

## *¿Quién es el verdadero instructor?*

*por María Sol Castex*

### ***Aclaración preliminar***

El objeto del presente trabajo es emprender el abordaje de una serie de problemas que se presentan en el ámbito jurisdiccional, particularmente durante la etapa de instrucción. El fallo elegido será utilizado como disparador de la problemática que presenta particularmente esta etapa del proceso penal.

La génesis de estos problemas se encuentra en el mismo CPPN. Me refiero a la inconsistencia que presenta este cuerpo legal que, en términos de Pastor ha nacido viejo y caduco<sup>1</sup>, a lo que cabe adunar las reformas parciales introducidas, que han provocado y provocan un mar de situaciones problemáticas que, lejos de ofrecer una solución ágil a los conflictos sociales, generan procesos eternos debido a sus falencias. Asimismo, veremos que tampoco cumple con los estándares mínimos de respeto a las garantías constitucionales<sup>2</sup>.

### ***Introducción***

El fallo trata de un recurso de queja por apelación denegada planteado ante la Cámara Federal Apelaciones de Mar del Plata<sup>3</sup> por el fiscal, contra el auto dictado por el juez de primera instancia, mediante el cual denegó las medidas de prueba solicitadas por aquél, entre ellas, la petición de allanamiento del presunto lugar de los hechos denunciados. Cabe aclarar, que la investigación se encontraba delegada al fiscal en los términos del art. 196 del CPPN.

Ahora bien, como punto de partida interesa destacar una frase del fallo, que ilustra nuestro sistema de justicia durante la etapa investigativa: "...el Juez de instancia conserva la dirección del proceso y es el **verdadero instructor de la causa**".

Esta aseveración pone de manifiesto que la cultura inquisitiva aún predomina, y el rol secundario que aún se le atribuye al fiscal, pese a que tal como sostiene Binder, el Ministerio Público Fiscal nació hace más de un siglo desde su

---

<sup>1</sup> PASTOR, Daniel R., "El Derecho Procesal Penal de los años noventa: balance y memoria de un fracaso rotundo" Tensiones ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 223 y ss.

<sup>2</sup> AHUMADA, Carolina, "Las llamadas "investigaciones preliminares" y el desafío de una reforma integral del proceso penal", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal n° 6/2010, Ed. Perrot.

<sup>3</sup> CNA de Mar del Plata, causa n° 6638 bis, "Sr. Fiscal Dr. Colombo interpone recurso de queja por apelación denegada en causa n° 5377", 30 de marzo de 2011.

origen francés<sup>4</sup>. Debemos pues, reflexionar sobre cuál es el rol procesal del fiscal. ¿Qué lugar debe ocupar en la fase investigativa?

### ***La confusión de los roles procesales y sus consecuencias***

Esta confusión de roles procesales proviene de dos circunstancias. En primer lugar, del mismo CPPN, que nació inquisitivo y a través de distintas reformas se intentó suavizarlo mediante la incorporación de ciertos elementos de corte acusatorio, situación que tal como sostiene Pastor terminó por desnaturalizar todo el régimen e impidió su correcto funcionamiento, porque él está preparado para funcionar sin ellos debido a que son cuerpos extraños al sistema y no los tolera<sup>5</sup>.

Pero el problema no termina allí. Existe una cultura inquisitiva que lo rodea, que le da vida. Así, tenemos un código que permite la delegación discrecional de la instrucción y que, a su vez le concede al juez la facultad de retomarla cuando le plazca, situación que en la práctica, ha devenido en el convencimiento de algunos jueces de que ellos son los amos y señores del proceso. Ello adunado a un Ministerio Público Fiscal que institucionalmente no se ha desarrollado, como dice Maier es aún un adolescente, con fiscales que en el proceso penal son considerados simples colaboradores, con un rol difuso y secundario.

Al respecto, Binder sostiene que *“en América Latina, la cultura judicial es inquisitiva, tan inquisitiva como lo era en la España de Felipe II y dentro de ella el Ministerio Público no es un adolescente, es un extraño, (...), el invitado a una fiesta (porque está allí, ha sido invitado) pero que nadie sabe para que está o que se espera de él”*<sup>6</sup>.

Es decir, el problema es que el sistema inquisitivo quedó intacto ya que mantuvo la instrucción judicial y sobre todo al juez inquisidor, un sistema procesal que ha generado una cultura propia<sup>7</sup>, que impide contar hoy con un proceso penal que dé respuesta a los conflictos sociales existentes de manera rápida, eficiente y eficaz.

Incluso, no debemos soslayar una cuestión sobre la cual existe suficiente consenso en la doctrina: la instrucción a cargo del juez viola la garantía de imparcialidad, el juez no puede perseguir y juzgar. Esta situación con la que

---

<sup>4</sup> BINDER, Alberto M., “Política Criminal de la formulación a la praxis”, Ad hoc, Buenos Aires, 1997, pág. 164.

<sup>5</sup> PASTOR, Daniel R., “El Derecho Procesal Penal de los años noventa: balance y memoria de un fracaso rotundo” Tensiones ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 230.

<sup>6</sup> BINDER, Alberto M., “Política Criminal de la formulación a la praxis”, citado, pág. 169.

<sup>7</sup> BINDER, Alberto M., “Política Criminal de la formulación a la praxis”, citado, pág. 164

convivimos a diario, no resulta respetuosa del modelo que impone la Constitución Nacional y los compromisos asumidos por la Argentina a través de importantes tratados internacionales de derechos humanos.

El actual código procesal penal confunde los roles procesales ya que ha deformado las cosas de tal manera que el *requirente es el controlador del decisor, que el que elige la estrategia de investigación se llama juez y además el que decidirá la suerte posterior de la actividad investigativa, se llama "fiscal"*<sup>8</sup>.

La concentración de funciones (investigación, decisión y control), tal como sostiene Binder, ha mantenido lozana a la figura del juez inquisidor. Ello ha devenido en la carencia de un buen investigador, de un buen control sobre la investigación, y de un decisor oportuno<sup>9</sup>.

Esta confusión de roles es una de las mayores trabas al correcto funcionamiento de la administración de justicia penal.

### ***Oralidad vs Dilación del proceso***

Otro problema es el de la falta de oralidad en la etapa instructoria y este fallo es un claro reflejo de algunos de los conflictos que ello acarrea.

Actualmente existe una formalización de la investigación que genera procesos eternos, debido a que todo se realiza por escrito siguiendo un determinado ritual. Ello contribuye a la sobrecarga de trabajo en los juzgados e impide que se de importancia a lo que realmente es trascendente para la resolución del conflicto.

Ni el imputado ni las demás partes conocen al juez, salvo por sus resoluciones, surgen todo tipo de planteos dilatorios, muchas veces inconducentes, alargando aún más el proceso y vulnerando el derecho constitucional a obtener una respuesta judicial en un plazo razonable<sup>10</sup>.

La falta de oralidad impide dar respuesta rápida a los planteos, lo que constituye uno de los mayores problemas que presenta actualmente nuestro sistema de justicia. Pensemos en el fallo que estamos comentando: el fiscal

---

<sup>8</sup> NICORA, Guillermo, "¿el fin de la adolescencia?", AAVV, "El proceso penal adversarial", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 91.

<sup>9</sup> BINDER, Alberto M., "Política Criminal de la formulación a la praxis", citado, pág. 221 y 222.

<sup>10</sup> AHUMADA, Carolina, "Las llamadas "investigaciones preliminares" y el desafío de una reforma integral del proceso penal", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal n° 6/2010, Ed. Perrot.

solicita autorización para practicar un allanamiento. Si dicha medida hubiese sido solicitada en audiencia oral la situación sería distinta por varias razones:

-en primer lugar, al tratarse de una medida inminente y secreta – allanamiento-, luego de realizado el trámite recursivo, la misma perdió toda virtualidad, pasaron meses, el destinatario de la medida ya está enterado, se perdió tiempo etc.

-por otro lado, la oralidad permite que el juez mantenga un contacto directo con el fiscal y no por medio de un papel, y a su vez posibilita que éste pueda expresar todas las razones y mostrar las pruebas con las que cuenta para fundar su petición, habilitando un diálogo fluido propio de la dinámica que ofrece la oralidad.

Ahora bien, independientemente de este caso concreto, uno de los puntos clave de la oralidad, es que cumple con los requisitos de contradicción e intermediación, ya que las partes pueden discutir en la audiencia la procedencia de determinadas medidas, sobre todo aquellas que son restrictivas de garantías constitucionales (luego se tratará este tema dentro de un proceso adversarial como posible solución).

El sistema actual resulta ineficaz e ineficiente. Así vemos como una cuestión que debe ser resuelta de manera urgente, como es un allanamiento, termina tardando meses, con planteos recursivos. Lo más grave de todo es que el mismo código es el que permite *un verdadero festín recursivo para todas y cada una de las etapas de la investigación, alargando los plazos de la investigación*<sup>11</sup>, demostrando así su inoperancia.

Este es solo uno de los ejemplos que ponen de manifiesto la falta de eficiencia que existe actualmente. Tal como describe Binder, una de las fallas fundamentales de nuestros sistemas de justicia penal radica en la carencia de verdaderos sistemas de investigación<sup>12</sup>. Así nos encontramos frente a una etapa investigativa a cargo de un juez de instrucción que concentra un gran número de actividades, incompatibles entre sí, que ponen en tela de juicio su imparcialidad; un proceso en su mayoría escrito que cuenta con expedientes que recopilan pruebas y toda clase de informes conectados por proveídos<sup>13</sup>, dilatando así el

---

<sup>11</sup> NEUMANN, Juan Manuel, “Puntos para lograr una investigación penal garantista y eficaz”, AAVV, “El proceso penal adversarial”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 174.

<sup>12</sup> BINDER, Alberto M., “Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal”, Ad hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 21.

<sup>13</sup> AHUMADA, Carolina, “Las llamadas “investigaciones preliminares” y el desafío de una reforma integral del proceso penal”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal n° 6/2010, Ed. Perrot.

proceso y vulnerando garantías constitucionales, sumado a que la falta de oralidad produce una mayor dilación del proceso por las causas antes expresadas.

### ***Necesidad de reforma***

Tanto los problemas planteados en el presente trabajo, como muchos otros que surgen cotidianamente en el ámbito de la justicia penal, ponen en evidencia la necesidad de elaborar una reforma integral del CPPN, respetuoso del modelo que impone la CN y los pactos internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestro país (art. 75, inc. 22, CN).

La problemática hasta aquí planteada es consecuencia de haber mantenido vigente el sistema inquisitivo o mixto. Esta situación no ha escapado al análisis y preocupación de muchos doctrinarios, lo que ha llevado a que se presente en junio de 2010 un proyecto integral de reforma del CPPN, me refiero al llamado "Proyecto Albrieu". La iniciativa se basa en un proyecto elaborado por el INECIP. Éste propone un cambio de paradigma basado en un sistema adversarial cuyo fin es eliminar cualquier resabio inquisitivo.

Veamos algunos de los lineamientos centrales de la propuesta con respecto a la etapa del proceso que en el presente trabajo nos ocupa:

- desformalización de la investigación
- sustanciación de audiencias orales en todas las etapas del proceso
- la investigación preliminar y preparatoria se encuentra a cargo del Ministerio Público Fiscal

Propongo estos tres puntos de análisis pues considero que representan una posible solución a los problemas que se han mencionado.

La desformalización de la investigación, a través de la eliminación del expediente, tiene como fin crear sistemas de investigación idóneos y flexibles con capacidad para gestionar los altos niveles de conflictividad<sup>14</sup>. A tal fin, el Fiscal forma un legajo de investigación (art. 200)<sup>15</sup> mediante el cual recopila *información*

---

<sup>14</sup> BINDER, Alberto M., "El incumplimiento de las formas procesales", Ad hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 44.

<sup>15</sup> ART. 200- LEGAJO DE INVESTIGACIÓN. *"El 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 Fiscal y contendrá la decisión de apertura de la investigación en los términos del Art. 222, 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. La desformalización del registro de investigación no impedirá que la defensa acceda a toda la información que se haya recolectado durante la investigación".*

con el fin de verificar si es viable acusar o no. Ello implica que ya no será necesario continuar con el formalismo y la rigidez del actual sistema, pues como se dijo, no se recopilan pruebas para luego ser reproducidas en el juicio (sistema actual) sino que solo se recopila información.

Los códigos de corte adversarial incorporan esta idea de *recolección de información* lo cual implica privar de todo carácter probatorio a la información colectada. Así lo expresa el art. 201 del proyecto en cuanto dispone que “*Las actuaciones de investigación preparatoria no tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado...*” De esta manera, se redimensiona el rol del juicio oral y público como espacio necesario para controlar y producir la prueba<sup>16</sup>, etapa procesal garantizada por la intermediación, contradicción y publicidad.

Es importante destacar, que dentro de la idea de desformalización queda incluida la actividad de los letrados, pues estos pueden formar su propio legajo, el cual no estará sujeto a ninguna formalidad, teniendo que recurrir al fiscal o al juez para realizar diligencias solo cuando fuese necesaria su intervención (art 131)<sup>17</sup>. De esta manera, se le asigna a la defensa un rol participativo dentro de la etapa de investigación, provocando un mayor equilibrio en aras de la igualdad procesal (igualdad de armas), circunstancia que en la actualidad no existe. Tanto el fiscal como la defensa deben ser entendidos como verdaderos adversarios, rivales en el proceso, debiendo desplegar todo su potencial en defensa sus intereses procesales.

En la primera parte del trabajo tratamos el grave problema de la confusión de roles que genera el actual CPPN, desvalorizado tanto la función jurisdiccional como la función investigativa, por lo que resulta necesario establecer una clara separación entre ellas<sup>18</sup>. Pues bien, la desformalización no sólo implica una forma

---

<sup>16</sup> BINDER, Alberto M., “Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal”, citado, 95 y 96.

<sup>17</sup> ART. 131- REGLAS SOBRE LA PRUEBA. *La recolección y admisibilidad de la prueba se ajustará a las siguientes reglas procesales: 1) La recolección de los elementos de prueba estará a cargo del Fiscal que actuará bajo los principios de objetividad y buena fe, y deberá requerir autorización judicial previa sólo en los casos en que este Código así lo establece. 2) Las demás partes podrán recolectar por sí las pruebas que consideren necesarias y sólo recurrirán al Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, según el caso, cuando fuese necesaria su intervención. 3) Los jueces no podrán de oficio incorporar prueba alguna. 4) Sólo se admitirán medios de prueba que guarden relación, directa o indirecta, con el objeto del proceso, sean útiles para la aplicación de la ley y no resulten manifiestamente sobreabundantes. No podrá denegarse prueba cuando para su producción hubiere conformidad de las partes. 5) Cuando se postule un hecho como notorio, el órgano jurisdiccional, con el acuerdo de todas las partes, puede prescindir de la prueba ofrecida, declarándolo comprobado en el auto de apertura del juicio. El Juez puede durante la audiencia prevista en el Art. 248, provocar el acuerdo entre las partes, cuando estime que, según las pruebas ofrecidas, se trata de un hecho notorio.*

<sup>18</sup> NEUMANN, Juan Manuel, “Puntos para lograr una investigación penal garantista y eficaz” citado, pág. 178.

de llevar adelante los registros (se elimina el expediente tal como lo conocemos en la actualidad), sino que implica en primer lugar, otorgarle al Ministerio Público Fiscal un nuevo espacio, en el cual deberá contar con capacidad y facultades necesarias para lograr sus objetivos sin una estructura rígida más que la de garantizar al imputado el derecho de defensa. Por otro lado, se revaloriza la función jurisdiccional, debido a que el magistrado aparece como un juez de garantías llamado a *decidir* sobre cuestiones en las cuales se encuentran comprometidas las garantías del imputado. Así, será posible implementar durante esta etapa una fase dinámica, flexible y ágil, libre de formalidades innecesarias que solo sirven para demorar el proceso.

Lo cierto es que el sistema inquisitivo ha generado que los operadores del sistema vean en el expediente una forma de control del respeto por las garantías, y asumen que es el modo lógico de llevar adelante el procedimiento<sup>19</sup>. Sabemos que esto dista mucho de la realidad, pues son muchas las garantías que conculca (imparcialidad, publicidad y contradicción entre otras). Es por ello, que la eliminación del expediente, debe ir acompañado de oralidad durante la etapa preparatoria. Ello implica que ciertas cuestiones sean resueltas en audiencia oral, en presencia de las partes involucradas en el proceso, lo cual permite garantizar una mayor amplitud, eficacia y control sobre las decisiones que se tomen. La oralidad permite controlar la actividad de las partes y a su vez genera transparencia en el sistema<sup>20</sup>.

Si bien es fundamental dentro del nuevo diseño procesal eliminar toda tendencia a la escritura, es importante entender la oralidad no como un trámite más, sino como un espacio en el cual se explota de manera más efectiva la comunicación entre los distintos sujetos involucrados. Permite que las partes estén cara a cara, realicen peticiones expresando sus razones, cumpliendo con los principios de contradicción, intermediación y publicidad. Tal como dijimos en la primera parte del trabajo, no es lo mismo que la solicitud presentada por Fiscal para que se practique una prueba sea hecha por escrito, que de cara al juez, debido a que la oralidad permite que haya contacto entre los sujetos, que se establezca un diálogo fluido propio de la dinámica que ella ofrece.

Por otro lado, agiliza el proceso, debido a que en la audiencia el juez debe decidir, garantizando la justicia pronta, puesto que también tiene como objetivo evitar el entorpecimiento del curso de la investigación con planteos que tengan como fin dilatar el proceso, reduciendo el ámbito para la interposición de cuestiones inconducentes.

---

<sup>19</sup> "IUD, Alan, "Impacto de la oralidad en la reducción del uso de la prisión preventiva, AAVV, "El proceso penal adversarial", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 282.

<sup>20</sup> GARCÍA YOMHA, Diego y MARTÍNEZ, Santiago, "Lineamientos para una investigación desformalizada. El cambio cultural del expediente al legajo de investigación", Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, pág 279/335.

Por ello, y en relación a nuestro caso, *las facultades recursivas deben ser minimizadas a los casos en donde realmente exista una afectación de derechos que no sea factible reparar posteriormente*<sup>21</sup>. De esta manera, en casos como el del fallo, todo se hubiese tratado en una audiencia oral, evitando semejante dilación.

A su vez, en ese acto procesal quedan definidos los roles, evitando que los jueces se arroguen funciones de las partes<sup>22</sup>. Se produce así un equilibrio garantizado por la participación de las partes intervinientes en el proceso. La audiencia es un espacio en el cual se encuentran claramente separadas las funciones de quien tomará las decisiones trascendentales para los derechos del imputado, las de quien se ocupará de investigar y probar su acusación, otorgando a quien es perseguido, el derecho a contradecir toda aseveración en su contra, de manera sencilla, directa y clara<sup>23</sup>. Incluso, en el proyecto, se encuentra prevista la posibilidad de realizar audiencias unilaterales, para aquellos casos en que la presencia de la otra parte prive de virtualidad y eficacia la medida, por ejemplo el caso de un allanamiento (artículo 139 *in fine*)<sup>24</sup>.

Es importante destacar, que uno de los cambios más importantes que introduce el proyecto es que la dirección de la investigación ya no estará a cargo de un juez, sino de otro órgano distinto e independiente, el Ministerio Público Fiscal, lo cual surge de una correcta interpretación de la Constitución Nacional. De esta manera quedan claramente separadas y definidas las funciones de investigar y acusar (a cargo de MPF), de la de controlar el respeto de las garantías constitucionales y decidir (a cargo de los jueces).

Tal como se expresó anteriormente, la confusión de roles que genera el actual CPPN ha desvalorizado tanto la función jurisdiccional como la función investigativa, es por ello, que *debemos colocar al juzgador en el lugar que le corresponde: el de un sujeto no comprometido con los intereses en juego, que sea*

---

<sup>21</sup> NEUMANN, Juan Manuel, “Puntos para lograr una investigación penal garantista y eficaz”, citado, pág. 183.

<sup>22</sup> AHUMADA, Carolina, “Las llamadas “investigaciones preliminares” y el desafío de una reforma integral del proceso penal”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal n° 6/2010, Ed. Perrot.

<sup>23</sup> NEUMANN, Juan Manuel, “Puntos para lograr una investigación penal garantista y eficaz”, citado, pág. 205.

<sup>24</sup> ART. 139- TRAMITE DE LA AUTORIZACIÓN. “...El juez podrá convocar a audiencia unilateral previo a tomar la decisión.”

*ecuánime y que actúe con la máxima neutralidad posible*<sup>25</sup>. Ello implica a su vez, otorgarle al MPF el lugar que le corresponde, lugar por cierto, que ya le ha otorgado la CN.

Así, el magistrado aparece como un juez de garantías durante la investigación, como límite a los poderes del fiscal, como garante de las reglas del debido proceso. En términos de Binder, cada vez que durante esta etapa esté en juego algún derecho constitucional o una de las libertades cívicas será necesaria la autorización del juez<sup>26</sup>. Este límite a los poderes del Ministerio Público Fiscal, implica el equilibrio que debe existir en el ejercicio del poder penal, pues garantiza el respeto por los derechos del imputado<sup>27</sup>. En este contexto, quedan reservadas al juez las actividades decisorias y las de control de garantías.

Es importante aclarar el rol protagónico que deberá tener el Ministerio Público Fiscal en el nuevo procedimiento, el cual deberá otorgarle amplias facultades de investigación, con el fin de dar una respuesta a los conflictos sociales de manera satisfactoria. Para ello, tendrá que trazar una estrategia, sin intromisión judicial, en tanto y en cuanto, no se afecten derechos constitucionales, acudiendo al juez de garantías en aquellos casos en que se requiera la aplicación de una medida cautelar u otra intromisión a derechos constitucionales<sup>28</sup>.

Frente a esta realidad, resultaría casi imposible que alguien asevere, como en el presente caso, que el juez de instancia conserva la dirección del proceso y es el **verdadero instructor de la causa**.

### ***Consideraciones finales***

Resulta inevitable una decisión política que impulse una reforma integral del CPPN, un sistema procesal penal respetuoso de las disposiciones constitucionales y los compromisos internacionales asumidos por Argentina. Pero eso solo no

---

<sup>25</sup> NEUMANN, Juan Manuel, "Puntos para lograr una investigación penal garantista y eficaz", citado, pág. 178.

<sup>26</sup> BINDER, Alberto M., "Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal", citado, pág. 99.

<sup>27</sup> BINDER, Alberto M., op.cit. pág. 99.

<sup>28</sup> NEUMANN, Juan Manuel, "Puntos para lograr una investigación penal garantista y eficaz", citado, pág. 185 y 186.

alcanza, puesto que además, será necesario un cambio sustancial en la forma de pensar el proceso por parte de los operadores del sistema. Esta es una deuda pendiente que nuestro país tiene con la democracia, y en la medida en que no tomemos conciencia de las falencias que este cuerpo legal tiene, las cuales se trasladan cotidianamente a todas aquellas personas que llegan a nuestros tribunales en busca de ese valor llamado justicia, estaremos más cerca del autoritarismo que de la democracia.