesis amplia" del instituto, se apoyó en la razonabilidad de las interpretaciones del derecho penal, en su concepción como ultima ratio y en la plena vigencia de los principios constitucionales (convencionalmente consagrados) pro homine y favor libertatis.

Así, estamos ante un instituto que se conceptualiza como un acuerdo entre partes, esto es, entre el Fiscal y el imputado, quien, sometiéndose a determinadas reglas de conducta - las que ya han sido establecidas en un catálogo de posibilidades por el legislador - luego de cumplidas y en un plazo compromisorio, deja de sufrir la persecución estatal, sin sufrir imposición de pena alguna. Este acuerdo, normalmente, luego es homologado por el Juez, previa audiencia personal con el imputado. Bien puede ocurrir que el imputado lo solicite al Juez, pero este debe requerir al Fiscal la

conformidad - transformándolo en un acuerdo - como requisito necesario y vinculante para la concesión[31].

Por último, corresponde que nos refiramos a los criterios de oportunidad. El Criterio de Oportunidad es una excepción al principio de legalidad. Según este último principio, el Ministerio Público Fiscal está en la obligación de promover y dirigir la investigación de cualquier hecho que revista caracteres de delito de acción pública y de someterlo a proceso. Como vimos, una lectura inquisitiva del principio implicaría que el Fiscal no pueda hacer otra cosa que ir a juicio en todos los casos y procurar una condena, algo que, amén de ser una utopía, es desaconsejable para tratar los diferentes conflictos que llegan a conocimiento de las agencias judiciales.

Con el criterio de oportunidad se concede a los Fiscales la facultad de prescindir de la persecución penal pública. Normalmente el criterio de oportunidad se traduce en un archivo del caso, el que generalmente es provisorio en tanto y en cuanto no aparezcan elementos que permitan modificar esa tesitura. Asimismo, suele requerirse la aquiescencia de la víctima antes de decidir el archivo del caso y en algunas legislaciones rituales se requiere incluso la previa venia judicial.

En el CPPCABA (art. 199) se permite el archivo por aplicación del principio de oportunidad en los siguientes casos:

- a) Atipicidad
- b) Acción prescripta o extinguida.
- c) Inimputabilidad o existencia de causa de justificación o exención de pena
- d) Imposibilidad de proseguir por falta de prueba o de individualizar al autor del hecho
- e) La naturaleza e importancia del hecho no justifiquen la persecución, cuando la decisión no contraríe un criterio general de actuación.
- f) Cuando fuera indispensable respecto de algún imputado para asegurar el esclarecimiento del hecho y/o el éxito de la pesquisa respecto de otros autores, coautores y/o partícipes necesarios que se consideren más relevantes y aquél hubiera dado datos o indicaciones conducentes al efecto. El imputado beneficiado quedará obligado a prestar declaración como testigo en caso de ser convocado y deberá ser informado fehacientemente de esta obligación antes de disponerse el archivo.
- g) Cuando en algunos de los hechos investigados, cuando contra una o varias personas se investiguen varios hechos y por el concurso real de delitos se hubiera arribado con sólo algunos de ellos a la máxima escala de pena posible y/o resulte innecesaria la persecución por todos para arribar al resultado condenatorio adecuado.
- h) Se hubiera arribado y cumplido un acuerdo de mediación.
- i) Cuando, en los delitos culposos, el imputado hubiera sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena.

Por su parte, en el nuevo CPPN, dice (art. 33):

"Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes:

- a) Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público;
- b) Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional;
- c) Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena;
- d) Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero".

Como se observa, particularmente durante esta etapa (ya que luego, en las etapas posteriores, estas posibilidades de disponibilidad de la acción penal pública se ciñen a la celebración del juicio oral), es cuando puede hacerse uso de los criterios de oportunidad, que no resultan ser otra cosa que el correlato de una Justicia sincera consigo misma, y que deja de lado utopías y aberraciones tales como tratar a todos los casos por igual y enviar a todos los casos a juicio, aun cuando ello no sea ni aconsejable para la víctima, paralice al Poder Judicial y no otorgue solución alguna al conflicto. Desde este prisma, llenar las cárceles no es una solución, sino por el contrario termina siendo un desastre humano para quienes la sufren y económico para el Estado, que debe solventar (esto teóricamente, claro) la permanencia de miles de personas privadas de libertad en establecimientos de encierro.

Es de destacar que estas posibilidades de solución alternativa pueden ser aplicadas a lo largo de toda la etapa, y no sólo al comienzo. A veces puede ocurrir que en medio de la investigación, por una cuestión estratégica o de política criminal, es preferible o aconsejable para el Fiscal la aplicación de alguna de las posibilidades que hemos enunciado más arriba.

## **VII. La desformalización** [arriba] -

Dado que se está ante una etapa donde las partes simplemente deben buscar evidencias para luego en el juicio producir la prueba, no se requiere, desde la óptica que se viene presentando, una formalidad o rigorismo excesivo e innecesario que lo único que logran es alejar al sistema del ciudadano y colapsarlo de papeles y burocracia inútil, haciéndole perder tiempo, dinero y enfrentándolo antagónicamente con el bloque de constitucionalidad, que exige otros parámetros (investigación ágil, participación popular, presencia de la víctima, plazo razonable, soluciones alternativas, oralidad, contradictoriedad, adversarialidad, etc.[32]).

A desformalización implica la flexibilidad a la hora de la recopilación de evidencias para acreditar la Teoría del caso, con tres límites muy concretos:

- La exclusión de la prueba ilícita
- El control y conocimiento por parte de las otras partes del proceso.
- La no afectación de garantías constitucionales de terceras personas.

Así, todas las evidencias (recuérdese que no son pruebas, sino que éstas son aquellas que se producen en el juicio oral) se van recopilando en un “legajo de investigación”, el que luego servirá de sustento para hacer la acusación formal, a través del requerimiento de juicio al Juez interviniente. A dicho legajo se van incorporando testimonios, informes, pericias, documentos, y todo otro elemento válido que sustente la hipótesis de la acusación. La defensa, por su parte, deberá seguir idéntico camino, pudiendo citar testigos, requerir informes, solicitar documentos y toda otra medida que asiente su tesis. Sobre este último punto debe tenerse en cuenta que la Defensa, en el modelo acusatorio, como ya hemos dicho, se proactiva, y no debe ceñirse a rebatir lo que la fiscalía imputa. La defensa debe producir, debe activar los mecanismos para acreditar su hipótesis y no ser un mero espectador pasivo de lo que hace o deja de hacer el Fiscal.

En este sentido, dice el art. 197 del nuevo CPPN:

“El representante del Ministerio Público Fiscal formará un legajo de investigación, con el fin de preparar sus planteos, el que no estará sujeto a formalidad alguna, salvo las normas prácticas sobre registro que dicte el Procurador General de la Nación. El legajo pertenece al representante del Ministerio Público Fiscal y contendrá la enumeración de los documentos y elementos de convicción recogidos por él, y un resumen sumario de todas las diligencias practicadas, de los datos obtenidos con indicación de la fecha y hora de su realización y de la identidad de los sujetos intervinientes y de los entrevistados. En ningún caso podrá ser consultado por el órgano jurisdiccional”.

Como se observa, si hay igualdad de partes y el fiscal tiene un legajo de investigación, entonces es claro que la Defensa también puede tener el propio, que no sea una fotocopia del legajo del fiscal, sino un legajo donde estén las hipótesis de la defensa y las evidencias que lo sustentan.

El no estar sujeto a formalidad alguna, implica que el Fiscal puede delegar las tareas investigativas en la policía o en sus propios auxiliares, quienes harán informes firmados de todo lo actuado (vienen a reemplazar las viejas actas de Secretaría), elevados al Fiscal e incorporados al legajo administrativo anexo al legajo de investigación. No debe confundirse: los informes que hacen los delegados del Fiscal con las evidencias que se incorporan al legajo y que tienen sustento propio: informes de organismos públicos y privados, pericias, transcripciones, vistas fotográficas, audios, videos, etc.

En este sentido, desformalización no debe nunca confundirse con informalidad. Hay actos que deben formalizarse siempre, aun en este contexto: el decreto de

determinación de los hechos (puesto contiene la hipótesis acusatoria, y luego será la base de la imputación y acusación, cumpliendo con el principio de congruencia necesaria entre los tres eventos), las declaraciones de testigos o peritos o expertos, la declaración del imputado, los actos que hagan a las diligencias probatorias con asistencia de partes (sorteo de un perito, designación de audiencia, notificación a las partes). Asimismo, todo acto de delegación del fiscal a sus subordinados debe estar expresamente previsto en un auto firmado por él. En suma, no se trata de una etapa sin formas, sino de una etapa desformalizada.

Dentro de esta etapa, en forma sucedánea o contemporánea, aparece una subetapa o una serie de actos que son formales, y que son los que hemos mencionado en virtud del principio de congruencia: la determinación de los hechos, la citación del imputado, la puesta en conocimiento del caso y su designación letrada, la fijación de audiencia para intimarlo del hecho, enumerarle las evidencias y ofrecerle la oportunidad de hacer su descargo (quedando obligado el fiscal, en función de su doble rol de actuar con objetividad y ser el garante de la legalidad del proceso, a la evacuación de las citas de todo aquello útil que refiera el imputado), y luego el requerimiento de juicio.

Asimismo, también deben formar parte de la etapa o los actos formales toda aquella petición donde resulten afectadas garantías constitucionales (intervención telefónica, reconocimientos, allanamientos, medidas cautelares genéricas, clausuras, secuestros) o donde se invoque a un tercero (testimoniales, periciales, reconstrucciones), la resolución de la misma y su realización, recordando siempre que estamos ante una etapa pública para las partes, y por ello en estos actos formales siempre deviene necesaria la notificación a las partes, quedando a su arbitrio si participan o no. Demás está decir que en todos los actos formalizados debe existir necesariamente participación del Juez de control o garantías, en tanto resultan afectadas éstas últimas.

#### **VIII. El plazo de la IPP [arriba] -**

Un último requisito formal, que no hace a acto alguno si no que lo hace a la etapa en sí, es el plazo de duración de la misma, el que, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad al nuevo CPPN, era un plazo meramente ordenatorio para el Juez (o eso habían interpretado erróneamente los Tribunales pese a que el Código era claro).

La garantía del plazo razonable adquiere especial relevancia tras la reforma constitucional de 1994, puesto que la incorporación a la Constitución Nacional de los principales tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional ha contribuido a reforzar la idea de que la puesta en tela de juicio del estado de inocencia por obra de la persecución penal no puede durar más allá de cierto término. De allí que se reconozca el derecho del/a imputado/a de ser juzgado/a sin dilaciones indebidas o sea, el derecho a obtener un pronunciamiento que definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad ponga término de una vez y para siempre, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que importa su sometimiento al proceso penal que lo/a hace padecer física y moralmente[33].

En el derecho a ser juzgado/a sin dilaciones indebidas se halla implícito el principio de

celeridad que es, por otra parte, consecuencia de la limitación de derechos que genera el proceso penal para las personas que se ven afectadas en él. Pero no sólo se trata de un principio de protección del/a inculpado/a sino también de un principio práctico del proceso penal, pues toda pérdida de tiempo corre, por el debilitamiento de la prueba, sobre todo testifical, contra la finalidad de un proceso orientado a la verdad de la reconstrucción del hecho y al restablecimiento pronto de la paz jurídica[34].

Esta garantía fue receptada en diferentes instrumentos internacionales. En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 6.1 reconoce a toda persona el derecho a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 8.1 dispone, entre las garantías judiciales, que toda persona tiene derecho a ser oída dentro de un plazo razonable en la sustanciación de una acusación penal. El Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, además de su preocupación por los plazos de detención irrazonables -Art. 9, inc. 3° -, también consagró en el art. 14, inc. 3 c), el derecho de toda persona acusada de un delito a ser juzgada sin dilaciones indebidas. La Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40.2.b.III, establece que “todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido las leyes, se le garantice, por lo menos (...) que la causa será dirimida sin demora...”.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos refirió que “[el plazo razonable] no es un concepto de sencilla definición. Se puede invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó el concepto...”[35].

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado “...que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad”[36].

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia Nacional -incluso con anterioridad a la reforma de 1994- reconoció, a través de distintos fallos, el derecho a obtener un pronunciamiento judicial rápido que defina la posición de una persona frente a la ley y la sociedad, y ponga punto final al estado de incertidumbre que todo proceso penal importa.

El fallo “Mattei” puede ser considerado como el leading case. La Corte ha establecido en este precedente que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal y que esto obedece además al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial que es el respeto debido a la dignidad del hombre, que se traduce en el derecho que tiene toda persona de liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito[37].

También ha sostenido en el caso “Polak” que: “...la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitándose de ese modo que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero, además, y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca de una vez para siempre, su situación ante la ley penal...”[38].

En tal sentido, señala Daniel Pastor que “Así como el proceso debe cesar cuando la acción ha prescrito o cuando el hecho ya ha sido juzgado, debido a que estas circunstancias obstaculizan la constitución o continuación válida de la relación procesal, también la excesiva duración del proceso penal, en tanto violación de una garantía básica del acusado, conduce a la ilegitimidad del proceso, es decir, su inadmisibilidad, y por tanto, a su terminación anticipada e inmediata, único modo aceptable desde el punto de vista jurídico -pero también lógico e incluso desde la perspectiva del sentido común- de reconocer validez y efectividad al derecho tratado”.

En consecuencia, el análisis respecto a la posible afectación del plazo razonable en cada caso concreto, en tanto supone la vulneración de garantías de la persona penalmente perseguida, pero también un avasallamiento de los límites materiales temporales del ejercicio del ius puniendi, constituye una cuestión de orden público y debe ser declarada de oficio, produciéndose de pleno derecho y debiendo ser resuelta en forma anterior a cualquier decisión sobre el fondo. [39]

Este ha sido el norte en los nuevos códigos procesales. Así, por ejemplo, el nuevo CPPN dice en sus Arts.232 y 233:

“Artículo 232.- Duración. “La etapa preparatoria tendrá una duración máxima de un (1) año desde la formalización de la investigación.

El incumplimiento del plazo previsto en el párrafo anterior constituirá falta grave y causal de mal desempeño del representante del Ministerio Público Fiscal.

No obstante el imputado o el querellante, podrán solicitar al juez que fije un plazo menor si no existiera razón para la demora. Se resolverá en audiencia.

Artículo 233.- Prórroga. “Con anterioridad al vencimiento del plazo establecido en el artículo 232, el representante del Ministerio Público Fiscal, el querellante o el imputado podrán solicitar al juez una prórroga de la etapa preparatoria. A esos efectos, el juez, dentro de los tres (3) días, convocará a las partes a una audiencia y, luego de escucharlas, establecerá prudencialmente el plazo en el cual la investigación preparatoria quedará cerrada, que nunca podrá exceder de ciento ochenta (180) días contados desde la fecha en que aquélla tuvo lugar.

Si fenecido el nuevo plazo el representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante no formularen acusación, el juez procederá a intimarlos bajo apercibimiento de falta grave o causal de mal desempeño.

Si una investigación preparatoria se hubiere formalizado respecto de varios imputados, los plazos correrán individualmente salvo que por las características de los hechos atribuidos, no resultare posible cerrar la investigación preparatoria respecto de aquéllos de manera independiente.

Si con posterioridad a la formalización de la investigación preparatoria se descubrieran nuevos hechos o se individualizaran nuevos imputados que obligaren a la ampliación de aquélla, los plazos establecidos comenzarán a correr desde este último acto”.

Claramente, el plazo de duración de la IPP es un plazo perentorio, de orden público y que asimismo debe respetar la garantía que anotamos.

#### **IX. Reglas que deben operar en la investigación penal preparatoria [arriba] - [40]**

a) No debe iniciarse nunca una causa sin un conflicto penal previo. No debe forzarse la Ley penal para adecuarla a la pretensión punitiva.

b) Siempre debe estarse ante la mínima intervención, en el sentido de propiciar métodos alternativos de solución de conflictos, mediaciones vecinales, autocomposición, etc.

c) Dado que la declaración del imputado es un acto de defensa de éste y no un medio de prueba - en tanto no se admite la utilización del hombre como un medio procesal - se aconseja llevar adelante la investigación preparatoria, reunir las evidencias, para finalizar sí con la intimación de los hechos al imputado, la proposición de algún medio alternativo de solución si se da el caso y si no, la elevación a juicio.

d) Debe prestarse especial atención a la incorporación de elementos de evidencia al legajo de investigación: seguimiento de la cadena de custodia, intervención necesaria de la Defensa en todos los actos, chequeo de lo actuado por la prevención (incluso convocado a la Fiscalía a los policías intervinientes). Todo ello se relaciona con la necesidad de evitar nulidades a posteriori en el juicio oral, que asimismo repercuten negativamente en la credibilidad del Fiscal.

#### **X. Conclusión de la etapa [arriba] -**

La etapa preparatoria finaliza con la presentación del requerimiento de juicio, considerándose a partir de entonces como clausurada, iniciándose a partir de allí la etapa intermedia, que se verá seguidamente.

Respecto al requerimiento de juicio del proceso acusatorio, es preciso tener en cuenta que debe cumplirse con los lineamientos constitucionales que informan el debido proceso legal, que hemos venido enunciando. En dicho marco, un sistema acusatorio correctamente estructurado, permite al fiscal elegir la hipótesis acusatoria (teoría del caso) en base a la evidencia colectada en esta etapa.

Bajo este presupuesto debe realizarse el requerimiento de juicio, que debe cumplir con ciertos requisitos normativos estandarizados, los que se verán oportunamente en la etapa que sigue.

Baste decir que, como resulta lógico al proceso acusatorio que venimos delineando, el requerimiento de juicio debe referirse a los mismos hechos que resultaran del decreto de determinación de los hechos, y a aquellos que hayan sido intimados al imputado en la audiencia formal respectiva.

## **XI. La etapa intermedia o de control de la acusación** [arriba] -

Una vez que la fiscalía (y la querrela según el caso) hayan presentado el requerimiento de juicio, se considera que se ha clausurado la etapa preparatoria. Y allí comienza la denominada “etapa de control”, “etapa intermedia” o “de transición”, según la postura que se adopte y según el esquema procesal. En lo fundamental, es la etapa donde se decide respecto del mérito de la investigación llevada a cabo en la etapa preparatoria o instructoria, para llevar el asunto a juicio y se analiza también lo relativo al principio de legalidad procesal, y el control de todas las decisiones que tomó el Ministerio Público en la etapa anterior[41].

No se trata de una etapa novedosa, en el sentido de su ubicación en el proceso penal, sino que, al igual que la etapa preparatoria, se redefine en función de los actos que se desarrollan en ella y hacia qué norte ella está orientada. En efecto, en el CPPN anterior, la etapa intermedia estaba prevista en los Arts.346 a 353, en lo que se denominaba el “mérito conclusivo de la instrucción”.

En clave acusatoria, será la etapa donde un tercero distinto a las partes recibirá la solicitud de enviar el caso a juicio oral, lo someterá a un exhaustivo análisis de legalidad, le correrá vista del mismo a todas las partes involucradas, las que podrán plantear las excepciones que quieran, pasando luego a la etapa del ofrecimiento de pruebas para el juicio, la que suele concluir con una audiencia donde el tercero resuelve todas estas cuestiones.

Preliminarmente, la primer polémica gira en torno a la garantía de imparcialidad y la cuestión de quién debe ser aquel que revise la opinión acusatoria o la desvinculatoria. ¿Debe ser el mismo juez que controló la etapa preparatoria? ¿Debe ser un Juez específicamente preparado para esta etapa y necesariamente distinto de la etapa antecedente y del juez de juicio? ¿Debe ser un órgano interno dentro del mismo Ministerio Público?

Es preciso tener en cuenta que la pieza central (quizás la única) que se considera aquí para someter a análisis es el requerimiento de elevación a juicio. Este es un dictamen del fiscal, fundado, motivado, eminentemente formal (bajo pena de nulidad), que contiene la teoría del caso acusatoria y las probanzas en las que se basa la misma, así como identifica a quienes tomaron parte en el hecho, ya sea como autor, partícipe, víctima, testigo o experto, así como califica el hecho dentro del marco de la tipicidad penal para luego hacer un pedido de pena acorde con la tesis expuesta.

En este sentido, dice el Art. 241 del nuevo CPPN:

“Artículo 241.- Acusación. La acusación será por escrito y deberá contener:

a) Los datos que sirvan para identificar al imputado y el nombre y domicilio de su

defensor;

b) La relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado; en caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos;

c) Los fundamentos de la imputación, con expresión de los medios de prueba que la motivan;

d) La expresión precisa de las disposiciones legales aplicables y su debida correlación con los hechos y con la intervención atribuida al imputado en ellos;

e) La determinación precisa del daño cuya reparación se reclama;

f) El ofrecimiento de la prueba que propone para el juicio;

g) Las circunstancias de interés para determinar la pena o la medida curativa y educativa, con expresión de los medios de prueba que propone para verificarlas en el juicio sobre la pena;

h) El requerimiento de pena estimado, a los efectos de la determinación del juez, tribunal o jurado.

La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidas en la formalización de la investigación aunque se invocare una calificación jurídica distinta de la asignada en esa oportunidad”.

A su vez, el CPP de Entre Ríos[42] dice:

“Art. 403.- Contenido de la acusación El requerimiento deberá contener bajo sanción de nulidad los datos personales del Imputado, o si se ignorasen, los que sirvan para identificarlo; una relación circunstanciada, clara, específica y precisa del hecho, los fundamentos de la acusación para cada Imputado y la calificación legal”.

Y en la misma tesitura, dice el CPP CABA:

“Art. 206. Clausura de la investigación. Requerimiento de juicio. Cuando el/la Fiscal considere que se encuentra agotada la investigación preparatoria y que no va a proponer otra forma de resolución del conflicto o ésta hubiera fracasado, formulará el requerimiento de juicio que contendrá la identificación del/la imputado/a y, bajo consecuencia de nulidad,

a) la descripción clara, precisa y circunstanciada del hecho y de la específica intervención del/la imputado/a, concordante con el decreto que motivara la investigación preparatoria y hubiera sido informado al/la imputado/a;

b) los fundamentos que justifiquen la remisión a juicio;

c) la calificación legal del hecho.

En el mismo acto ofrecerá las pruebas para el debate.

El/la Fiscal no podrá ocultar a la defensa la existencia de pruebas en contra o a favor del/la imputado/a. Las pruebas conocidas no ofrecidas no podrán incorporarse al debate”.

Una vez que el requerimiento llega al Tribunal que entendió en la etapa preparatoria, se le corre vista del mismo a las demás partes. En lo que respecta a la defensa, ésta puede oponer las excepciones que estime a dicho requerimiento, ya sea porque no cumple los requisitos formales, porque no contiene la hipótesis del caso o porque la que contiene no constituye delito o no es posible achacárselo al imputado.

Luego que la querrela y la defensa hayan tomado conocimiento de la acusación pública, el Tribunal debe fijar una audiencia de control, que es el segundo momento importante de esta etapa. Allí, el Tribunal escuchará a las partes sobre lo que tienen que decir respecto al documento acusatorio.

En este sentido, dice el Art.246 del nuevo CPPN:

“Vencido el plazo del artículo 244, la oficina judicial convocará a las partes y a la víctima, si correspondiere su intervención, a una audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes.

Como cuestión preliminar el acusado y su defensa podrán:

- a) Objetar la acusación o la demanda civil, señalando defectos formales;
- b) Oponer excepciones;
- c) Instar el sobreseimiento;
- d) Proponer reparación, conciliación, la suspensión del juicio a prueba o la aplicación del procedimiento de juicio abreviado;
- e) Solicitar que se unifiquen los hechos objeto de las acusaciones cuando la diversidad de enfoques o circunstancias perjudiquen la defensa;
- f) Plantear la unión o separación de juicios;
- g) Contestar la demanda civil.

Resueltas las cuestiones, cada parte ofrecerá su prueba para las dos (2) etapas del juicio y formulará las solicitudes, observaciones e instancias que estimare relevantes con relación a las peticiones realizadas y las pruebas ofrecidas por los demás intervinientes.

Las partes también podrán solicitar al juez que tenga por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio.

El juez evitará que en la audiencia se discutan cuestiones que son propias del juicio

oral y resolverá exclusivamente con la prueba que presentaren las partes.

Si las partes consideran que para resolver alguno de los aspectos propios de la audiencia de control es necesario producir prueba, tendrán a cargo su producción. Si es necesario podrán requerir el auxilio judicial.

El juez resolverá fundadamente todas las cuestiones en el orden que fueran planteadas”.

Como vemos, la etapa de control es el momento en donde se separa la paja del trigo; es decir, donde se desechan las cuestiones prejudiciales, donde se plantea todo lo que no tenga que ver estrictamente con el debate oral y donde se desechan las hipótesis acusatorias turbias o defectuosas o, llegado el caso, se subsanan, amén de ser la última posibilidad de instar al sobreseimiento, un archivo provisional o similar. Si luego de la audiencia el requerimiento ha pasado satisfactoriamente por todos estos filtros, entonces deberemos encaminarnos hacia el debate oral.

En aras de ello, aparece un tercer momento, o un primer momento de una segunda sub-etapa (la primera sería la de filtrado y desecho, y la segunda la de preparación al juicio oral), que es la presentación de la lista de pruebas a producir durante el juicio, por cada una de las partes: así, deben presentarse las listas de testigos, expertos, documentos, instrumentos y todo otro elemento a servir como prueba durante el debate oral.

En algunos ordenamientos, como en la ciudad de Buenos Aires, tanto el planteo de excepciones como la admisión de pruebas se suele hacer en la misma audiencia (cfr. arts. 197 y 210 CPPCABA). Por el contrario, en el nuevo CPPN, el Juez de control resuelve fundadamente por escrito, habiéndose planteado en la audiencia todo lo relativo a excepciones y pedidos.

Una vez que se produce la audiencia, y se han resuelto negativamente todas las excepciones y cuestiones ajenas al debate oral, el Juez de control deja la causa, la remite a la oficina respectiva (que suele ser una secretaría o dependencia administrativa especialmente creada al efecto), para que sortee el Tribunal de juicio (exceptuando al juez de control). Allí es cuando finaliza la etapa intermedia, dando lugar a la etapa de juicio, que formalmente comenzará cuando el Tribunal que haya resultado sorteado informe su constitución a las partes.

Respecto de qué elementos ha de recibir el Tribunal de juicio, el sistema acusatorio-adversarial impone que sea exclusivamente el requerimiento de juicio y el acta de la audiencia de control, así como la decisión del Juez respecto a las cuestiones allí planteadas. Mucho se ha hablado sobre el porqué los jueces de juicio no deben tener otros elementos más que ellos y la respuesta es sencilla: no los necesitan, en tanto y en cuanto la guía sea el documento acusatorio, y lo que deban merituar sea pura y exclusivamente lo que suceda en la audiencia de debate oral. En esto radica el verdadero sentido de la preclusión procesal acusatoria.

**Notas** [arriba] -

- [1] BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad Hoc, 1999, p.229.
- [2] VAZQUEZ ROSSI, Jorge. Derecho Procesal Penal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, T.I, p.351.
- [3] LEDESMA, Guillermo A.C., El proceso penal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, T., p.39.
- [4] Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, V Sesión Ordinaria, 29/03/2007, Despacho 1245.
- [5] CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Derecho Procesal Penal, Marcos Lerner, Córdoba, 1986, p.149.
- [6] CEVASCO, Luis J., Derecho Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, Ad Hoc, 2010, p.201.
- [7] Fallos, 328:1491.
- [8] CEVASCO, Ob. Cit., p.202.
- [9] JAUCHEN, Eduardo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, T.II, p.542.
- [10] JAUCHEN, Ob . Cit., p.543.
- [11] La Oficina Central Receptora de Denuncias, que funciona desde el año 1999, cuando se puso en marcha el Fuero contravencional y de faltas porteño.
- [12] Fallos, 327:5863.
- [13] MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, Ed. El Puerto, Buenos Aires, 2001, T.II, p.680.
- [14] JAUCHEN, Ob. Cit., p.190.
- [15] MAIER, Ob. Cit., p.680, pie de página.
- [16] Fallos, 321:2021.
- [17] Fallos, 320:1891.
- [18] Agradecemos para la elaboración de este punto a la pluma del Dr. Mariano N. La Rosa.
- [19] “Si bien la autoridad de prevención no carece de facultades para actuar cuando una situación resulta presuntivamente delictiva, la absoluta subjetividad en la intervención policial al determinar el “estado de sospecha” no habilita el proceder del preventor. La acreditación de la actitud que puede ser calificada como presuntamente delictiva habilitando, en consecuencia, el accionar policial no puede quedar sujeta al libre arbitrio del agente actuante, deben existir objetivamente y ser explicitadas por el preventor como fundamento a efectos de constatar la posible infracción. De quedar sujeta al arbitrio del preventor la “vigilancia” de lugares o personas, las conductas reprimidas se convertirían en una lista de “criterios en blanco” manejables por la autoridad que los define y les da contenido en cada situación.” (CPCF, Sala III, causa n° 34.865/2007 “Galván, Roxana Gabriela s/inf. Art. 116, Organizar y explotar juego sin autorización, habilitación o licencia-CC”, rta. 15/04/2008).
- [20] A.G. res. 34/169, anexo, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) p. 186, ONU Doc. A/34/46 (1979).
- [21] LA ROSA MARIANO R., CATINELLI RODOLFO E., “Las últimas reformas al Código Procesal Penal de la Nación”, El Derecho, suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal del 29 de Abril de 2003.
- [22] CARRIO ALEJANDRO “Facultades policiales en materia de arrestos y requisas, ¿Qué puede hacer la policía y qué no?”, L.L. 1988 E. pág. 269 y sstes.
- [23] En esa dirección se ha entendido que: “La sola circunstancia de que el personal

policial haya denotado un “cierto nerviosismo” no justifica la requisita personal dado que no es dable suponer que por ello, se oculten en el cuerpo cosas relacionadas con un delito. Esto no habilita al Tribunal a declarar la nulidad pretendida, puesto que sería necesario que se cumplieran medidas probatorias que permitan conocer, mas allá de lo que consta en las actas del personal preventivo, las circunstancias previas a la requisita que hubieran podido justificarla” (CCC Fed. Sala I, “MONZÓN, Rubén M s/nulidad”, causa 30.045, rta. el 27/8/98).

[24] SANDRO JORGE ALBERTO “Síndrome del maleante e intervención policial drástica” L.L. Suplemento de Jurisprudencia Penal, 28/9/98.

[25] Prohibición que a su vez dimana de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General, y en la que se estipula que: «[Todo acto de esa naturaleza] constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos [y otros instrumentos internacionales de derechos humanos]».

[26] ASTURIAS MIGUEL A., BUSTOS VENTURA DANIEL, en ALMEYRA-BÁEZ, “Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y Anotado”, La Ley 2007, Tomo II, pág. 55.

[27] TSJ CABA, 27/09/2010, Expte. n° 6784/09 Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: „Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184 inc. 5 –CP–” y expte. n° 6785/09

“Ministerio Público –Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: „Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184 inc. 5 –CP–”

[28] BOVINO, Alberto - LOPARDO, Mauro y ROVATTI, Pablo, Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica, Ed. Del Puerto, 2012, p.43.

[29] DEVOTO, Eleonora A. “Los límites de la intervención del fiscal en la suspensión del juicio a prueba”, Sup. Penal de septiembre de 2010, La Ley, 132

[30] Fallos: 333: 858.

[31] En este sentido, la jurisprudencia porteña ha dicho que “El sentido de la exigencia del consentimiento del/a acusador/a estatal, como titular de la acción penal, en el marco de un sistema de justicia penal orientado hacia un modelo acusatorio formal solo puede consistir en un juicio de oportunidad político criminal respecto de la persecución penal de un caso particular y esas deben ser razones que, según el ordenamiento jurídico, puedan ser tomadas en cuenta para una decisión de tal carácter”. CAPCyF, Sala III, Causa N° 9694-02-00/12: Inc. Apel. en “Pérez, Karina y ots. s/Art. 181 inc.1 CP”.03/12/2014.

[32] CEVASCO, Ob. Cit., p.210.

[33] CAFFERATA NORES, José, “Garantías y sistema constitucional” en Garantías constitucionales y nulidades procesales I, Revista de Derecho Penal, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001, pág.132.

[34] BACIGALUPO, Enrique, El debido proceso penal, ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, pág. 87.

[35] Caso Genie Lacayo del 29 de enero de 1997.

[36] Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso N° 11.245 Informe 12/96 del 1° de marzo de 1996.

[37] Fallos, 272:188.

[38] Fallos, 321:2826, rta. 15/10/1998, “Kipperband”, Fallos, 322:360; “Barra” causa N° 2053-W-31, rta. 9/03/04.

[39] PASTOR, Daniel, El plazo razonable en el proceso del estado de derecho, Buenos

Aires, Ad -Hoc, 2002, pág. 612.

[40] CEVASCO, Ob. Cit., pp.205-206.

[41] CHIARA DÍAZ, Carlos A. (Dir.) - LA ROSA, Mariano (Coord.), Derecho Procesal Penal, Astrea, Buenos Aires, 2013, T.1, p.195.

[42] La Ley 9.754 (B.O. 09/01/07) es quizás uno de los esfuerzos acusatorios codificados más importantes del país, pues destaca su diseño de avanzada, la impronta oral, adversarial y contradictoria, lo que lo ubica dentro de los documentos a tener en cuenta al momento de enunciar los avances legislativos provinciales, muy por encima de lo que acontece a nivel nacional.