

# Capítulo 4

## El régimen de la Acción Penal.

### 1. Concepto.

La palabra acción puede considerarse como sinónima del vocablo derecho, porque intrínsecamente denota la existencia de un poder que puede ejercer toda persona (física o jurídica) siempre que dicha potestad se ampare en una norma jurídica preestablecida (derecho objetivo). Si sostenemos la sinonimia entre *derecho* y *acción*, encontraremos varios efectos prácticos, a saber

- a) *Directamente estamos fundamentando la naturaleza de un medio de defensa muy utilizado en el ámbito de los tribunales por parte de los defensores, cual es, la excepción de falta de acción, significando -el excepcionante- la ausencia de un derecho que pueda sostener en un proceso cualquiera, el demandante o el querellante particular, ya que la supuesta pretensión que invoca no está refrendada por el derecho sustantivo o el derecho adjetivo, según sea una falta de legitimación activa (ad-causam) o la ausencia de legitimación procesal (ad-processum);*
- b) *Indirectamente estamos admitiendo la necesidad de la existencia de un previo requerimiento (al más puro estilo dispositivo) o ejercicio de alguna pretensión por parte del “autorizado” (damnificado) legalmente para requerir o sostener una imputación contra cualquier persona a quien se sindique como autor o partícipe de un hecho punible. Vale decir, el régimen de la acción penal, en nuestro caso, perfila un presupuesto imprescindible para hablar de la existencia de un proceso penal ajustado a las reglas mínimas exigidas por la Constitución de la República, y;*
- c) *Deduciendo lo expuesto, surge que nunca puede haber proceso sin el previo ejercicio de una acción, la cual, a su vez, debe sostenerse en una autorización legítima (jurídica) previamente señalada en una ley sustantiva o adjetiva, claro está, anterior al hecho que motivará el procedimiento.*

Se puede afirmar que la naturaleza del régimen de la acción es muy simple, porque su ejercicio pone en evidencia en la necesidad política señalada constitucionalmente de dirimir un conflicto que pone en serio riesgo el bien jurídico más trascendente después de la vida misma, cual es, la libertad de locomoción de las personas. Esta singularidad que difiere notoriamente de las demás disciplinas procesales, se traduce en la preexistencia de un órgano de acusación (según el momento en que se la ejerce) que formula una pretensión amparada en el derecho sustantivo, más esto no implica una negación que toda persona afectada o damnificada por algún hecho que repunte criminoso, la ejerza aún en la hipótesis probable que no pueda sostenerla adecuadamente, o sea, que pueda consolidar con certeza lo afirmado al formular inicialmente su pretensión.

El derecho de acción es una potestad o una facultad amparada en una norma de carácter objetivo que surge del derecho constitucional de *petición a las autoridades* y cuya protección en cuanto al ejercicio de dicha *potestad* reside en una vinculación de aquélla con el derecho sustantivo. En materia penal, apenas un pequeño segmento de las acciones permite realizar la operación lógica expuesta por el concepto transcrito -de la *autonomía de la voluntad de las partes*- predominante en el derecho civil, ya que siendo *regla* casi

exclusiva, el ejercicio obligatorio de la acción penal encomendada a un órgano estatal (Ministerio Público) que actúa bajo los principios de oficialidad y estatalidad, según se estudiará en su oportunidad.

De esta manera, el ejercicio de la **acción penal** es resultado de una potestad o deber conferido a determinadas personas u órganos para ejercer frente a los órganos jurisdiccionales previamente designados y constituidos, una pretensión punitiva a los efectos de averiguar si el hecho se produjo efectivamente y si de la investigación se reúnen los datos relevantes para determinar la existencia de una conducta relevante para el derecho penal, así como la identificación del o los responsables (a quienes se garantiza el ejercicio pleno e irrestricto de sus derechos procesales), reclamar la aplicación de la ley penal sustantiva en nombre de la sociedad y del Estado -o por la víctima-, la cual se producirá -única y exclusivamente-, si se confirma la hipótesis punitiva a través de una decisión judicial imparcial e independiente.

## 2. Fundamento de su regulación.

### *¿De dónde se origina el derecho de accionar penalmente?*

La respuesta es muy sencilla: del derecho penal sustantivo que predetermina bajo qué hechos punibles se admite la persecución del órgano público y en los demás casos -la excepción a la regla- sólo es permitida la persecución por parte del particular damnificado.

De esta manera, se reglamenta el derecho constitucional de peticionar a las autoridades, a través del derecho penal, y conforme a esta secuencia jerárquica de normas que intervienen en la *génesis* de la acción penal, la norma secundaria (*Código Penal*) habilita su ejercicio a los *autorizados legalmente*.

La amplitud del ejercicio del derecho de petición que está previsto en el artículo 16 de la Constitución (*ejercicio de los derechos en juicio*) permite vincular íntimamente tres niveles jurídicos:

- a) Derecho Constitucional (*facultad de peticionar a las autoridades*);
- b) Derecho Penal (*reglamentación del derecho de petición en la jurisdicción penal determinando la naturaleza y las personas habilitadas para ejercerlo*), y;
- c) Derecho Procesal Penal (*del cual es su pieza inicial para mover la jurisdicción penal y a través de las diversas actuaciones que pueden efectuar los interventores en el proceso, se podrá obtener la satisfacción del requerimiento punitivo del actor, o por el contrario, se podrá obstaculizar, impedir o extinguir de diversas formas esa pretensión*).

Entonces, el objeto de la acción penal es un presupuesto autónomo al derecho penal material, pero es *condictio sine quae non* para la existencia de un proceso penal, atendiendo a los pasos previos y posteriores consignados. A fin de evitar errores que corrientemente se verifican en el derecho penal, es que parece oportuno distinguir entre lo que muchos consideran elementos conexos de esta institución, cuando que realmente no es tan así.

Nos referimos pues a las expresiones *acción penal* y *pretensión punitiva*, respectivamente.

A través de la acción penal se habilita -como un deber institucional emanado de la ley penal, por regla- al órgano estatal constitucionalmente señalado a ejercer (*mediante requerimiento*) la investigación de un supuesto hecho punible que afecta gravemente un interés social en el conflicto generado por la inobservancia del precepto penal (*en principio*). Mientras que por la pretensión punitiva se quiere significar la preexistencia y persistencia de un derecho estatal (*en sentido general*) a la punición que se manifiesta con una *promesa de investigación objetiva del supuesto delictivo* (*deber de investigar y ejercer la acción penal pública*), el que recién se efectiviza (*en una etapa posterior de*

la investigación y consecuente admisión de la acusación concreta) al concluir el juicio que contenga una sentencia condenatoria a la persona culpable.

### **3. Influencia de su ejercicio sobre el Derecho.**

Existe una estrecha relación entre el derecho y la acción, ya que a través del ejercicio de ésta se pueden conservar los derechos, que por lo general son prescriptibles, lapso que se interrumpe en lo penal con los criterios jurisprudenciales que se conocen como *secuela del juicio*.

- a) *En cuanto a la suspensión de la prescripción, la misma se da en los casos de obstáculos formales para la persecución penal (cuestión prejudicial atinente al desafuero de un funcionario que está protegido por ese instituto), quedando a salvo la pretensión punitiva del Estado cuando desaparezca el obstáculo.*
- b) *También el ejercicio de la acción puede modificar el derecho sustantivo (el contenido de la pretensión del actor), cuando en el curso del proceso impulsado por el Ministerio Público se produce un cambio cualitativo de la información que permite ampliar la reclamación inicial, siempre que con ello no se vulnere el principio de congruencia que debe existir entre la acusación y los hechos debatidos en la audiencia que genera, posteriormente, en un caso hipotético, la sentencia condenatoria. Asimismo, la protección del derecho sustantivo que invoca el actor, puede extinguirse, si durante el proceso el acusador no formula su acusación en el plazo legal, omisión que provoca la extinción de la acción penal y con ello la pretensión punitiva.*
- c) *La falta de sostenimiento de una acusación en plazo oportuno, por aplicación de la regla nem bis in ídem (prohibición de persecución múltiple), impide una nueva persecución penal.*
- d) *Idénticas consecuencias se producen cuando el acusado es absuelto o se admite su sobreseimiento. Con el mismo razonamiento, si se dicta una sentencia condenatoria, el cumplimiento de la sanción por parte del afectado resultará de la sentencia (recaída en el proceso, mediante el correcto y efectivo sostenimiento de la acusación) y no del derecho sustancial que originariamente sirviera de sustento a la promoción de aquella.*
- e) *El ejercicio de la acción también puede constituir un nuevo derecho, el que surge del “resultado final” del proceso penal. Así, la sentencia condenatoria consolida la expectativa de una pretensión derivada del delito condenado y que habilita plenamente a la víctima para reclamar indemnización de los daños y perjuicios emergentes del hecho condenado.*
- f) *Por último, el ejercicio de la acción impide, a veces, que ese derecho sea transferido a determinadas personas, como los abogados que intervinieron en el proceso (ejemplo: la necesidad de contar con un poder especial que permita discernir correctamente la pretensión del damnificado en los casos de querrela adhesiva, o, la imposibilidad de renunciar o efectuar transacciones en el curso del proceso, ya que la disponibilidad de la acción pertenece exclusivamente a la víctima y no a sus apoderados). Por regla, la acción penal es intransferible, salvo el caso de los herederos de la víctima que pueden instar el procedimiento o proseguir la querrela instaurada, según la naturaleza del hecho punible por el cual se pretenda continuar la imputación.*

### **4. Maneras de promover la acción penal.**

El Código Penal inserta una modalidad novedosa en el régimen tradicional de la acción penal y que consiste en la condición previa de una instancia de la parte afectada o damnificada por el hecho. Significa que la víctima o los autorizados legalmente (*parientes, tutores, curadores o el Ministerio Público en casos taxativos*) previamente deben poner en conocimiento del órgano requirente (*Ministerio Público*) mediante denuncia de la perpetración de un delito que los afecta directa o indirectamente, en cuya circunstancia, el Ministerio Público recién puede hacerse cargo de sostener la

acción penal pública (la persecución), mediante el proceso penal reglado en la legislación secundaria.

De esta manera, se puede decir que la clásica división de la *acción penal en pública y privada* subsiste de la lectura de los Códigos Penal y Procesal Penal, pero si nos ceñimos exclusivamente al texto del Código Penal, notaremos la absoluta prevalencia del régimen de la acción pública, difiriendo solamente en lo que se refiere a su *ejercicio* que adopta dos modalidades: la acción penal pública *directa u oficiosa* y la acción penal pública *indirecta o sujeta a la previa instancia de la parte afectada o la víctima en particular*.

Lo que debe quedar claro es que la *instancia del procedimiento* a cargo de la *víctima*, no significa que el hecho punible sea de acción privada, *sino que sigue perteneciendo a la órbita de la acción pública, sólo que el Ministerio Público no puede iniciar una investigación penal en forma oficiosa o unilateral, sino que debe esperar que la víctima inste el procedimiento* (según el artículo 98 del CP el plazo para instar es de *seis meses* contados desde la realización del hecho o el conocimiento de su autor o participante) por vía de una denuncia o querrela adhesiva, bastando, en puridad, la existencia de una denuncia para habilitar al Ministerio Público a ejercer la acción penal pública.

La manera práctica y útil para verificar una distinción entre los hechos punibles de acción pública cuya persecución la puede iniciar el Ministerio Público en forma oficiosa o a instancia previa de la víctima en la forma expuesta precedentemente, se puede esquematizar de la siguiente manera.

- A. *Acudiendo a la Parte Especial del Código Penal, en la cual leeremos cada tipo legal y de su texto completo e integral verificaremos si hace referencia a la siguiente locución (que puede ser textual o similar al que transcribimos a continuación): "...La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima", con lo cual está refiriendo que se trata de un caso reglado por los artículos 97 y 98 del Código Penal. Es decir, un hecho punible cuya persecución a cargo del Ministerio Público está sujeta a la previa instancia de la víctima en el lapso de 6 (seis) meses.*
- B. *Si de la lectura en la forma consignada en el literal anterior, no se hace mención de esta especial cualidad, entonces el hecho punible es de acción pública pura o su persecución a cargo del Ministerio Público puede darse en forma oficiosa.*
- C. *De esta manera, se preserva el principio de que el Ministerio Público sobre la base del principio de legalidad, estatalidad y oficialidad mantiene el predominio del ejercicio de la acción penal pública, sin condiciones previas y sólo excepcionalmente, en los casos expresamente establecidos en la Parte Especial del Código Penal, se restringa levemente, mediante una condición previa e indispensable que constituye la instancia previa de la víctima.*

Fuera de las condiciones expuestas, la acción penal privada subsiste por decisión posterior del legislador, cuando se consigna en la Ley N° 1286/98 que sanciona el *Código Procesal Penal*, cuyo artículo 17 determina taxativamente los hechos punibles de *acción privada*, es decir, en los cuales *no es parte el Ministerio Público* y sólo se puede *iniciar el proceso penal sobre la base de una acusación particular*, coyuntura específica en la que el *querellante que siempre es la víctima* en el concepto legal del artículo 67 del CPP y adopta el carácter *autónomo*, precisamente porque siendo la base del sistema acusatorio -*"nemo iudex sine actore"*- (en una traducción al castellano más o menos amplia de lo que se pretende transmitir como idea-fuerza: *no habrá juicio o proceso penal sin previa acusación pública o particular*), al no aplicarse este pequeño segmento excepcional a la regla de que el proceso penal se promueve por vía de la acción penal pública a cargo del Ministerio Público, para constituir válidamente el proceso se requiere una acusación particular en sustitución a la *pública* por la naturaleza del hecho punible que, reiteramos, es de *acción privada*.

Una cuestión final que debe considerarse: los hechos punibles de *acción privada* previstos en el artículo 17 del CPP, originariamente eran de *acción penal pública dependiente de la instancia previa de la víctima*, por lo que tal conversión se dio por decisión exclusivamente legislativa y sobre

bases pragmáticas, aunque el autor de este material quiere manifestar su absoluta discrepancia, ya que tal discriminación legislativa no se circunscribió a criterios prácticos y razonables. Y esto surge fácilmente de la lectura del catálogo del artículo 17 del CPP (los hechos punibles de acción pública “convertidos” en acción privada), en el que ciertas conductas como la *lesión*, *lesión culposa*, *violación de domicilio*, *daño*, etcétera no concitan, en los hechos, una posibilidad de acceso a la justicia por parte de la víctima, principalmente cuando se trata de una víctima “de escasos recursos”.

Bien sabemos que la *querrela autónoma* exige el patrocinio de abogado, y, por ende, implica un costo económico que mal podría sufragar una persona de escasos recursos. No está por demás recordar lo reiterado en clase, cuando notamos de la cruda realidad que gran parte del segmento que se ubica entre imputados y víctimas de hechos punibles presentan una peculiar y triste coincidencia: la realidad de sus padecimientos por el hecho y la impotencia de enfrentar al sistema judicial, desde su posición, por las condiciones económicas paupérrimas. He allí la base de la crítica de quien escribe estas líneas.

En puridad, la conversión de los hechos punibles de acción pública “dependientes de la previa instancia de la víctima” (Código Penal) a hechos punibles de acción “privada” (Código Procesal Penal) se puede visualizar sencillamente acudiendo a los tipos legales previstos en el código de fondo y los tipos legales de acción privada en el código procesal penal, para encontrar el origen y una explicación, si bien exclusivamente formal, por lo menos, un elemento para fundar esta diferenciación.

En elevada síntesis, podemos concluir:

- a) El Título VI Del Código Penal menciona solamente la *Instancia del Procedimiento* dentro de la *Parte General del Libro Primero*, sin involucrar de una manera concreta a la *Acción Privada*, figura consagrada en la Constitución de la República (*artículo 23*).
- b) Por esta razón debemos acudir, como fuente suplementaria del régimen de la acción penal, al texto constitucional que, finalmente, se convierte en la integradora de las inadvertencias gastadas por la legislación de fondo.
- c) En virtud del Código Penal todos los hechos punibles que requieren instancia de la víctima son de acción pública derivada, mientras que las que no precisan de este mecanismo previo son puramente de acción pública.
- d) La razón por la que se reconocen ciertos delitos de acción pública que requiera la previa instancia de la víctima, se sustenta en que si bien la sociedad se interesa en la investigación de todos los hechos punibles perpetrados, todos ellos no se pueden conocer *directamente* por el Ministerio Público.
- e) Existen numerosos acontecimientos que un representante de la sociedad mal podría *enterarse*, porque la esencia de un Estado Republicano no es la del *control hegemónico de todos los ámbitos de la vida del ciudadano*, que más bien es un rasgo típico de los totalitarismos.
- f) De esta manera, obviando la necesidad de una previa instancia de la víctima, la acción penal siempre es pública (*según el Código Penal*), ya que la protección de algunas conductas valiosas por la norma penal es de interés público (*en todos los hechos punibles de la parte especial*), de lo que se deriva que la falta de previsión de los delitos de acción privada responde a una decisión de política criminal.
- g) El rescate de la víctima entendido como el derecho que tiene a sostener, exclusivamente y en determinados hechos punibles, el ejercicio de la acción sin participación del órgano fiscal, se advirtió en el artículo 23 de la Constitución, que explica los alcances de la exigibilidad de la prueba de la verdad en delitos de acción privada, con lo que se patentizaba que la propia normativa fundamental asentía la figura imprevista, como se advirtió, en el Código Penal.
- h) Con este nuevo elemento de convicción, se incluyó dentro del régimen de la acción - *artículo 17 del CPP*- un catálogo de *Delitos* que sólo se pueden perseguir a través del ejercicio de la acción exclusiva por parte del ofendido o particularmente damnificado, con prescindencia del órgano estatal requirente.

La **bifurcación** de caminos en cuanto al tratamiento del régimen de la acción en el **Código Penal** y **Código Procesal Penal**, respectivamente, generó las siguientes consecuencias:

1. *El capítulo de la instancia del procedimiento que en términos más sencillos fundamenta el régimen de la acción penal, se remite a dos cuerpos legales, contrariando una técnica legislativa apropiada. de tal manera que el interesado en esta materia, debe acudir al código de fondo y de forma para terminar de estudiar el régimen correspondiente a las maneras de ingresar al procedimiento penal;*
2. *Los hechos punibles individualizados como de acción penal privada por virtud del artículo 17 del CPP corresponden a situaciones que originariamente estaban previstas en el CP como perseguibles a instancia de la víctima;*
3. *por efecto de esto último, la naturaleza de la acción penal pública dependiente de la instancia de la víctima, es modificada por el CPP y con ello disminuye el catálogo de las mismas y su consecuente impacto político-criminal para cada caso específico, y;*
4. *Se restituye el capítulo del procedimiento especial para los hechos punibles de acción privada que en el modo originario previsto por el Código Penal resultaba inaplicable.*

# Capítulo 5

## Las Salidas Alternativas al Procedimiento Ordinario.

### 1. Su diferenciación del modo “normal” de concluir el procedimiento ordinario.

Analizamos este módulo formulándonos la siguiente pregunta: *¿por qué hablamos de salidas alternativas al procedimiento?* Y agrego todavía más a la pregunta inicial, *¿qué son las denominadas salidas alternativas o alternas al procedimiento ordinario?* La respuesta se concentra entonces en los siguientes aspectos a saber, los cuales, en su conjunto, explican acabadamente las razones del legislador para su incorporación “novedosa” al régimen de la acción penal.

- a) Por un lado, por virtud del artículo 268.2 y 269.3 de la CN, al instituirse el Ministerio Público, se le atribuye, con carácter exclusivo, el ejercicio de la acción penal pública.
- b) Esto se reglamenta positivamente en el Código Penal cuando establece que los hechos punibles son de acción penal pública pura (porque la persecución la puede iniciar el Ministerio Público en forma oficiosa) y la acción penal pública derivada, mediata o dependiente de la instancia previa de la víctima. Esto último implica, según vimos en los apartados anteriores, que el Ministerio Público sigue siendo el titular indiscutido de la acción pública, sólo que para iniciar la investigación o persecución, depende que la víctima le ponga en conocimiento previo del hecho, claro está, en los casos señalados en el Código Penal (Ejemplo: el artículo 133 del CP que regla el hecho punible de acoso sexual que exige la instancia de la víctima para dar origen a la persecución penal del Ministerio Público), sin cuya condición -que debe ejercerla en el plazo máximo de seis meses contados desde que haya tomado conocimiento del hecho o de la persona del autor- no es posible el procedimiento penal a cargo de la institución oficial y pública (Ministerio Público).
- c) Recuérdese que por virtud del Artículo 18 del CPP el Ministerio Público tiene el deber de ejercer la acción penal pública en los casos establecidos en la ley, pudiendo prescindir, cesar, suspender o culminar su ejercicio en la forma y condiciones también predeterminadas por el CPP. Esta norma es la que confiere fundamento a las denominadas “salidas alternativas al procedimiento ordinario”.
- d) Para los hechos punibles de acción penal pública (directa u oficiosa e indirecta, mediata o dependiente de la instancia previa de la víctima) se regla un procedimiento ordinario, distinguiéndose así de los procedimientos especiales (entre los cuales, se encuentra el regulado en el CPP para los hechos punibles de acción privada), y, bien sabemos que la manera “tradicional” o “normal” (por usar expresiones cómodas que pretenden explicar el tópico) de concluir el procedimiento ordinario es a través de una sentencia definitiva (absolutoria o condenatoria, según el caso), es decir, no se plantea la posibilidad de que un proceso penal de acción pública no concluya a través de la sentencia definitiva, porque este es el acto y hacia ella se dirigen los actos procesales previos tendientes a dilucidar si el hecho es punible o no y si es posible conminar la responsabilidad penal al procesado. Esta última operación, sólo es posible, con el dictado de una *sentencia definitiva*.

- e) En consecuencia, el *modo de culminación normal de un procedimiento ordinario es la sentencia definitiva absolutoria o condenatoria*, porque así está previsto en todos los códigos procesales.
- f) Sin embargo, el CPP reconoce la posibilidad de que existan causas penales -en los casos expresamente establecidos por su propia normativa- de que culminen en forma *anticipada*, es decir, de manera previa, o mejor aún, muy anterior al dictado de una *sentencia definitiva*, para lo cual, se instituyen ciertas figuras que reconocen realidades que se dan en el proceso y que evitan la sobrecarga de causas penales en los cuales ya no existe un interés social relevante y en el que prima especial interés el ánimo reparatorio entre víctima y victimario, o, fundamentalmente porque se trata de hechos punibles de escaso reproche o mínima repercusión social (las partes en litigio se conciliaron, el imputado resarcó a la víctima, el imputado obró con una notoria disminución del grado de reprochabilidad, el Código Penal prevé para el caso concreto un reproche reducido o la gravedad de las consecuencias del hecho generado por el imputado se trasladaron al mismo de manera tan dolorosa, que el mismo recibió una consecuencia más gravosa de la que produjo por su propio hecho como se da con los casos de pena natural), y, en estos casos, reiteramos, estrictamente permitidos por el CPP, se permite *culminar anticipadamente el procedimiento ordinario* (ya que lo que cesa, se suspende o se neutraliza por medio de un acuerdo entre víctima y victimario con consentimiento del órgano judicial es la *acción penal pública*) sin que se agoten todas las etapas del proceso, y, consecuentemente, se dicte una sentencia (se exceptúa el caso del juicio abreviado, pero lo mismo constituye una salida alternativa al procedimiento ordinario, porque se obvia una etapa del proceso penal, cual es, el juicio oral y público).

En suma, se denominan *salidas alternativas al procedimiento ordinario* las instituciones previstas expresamente en el CPP que permiten cesar, suspender o extinguir el ejercicio de la *acción penal pública* sin que se agote todo el trámite que, *normalmente*, culmina con el dictado de una *sentencia definitiva* (absolutoria o condenatoria). Estas figuras permiten una descarga importante del trabajo al Ministerio Público, confiriéndole capacidad de concentración con relación a las causas realmente complejas y comprometidas con el interés social relevante, a la vez de permitir la plenitud de la función restauradora por vía de la conciliación o consenso entre las partes principalmente interesadas en determinados hechos punibles, con lo cual se restablece la paz social o se redefine el conflicto de una manera menos traumática y con mayor eficiencia y anuencia de las partes en litigio.

## 2. Los criterios de oportunidad.

La matriz principio de legalidad significa que *los hechos punibles (definidos en el código penal, ordinariamente) deben ser perseguidos por un órgano estatal encargado de requerir la investigación y, conforme a la constatación de la hipótesis sostenida en el requerimiento, formular la acusación en nombre y representación de la sociedad y del estado (pretensión punitiva)*, lo que se discute es si dicha persecución “obligatoria” o fundada en un deber jurídico es aconsejable para todos los casos o solamente para los que afectan con mayor gravedad los bienes jurídicos encapsulados por las normas del derecho penal sustantivo.

Analizados estos aspectos, es conveniente abordar el punto relativo a la supuesta *imprescindibilidad del ejercicio de la acción penal pública*, para determinar si existe, en realidad, algún impedimento que genere una salida real y eficiente a la persecución penal.

Inicialmente podría sostenerse *-superficialmente-* que la norma constitucional a la cual nos remitíamos al estudiar el principio de legalidad *-el artículo 268.3 de la CN-* impediría aplicar el criterio de prescindencia relativa o restringida de la acción pública más conocida como criterios de oportunidad. Sin embargo, leyendo con especial atención dicha norma constitucional, encontramos que la misma no es un dispositivo “cerrado”, ya que de su contexto se puede coincidir con la opinión que



en el mismo nivel de discusión expusiera el conocido jurista argentino **José Ignacio Cafferata Nores** señalando: “...en ningún lugar la Constitución expresa, que cada vez que se comete un hecho de los que la ley anterior tipifica como delitos, se deba imponer una pena o deba iniciarse un proceso. Además, aun cuando reconoce expresamente la necesidad de acusación presupuesto del juicio (“acusación, juicio y castigo” es la secuencia prevista por la Constitución en ese tramado), no ordena que aquélla se produzca en todo caso...”.

De esta manera, el mandato es imperativo en cuanto a la investigación y planteamiento de una hipótesis acusatoria en los delitos de acción penal pública, más la prescindencia de esa persecución no está expresamente prohibida porque se encuentra ante la posibilidad –el órgano de acusación pública- de usufructuar otros remedios alternativos que permitan una “solución real” del caso, antes que una meramente “formal e idealizada” del litigio penal.

Esta alternativa es perfectamente aprehendida por el sucedáneo del principio de legalidad constitucional y que lo prevé el artículo 18 del CPP que habilita una regla de apertura al expresar: “Legalidad. El Ministerio Público estará obligado a promover la acción penal pública en los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que existan indicios fácticos de la existencia de los mismos. Cuando sean admisibles, se aplicarán los criterios de oportunidad establecidos en este código”. Consecuentemente, la CN no “cierra” la posibilidad de reglamentar el principio de legalidad, aspecto que depende del derecho secundario y que, claro está, debe articularlo el derecho procesal penal al que se encarga la regulación de todo lo concerniente a las formas de motivar la jurisdicción para aplicar, en su tramo final y definitivo, el derecho penal sustantivo.

De acuerdo con el artículo 18 del CPP, el principio de oportunidad consiste en la potestad jurídica que dispone el órgano encargado de la persecución penal de prescindir el ejercicio de la acción penal pública, o de suspender su ejercicio provisoriamente, o de restringir dicho ejercicio en cuanto a hechos y personas imputadas, por razones de política criminal y situaciones procesales predeterminadas en la misma ley, pese a concurrir las condiciones ordinarias (objetivas y subjetivas) para perseguir y eventualmente solicitar el castigo por la perpetración de la hipótesis punible.

Del concepto se pueden abstraer una serie de elementos sustanciales que permiten discernir su significado institucional:

- ✓ Es una potestad jurídica, porque la misma debe ejercerla primaria y necesariamente -aunque no indispensablemente-, el órgano encargado de la persecución (Ministerio Público), por lo que se prescinde para los casos de hechos punibles dependientes de instancia de parte o de acción privada, que disponen de otros conductos para la obtención de la cesación de la persecución punitiva;
- ✓ Esa potestad puede consistir en la cesación de la persecución, en la suspensión condicionada de esa persecución o en limitar esa persecución a determinados hechos y personas;
- ✓ Esas facultades se reglamentan en la ley procesal penal, fuera de las cuales, no cabe una interpretación extensiva o analógica; su regulación jurídica no permite una disponibilidad discrecional absoluta, sino que está sujeto al control jurisdiccional a los efectos de precautelar los intereses sociales, de la víctima y las garantías para el imputado, y;
- ✓ Por el alcance de la terminología, el Ministerio Público sólo podrá ejercer esta potestad hasta antes de la admisión de la acusación que origine el juicio oral y público, aunque otras legislaciones admiten esta salida hasta antes de dictarse sentencia.

Entonces, la obligación de perseguir penalmente los hechos de acción pública sigue siendo la regla y la prescindencia o cese de dicho ejercicio la excepción, siempre que exista resolución favorable del tribunal y que se reúnan ciertos requisitos como el consentimiento del imputado y de la víctima, respectivamente; esta posibilidad de prescindir la persecución penal la prevé el artículo 19 del CPP.

Así tenemos que el principio de legalidad está sustentado, primariamente, por limitaciones como la *irretractabilidad* y la *indispensabilidad (obligatoriedad inexcusable de promover la acción)*, pero esta interpretación básica –profundizando un poco más el análisis normativo– cede ante la posibilidad que permita al Ministerio Público disponer del ejercicio de la acción penal bajo condiciones explícitas que es lo que se conoce como aplicación de *criterios de oportunidad*, que a su vez, puede ser: *limitada, taxativa o reglada por la ley y libre o amplia*, dejando a cargo del órgano el ejercicio de la acción penal. Conforme a la lectura del artículo 19 del CPP, la aplicación de criterios de oportunidad a cargo del Ministerio Público es *taxativa, limitada o reglada*.

## 2.1 Los presupuestos para su admisibilidad.

El artículo 19 del CPP admite la aplicación de criterios de oportunidad en los siguientes casos:

- a) Que dicho planteamiento lo efectúe el Ministerio Público;
- b) Que dicha solicitud lo puede efectuar en cualquier momento de las dos etapas que componen lo que resumidamente podría denominarse como “preparación de la acusación” (investigación e intermedia, respectivamente);
- c) Que la solicitud debe ser sometida a la aprobación del juez penal o juez de paz, en su caso, y;
- d) Que existen criterios taxativamente establecidos en el mismo artículo 19 en concordancia con las normas del Código Penal que permitirían analizar la procedencia o no de esta solicitud.

Ahora bien, la *oportunidad reglada* del CPP permite distinguir las diversas hipótesis, a saber:

El inciso 1º del artículo 19 dice: “*cuando el procedimiento tenga por objeto un delito, que por su insignificancia o por el grado de reproche reducido del autor o partícipe, no genere un interés público en la persecución...*”. Esto significa que la restricción para la aplicación del criterio de oportunidad se ciñe solamente a los delitos y no a los crímenes (que por virtud del CP podrían generar una sanción privativa de libertad superior a los 5 años).

La insignificancia tendría que sopesarse conforme a elementos objetivos y subjetivos conjuntamente por el juez penal o juez de paz, en cada caso. Por ende, la expresión no es cláusula *cerrada*.

El entendimiento de lo que implica la expresión, según el Diccionario de la Real Academia Española se sintetiza como: “... *cosa muy pequeña o cantidad muy pequeña o de muy poco valor...*”, indistintamente al hecho en particular y los bienes jurídicos afectados por aquel. En cuanto al hecho se debe atender al *escaso disvalor del resultado* como se da en el caso de la tentativa inacabada, que sería el aspecto objetivo a ser tenido en cuenta. A esto debe añadirse, las condiciones subjetivas de tiempo, modo y forma en que se produjo la tentativa en *concreto*, sin perder de vista un elemento de ponderación *objetiva* referente al valor e importancia del daño que estuvo en peligro de consumarse por la tentativa.

En cuanto a ese último elemento, el **artículo 172 del CP** establece la persecución penal pública “oficiosa” cuando el delito afecte *alguna cosa mueble cuyo valor exceda los diez jornales mínimos*, pero este parámetro no debe adoptarse con un criterio “absoluto”, ya que el valor en jornales mínimo puede exceder a los diez jornales y aun así, considerarse que el hecho resulta insignificante por la actitud que adopta el imputado frente al hecho y al daño que pretende resarcir, o la propia víctima considera admisible la prescindencia merced al acuerdo suscrito con el imputado. Es decir, se rein-

tegran las condiciones de modo, tiempo, lugar y personales “concretos” del hecho que podría beneficiarse con esta salida alternativa.

Nótese que en los hechos punibles contra el patrimonio se puede tentar una salida consensual como los acuerdos reparatorios que podrían servir de base para la prescindencia de la persecución penal y, en este instituto, no existen limitaciones respecto al valor económico del bien mueble o inmueble afectado; en consecuencia, la limitación objetiva que surge del primer numeral del artículo 19 del CPP es que la prescindencia de la persecución penal debe sostenerse en delitos y nunca en crímenes.

Otro elemento objetivo que puede despejar las dudas en cuanto a la interpretación del artículo 19.1 del CPP cuando habla del *escaso reproche o reproche reducido*. La reprochabilidad o culpabilidad debe entenderse como “*la reprobación basada en la capacidad del autor de conocer la antijuridicidad del hecho realizado y de determinarse conforme a ese conocimiento*”, vale decir, en “*querer cometer el hecho y conducir su conducta conforme a la obtención de ese resultado dañoso*”. Esta definición exige la concurrencia de un grado objetivo de autodeterminación del agente de tal forma que sea *imputable*, o sea, que tenga la aptitud de conocer *la antijuridicidad de su obrar y la posibilidad cierta y razonada de poner todos los esfuerzos de ese comportamiento para realizar el resultado conocido que provee la conducta antijurídica, pudiendo desviarla a otra distinta, prefiriendo aquélla*.

No obstante, también existen circunstancias que tornan *imposible comprender la antijuridicidad de la conducta del agente*: incapacidad psíquica, trastorno mental, desarrollo psíquico incompleto o retardado y grave perturbación de la conciencia; también se puede dar el caso de algún *error de prohibición vencible*: cuando se desconozca la existencia de una norma penal que sanciona una determinada conducta (el extranjero que consume marihuana y posee una cantidad superior a los diez gramos y que desconoce la punición de dicha tenencia por virtud del artículo 30 de la Ley N° 1340/88), los casos de defensa putativa (cuando el agente cree ser agredido ilegítimamente y reacciona, cuando que realmente estaba siendo objeto de una broma) y la situación de un grupo no integrado al contexto social y por ende le resulta difícil comprender eficientemente las prohibiciones del texto normativo penal (el indígena que desconoce ciertas conductas como punibles, cuando que en su sistema organizacional no existe similar prohibición).

Otro modo de mensurar el escaso reproche es a través de la *inexigibilidad de otra conducta* que autoriza la realización de un hecho antijurídico para desviar de sí mismo, de un pariente, o de otra persona allegada un peligro presente para su vida, su cuerpo o su libertad. Finalmente, *la irresponsabilidad* que prevé el CP en su artículo 21 para los menores que no hayan cumplido catorce años de edad.

Todas las hipótesis previstas en el CP pueden merecer la aplicación del principio de oportunidad fundado en el escaso reproche del hecho punible, quedando a criterio del juez analizar las consideraciones objetivas y subjetivas que, indudablemente, deben concurrir para su pertinencia. Este catálogo primario no impide que las “*circunstancias análogas*” a las *predichas puedan ser incluidas a los efectos de prescindir de la persecución penal por virtud del artículo 19 del CPP*, pero debe consignarse que todas ellas encuentran una limitación punitiva y que consiste en la expectativa de sanción que no podrá exceder los cinco años de privación de libertad, vale decir, exclusivamente para los casos de delitos.

Una cuestión final respecto al punto analizado: *una mala redacción del inciso en cuestión no trasluce la finalidad de lo que se entendería por escaso reproche o por el concepto de delito*, es por eso que la jurisprudencia tendría que reinterpretar la expectativa de pena de hechos punibles que no excedan los cinco años de privación de libertad, con la posibilidad que el marco penal señalado expre-

samente por cada tipo (5 años) se concentre a la pretensión punitiva (*calificación del hecho y solicitud de eventual sanción, mediante*) que formule el Ministerio Público, en cada caso.

El inciso 2° del artículo 19 del CPP expone otro caso de oportunidad, al señalar que: “... *el código penal o las leyes permiten al tribunal prescindir de la pena*”; la aplicación irrestricta del principio de legalidad penal provocaba, muchas veces, un “*resultado*” que no se compadecía con las circunstancias “*estrictamente fijadas en la norma penal*” y esta es la situación de las *sanciones naturales* que el agente o imputado recibía mediante el hecho del cual resulte responsable. Ejemplo: el conductor del automóvil que en compañía de su menor hijo cruza una luz roja del semáforo en una esquina muy transitada y resulta embestido -por esa negligente omisión- por un camión que cruzaba en la arteria que daba con luz verde y por efecto de esa colisión se produce la muerte del párvulo a más de lesionar al conductor del camión. La sanción “moral” que recibirá el imputado es superada con creces por la que podría recibir “penalmente”, por lo que atendiendo a las particularidades del caso, se puede prescindir de la sanción.

El artículo 64 del CP dice: “*Prescendencia de la pena. Cuando el autor hubiera sufrido, por su propio hecho, consecuencias de tal gravedad que ostensiblemente no se justificara agregar una pena, el tribunal prescindirá de ella. Esto no se aplicará cuando proceda una pena privativa de libertad mayor de un año*”. Aparentemente la norma penal impide la vigencia de este principio de prescendencia para casos que superen el año de privación de libertad; empero y del análisis, el Ministerio Público tendría que justificar mediante su petición de “expectativa de punición concreta” una calificación que *no excederá del año de privación*, por lo que podría incorporarse a los casos de *delitos cuya máxima sanción puede ir hasta cinco años*.

Para la admisión del principio de *oportunidad* por virtud de los *incisos 1ª “insignificancia del hecho o escaso reproche del hecho” y 2º “casos de prescendencia de la pena”*, se requerirán a más de los elementos fácticos expuestos, la necesidad que el imputado “... *haya reparado el daño ocasionado, haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de reparación...*”. Dicha norma necesariamente no excluye la postura que pueda asumir en este requerimiento, la víctima. No obstante, la admisión de la prescendencia tampoco puede quedar supeditada a la voluntad particular de aquélla, cuando las expectativas de reparación ofrecidas por el imputado son objetivamente suficientes; aún con la oposición empeñada de la víctima, los requisitos ineludibles para que prospere la solicitud de prescendencia son: la anuencia del Ministerio Público y el acuerdo del juez o tribunal.

Algunos señalan que la *prescendencia de la posición de la víctima*, constituye una renuencia a los derechos de aquélla en cuanto a demandar la reparación integral del daño ocasionado por el delito, siendo que la misma es la principal “afectada” por el hecho; sin embargo, el proceso penal no es el escenario para que el Estado a través de sus órganos de acusación, arremetan contra el imputado como una suerte de “preferencia de los intereses particulares sobre los intereses sociales”. Después de todo, ante la insatisfacción de la víctima por el acuerdo o la voluntad de reparación que ofrece el imputado, tiene expedita la vía para reclamar de una forma efectiva y menos onerosa, la reparación del daño ocasionado por el delito, a través del procedimiento especial previsto en el CPP.

El inciso 3° del artículo 19 del CPP también habla de la *saturation de penas* como causal para la admisión del criterio de oportunidad, cuando reza: “*cuando la pena que se espera por el hecho punible carece de importancia en consideración a: a) una sanción ya impuesta; b) la que se espera por los demás hechos punibles que constituyen el objeto de procedimientos pendientes; o c) la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero*”. Una característica del derecho penal *contemporáneo* consiste en el otorgamiento de una función a la sanción, que por virtud del

*artículo 20 de la CN* bregará por “... *la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad...*”.

De esta manera, la implantación de *condenas o sanciones con privaciones de libertad indeterminadas en el tiempo (casos de privación perpetua o las que excedan de las expectativas lógicas de vida del condenado)* resultan incompatibles con el mandato constitucional; esto es lo que conlleva el texto del artículo 38 del CP –con su reforma por Ley N° 3440/09- cuando indica: “*Duración de la pena privativa de libertad. La pena máxima de libertad tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de treinta años. Ella será medida en meses y años completos*”. La concordancia del precepto constitucional con el CP se encuentra en el artículo 39.1 que reza: “...1) *el objeto de la ejecución de la pena privativa de libertad es promover la readaptación del condenado y la protección de la sociedad...*”. La imposibilidad de que el condenado pueda recibir una sanción superior a los 30 (treinta) años de privación libertad surge del contexto del *artículo 71 del CP que establece la necesidad que el juez o tribunal fijará una pena unitaria que, lógicamente, en la sumatoria por varias infracciones autónomas que ameritan una sanción, no podrá exceder el máximo de lo previsto en el artículo 38 del CP.*

Desde esta perspectiva, si el imputado es objeto de varios procedimientos en los cuales resultaría una sanción que satisfaga las expectativas punitivas máximas del artículo 38 del CP, sería intrascendente continuar un trámite de cuyo resultado nunca se podrá obtener una máxima de 30 (treinta) años, vale decir, que si después de los esfuerzos del esfuerzo estatal en la persecución, lo único que se obtendría es una resolución por la cual se unificarían las sanciones sobre la base del artículo 38 del CP (en realidad, será meramente declarativa, porque en los anteriores procedimientos la sanción podría llegar al máximo, lo que imposibilitaría “agregarle” un aumento por el hecho condenado en el procedimiento actual). Es por eso que para evitar los esfuerzos ilógicos de la estructura estatal en la persecución delictiva, si existen procedimientos anteriores cuya expectativa es una sanción claramente suficiente en los términos del artículo 38 del CP o que existe una sanción ya impuesta con un marco punitivo suficiente o la que podría corresponder al imputado por un procedimiento aplicado en el exterior, se autoriza al Ministerio Público a plantear el criterio de oportunidad.

El fundamento es “complejo”: a) *por una parte, por razones de economía de recursos y porque los marcos penales no puede trasvasarse al máximo previsto, lo que descansa en el objeto de las penas que es un mandato constitucional, y; b) por la otra, atendiendo a la eficacia de una persecución penal de otros hechos en los cuales no existe la expectativa de una sanción adecuada y que requiere de un esfuerzo concreto del Ministerio Público, para lo cual, se busca optimizar esa función en “hechos relevantes desde una visión de proteger los intereses sociales gravemente afectados por el delito o crimen”.*

El inciso 4° del artículo 19 es un presupuesto que guarda relación con la *saturación de penas*, pero que se lo aparta del contexto porque directamente se prefiere “no perseguir” un hecho punible cometido en nuestro territorio por tratarse de un imputado que igualmente podría ser objeto de reclamación en el extranjero y en el cual existen mejores posibilidades de una investigación y consecuente sanción. En efecto, la misma disposición encuentra “eco” con las reglas internacionales de “cooperación” en la persecución punitiva, de cuyo contexto, un país con mayor desarrollo en la averiguación de hechos punibles que afectan intereses transnacionales bien podrían ser analizados en el extranjero (ejemplo: el imputado que falsifique moneda norteamericana en el país y cuyos resultados afectan intereses económicos nacionales como del país cuya falsificación de moneda también lo sanciona, podría ser más efectivo que se lo remita a los Estados Unidos,

porque en dicho país se disponen de mejores medios para posibilitar una sanción, en cuyo caso, se puede ordenar su extradición o expulsión, según el caso).

En el caso de los incisos 3° y 4° del artículo 19 del CPP no se establece la condición de reparar o el acuerdo de reparar el daño por parte del imputado hacia la víctima, en razón de que se trata de circunstancias que podrían discutirse en los otros hechos sobre los cuales versan los anteriores procedimientos o la sanción ya impuesta, por el principio de unificación de sanciones. No obstante, el daño ocasionado por el hecho a la víctima y la prescindencia en este sentido, no impiden que ésta puede plantear este accesorio como elemento para la admisión de este presupuesto ante el juez y que este señale esa pauta (caso por caso) con el derecho de recurrir que dispone en caso de negativa a tal planteamiento; o destacar su insatisfacción por la expectativa de punición obtenida en los restantes procedimientos, solicitando se reanude el proceso hasta obtener el resultado requerido; o bien, una vez consolidada la expectativa de punición al imputado por los otros hechos en los cuales surjan condenas, solicite la unificación de las mismas con el hecho prescindido y en tal carácter, pueda ejercer por vía del procedimiento especial para la reparación del daño, esa petición concreta; o, finalmente, una vez obtenida la sanción por los otros procedimientos, en el proceso en el cual se prescindiera la persecución, obtenga una resolución del juez que disponga las razones de la prescindencia, dejando expedita la vía para reclamar civil o en el mismo ámbito la responsabilidad emergente del delito.

## **2.2 Efectos que produce la admisión del criterio de oportunidad con relación al procedimiento penal.**

Por regla general, para los casos de admisión del principio, la acción penal pública quedará extinguida en relación al participante en cuyo favor se decide esta salida (artículo 20 del CPP). De esta manera, se prescinde respecto a la voluntad esgrimida por el imputado en el procedimiento, más si la prescindencia se sustenta en la *insignificancia del hecho*, los efectos de la decisión de aquélla decisión se extenderán a todos los demás participantes. La excepción está constituida por el inciso 3° en la cual se suspende el ejercicio de la acción penal pública, hasta que se dicte la sentencia respectiva, momento en el que se resolverá definitivamente sobre la prescindencia de la persecución penal. Claro está, si la sentencia no satisface las expectativas por la cuales se ejerció esta prescindencia momentánea, el juez podrá reanudar –de oficio o a pedido de parte- su trámite, decisión que será irrecurrible cualquiera sea el sentido de aquélla (admitiendo o denegando la continuidad del trámite suspendido por virtud del inciso 3°).

Finalmente, *¿hasta qué momento se puede plantear el principio de oportunidad en el proceso penal?* En procedimientos tramitados integralmente por el CPP hasta la *audiencia preliminar* que corresponde a la Etapa Intermedia (inclusive en el mismo momento de la audiencia preliminar oral, cualquiera de ellas las puede plantear en forma verbal).

## **3. La suspensión condicional del procedimiento.**

### **3.1 Caracterización de dicha figura.**

Otra de las instituciones postuladas por las tendencias modernas de la política criminal e incorporada al CPP es la suspensión condicional del proceso penal, conocida en la expresión anglosajona como *probation*.

Consiste en la solicitud que efectúa el Ministerio Público de suspender temporalmente la investigación y consecuentemente la acción penal pública respecto al imputado, siempre que éste lo consienta y que repare el daño social o particular ocasionado por el hecho, con una admisión de los hechos, lo que no puede entenderse como una admisión de culpabilidad anticipada, ya que justamente lo que se suspende es el proceso del cual pudiera resultar una sanción por virtud de una sentencia que ponga fin a la causa penal.

A diferencia de la figura del criterio de oportunidad, la aplicación de la probation o suspensión condicional del procedimiento, es que por este instituto se “suspende” la tramitación de la causa penal y no se produce la extinción de la acción como se da con el primero de los institutos abordados; además, la suspensión está condicionada al cumplimiento de una serie de pautas o reglas de conducta que la persona del imputado se compromete observar por un lapso que debe oscilar entre un mínimo y un máximo que lo fija el juez para cada caso, el que transcurrido sin que el afectado se aparte de aquéllas, provoca la extinción del procedimiento y consecuentemente de la acción penal intentada.

Este mecanismo alternativo de “salida” al litigio penal es uno de los medios idóneos para evitar el ingreso masivo de procesos que impiden una efectiva respuesta punitiva del estado, principalmente, del Ministerio Público, que es el órgano que debe poner iguales esfuerzos para perseguir todos los hechos delictivos.

Mediante esta *suspensión* se descongestiona el contenido de causas penales y se logra una respuesta efectiva respecto a las causas abiertas por hechos realmente graves y que afectan sensiblemente a la conciencia y al conjunto de la sociedad, con lo cual se ahorran recursos y medios para concentrarlos en los procesos complejos que exigen una respuesta concreta; además, la suspensión condicional del procedimiento descansa sobre las bases mismas del nuevo derecho penal y que son los principios de subsidiariedad y de la aplicación de la privación de libertad como ultima ratio, ya que resulta demasiado obvio que los sistemas carcelarios no cumplen con los requisitos mínimos para colmar las expectativas que postula el artículo 20 de la CN, diciendo que “*las penas privativas de libertad tendrá por objeto, la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad...*”.

Buscar una respuesta teórica a un fenómeno que la realidad elocuente de la superpoblación carcelaria ofrece a la sociedad con todas las consecuencias perniciosas que ello implica, sería una impudicia, porque los presupuestos de sanción penal deben ofrecer una respuesta *tradicional*, cual es, la privación de libertad de las personas, en la medida que el hecho condenado afecte intereses públicos graves y no por una simple *aplicación automática* de la privación de libertad, que sería contraproducente para la dignidad de las personas y aún para los presupuestos penales de *derecho penal mínimo, subsidiario y de última ratio*.

### 3.2 ¿Cómo opera dicha figura en el procedimiento penal?

El artículo 21 del CPP dispone: “*Suspensión condicional del procedimiento. Cuando sea posible la suspensión a prueba de la condena en las condiciones establecidas en el código penal, las partes podrán solicitar la suspensión condicional del procedimiento...*”.

La condición básica para plantear dicha medida alternativa a la continuación del proceso penal, es que se trate de un delito cuya sanción no exceda los dos años de privación de libertad; a más de esto, habrán de verificarse las demás condiciones objetivas señaladas por el código penal en cuanto a la admisión de la suspensión a prueba de la condena y que son:

- ✓ *La consideración de la personalidad del condenado (en este caso, del imputado), o sea, su conducta y condiciones particulares del hecho y del sujeto beneficiado y que no tenga antecedentes de orden penal, vale decir, que se trate de delincuentes prima-*

*rios o que se involucran en hechos que carecen de gran importancia por los bienes jurídicos en juego;*

- ✓ *Durante la suspensión a prueba, el condenado deberá sujetarse a una serie de reglas de conducta que le impondrá el tribunal, bajo custodia de un asesor de prueba, también designado por el mismo órgano sentenciador;*
- ✓ *El plazo de vigencia de las reglas de conducta podrá oscilar entre un máximo de cinco años y un mínimo de dos años, durante el cual se le impondrán al condenado una serie de condiciones (reglas) de las que no podrá apartarse en forma injustificada y manifiesta;*
- ✓ *El apartamiento manifiesto e injustificado de las reglas de conducta o la comisión de un nuevo delito, motiva que el tribunal revoque la suspensión y disponga la ejecución de la condena, y;*
- ✓ *Cumplido el plazo señalado por el tribunal para la observancia de las reglas de conducta por parte del condenado, se produce el efecto concreto de la extinción de la condena y la consecuente desaparición de los efectos propios generados por la acción penal, o sea, también se traslada a la extinción misma de la acción instaurada.*

El CP establece pautas similares a la suspensión condicional del procedimiento, con la diferencia que por la primera *-suspensión a prueba de la condena-* se aplica una vez que la condena se dictó para evitar la ejecución de sus efectos, mientras que la segunda *-suspensión condicional del procedimiento-* se puede plantear en cualquier momento de las dos primeras etapas del proceso penal y tiene por finalidad suspender la continuidad del trámite bajo la promesa formal del imputado de sujetarse a reglas similares a las señaladas por el CP.

Ahora bien, *¿cuáles son las condiciones que impone el CPP para la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento (probation)?*

- ✓ Se puede plantear solamente para los hechos punibles cuya sanción no exceda los dos años de privación de libertad.
- ✓ Ordinariamente lo formula el Ministerio Público, aunque no está prohibido que lo planteen la víctima y el imputado, si consideran como una salida válida a sus pretensiones. Lo único que debe condicionarse es la aceptación por parte del Ministerio Público y del imputado, a más de la resolución de admisión por parte del juez penal o juez de paz, respectivamente.
- ✓ El requerimiento lo efectúa por escrito fundado en el cual debe calificar los hechos imputados, señalar los elementos que sustentan la calificación, la aceptación de tales hechos por el imputado a más de la firma del defensor que acredite el consentimiento otorgado por aquél en forma libre y voluntaria; igualmente, la solicitud debe contener una constancia de reparación del daño ocasionado a la víctima, o la firma de un acuerdo de repararlo, o la demostración de una voluntad que certifique la actitud del imputado de reparar, dentro de sus posibilidades.
- ✓ Dicho escrito se pone a consideración del juez penal o juez de paz, según el caso, y se puede solicitar la aplicación de unas reglas de conducta que, finalmente, quedan a consideración del juez en aplicarlas en su totalidad o variarlas según su convicción, claro está, dentro de un catálogo abierto que prevé el mismo CPP.
- ✓ Si el juez admite la suspensión condicional del proceso, debe fijar el plazo de duración de las reglas de conductas (no inferior a un año ni superior a tres años) y las modalidades para llevarlas adelante así como la forma de control y satisfacción de los objetivos de las reglas impuestas.
- ✓ Si el juez no admite la suspensión condicional del proceso, se podrá recurrir en apelación, sin perjuicio de que el juez devuelva las actuaciones al fiscal para que formule nuevo requerimiento.
- ✓ La suspensión condicional puede ser revocada en casos de que el imputado se aparte considerablemente de las reglas o comete un nuevo delito. Si el apartamiento consi-



derable obtiene alguna justificación por parte del imputado, el juez le podrá sancionar con un aumento del periodo de prueba hasta cinco años.

- ✓ Si se revoca la suspensión condicional por las razones expuestas, no implica que en adelante, cuando se dicte eventualmente la sentencia condenatoria, el afectado pueda solicitar la suspensión a prueba de su ejecución, con la cual se podrá beneficiar si concurren los presupuestos para su otorgamiento.
- ✓ Si la víctima no está conforme con la suspensión condicional del procedimiento, a pesar de existir voluntad de reparación por parte del imputado, podrá apelar tal decisión; no es imprescindible que para el acuerdo tenga que existir inexorablemente una satisfacción a todas las reclamaciones de la víctima, sino tan solo una forma de reparación razonable conforme a la magnitud del hecho y del daño causado.

### 3.3 el trámite previsto en el Código Procesal Penal.

Si se produce un hecho punible que según el CP prevé una sanción privativa de libertad de hasta 2 (dos) años y demás condiciones señaladas en los artículos 44 al 50 del CP, el Ministerio Público por requerimiento fundado podrá solicitar la suspensión condicional del procedimiento, siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

- ✓ El imputado acepte los hechos imputados, previa calificación que deberá efectuar el fiscal con los elementos que sustentan tal calificación, la cual deberá estar fundada en el requerimiento;
- ✓ La aceptación de la víctima se podrá verificar de los siguientes modos: a) una aceptación incondicional; b) se firme un acuerdo reparatorio, o; c) el imputado manifieste su voluntad fehaciente de reparación, en cuyo caso, basta que sea razonable, para considerar cumplida este aspecto.
- ✓ El requerimiento se formule por escrito con la firma del imputado y se someta a la consideración del juez penal o de paz, según el caso.
- ✓ El juez debe convocar, de ordinario, a una audiencia para la ratificación de los presupuestos de la suspensión condicional (aunque por cuestiones de economía, si es que no existe controversia, se podría prescindir), en un plazo máximo de tres días que se computará desde que se reciba la presentación del fiscal;
- ✓ En dicha oportunidad, el juez puede aceptar la propuesta (en cuyo caso, dicta la resolución e impone las condiciones de la suspensión), o, denegarla (en cuyo caso, debe aplicar lo previsto en el artículo 314 del CPP);
- ✓ Ciñéndonos al caso de la aceptación de la suspensión por parte del juez, podrá imponer:
  - ✓ Una o varias de las propuestas de reglas de conducta y señalando la duración de las mismas, pudiendo elegir entre las siguientes alternativas que prevé el artículo 22 del CPP: residir en un lugar determinado que deberá fijarlo el juez, sujeto a las condiciones de control que estime conducentes; la prohibición de frecuentar determinados lugares o personas, señalando las características que debe observar el imputado para el correcto cumplimiento de esta restricción; abstenerse del consumo de drogas o bebidas alcohólicas o someterse a tratamiento médico o psicológico, según la naturaleza del hecho y las circunstancias personales del imputado; terminar la escolaridad primaria si es que no la tiene, o, en su defecto, aprender alguna profesión, arte u oficio en el establecimiento que señale el juez y bajo las formas de evaluación que también determine; permanecer en un trabajo o empleo si es que no lo tiene, a los efectos lograr su subsistencia; la prohibición de portar o tener armas; la prohibición de conducir, adoptando las medidas que permitan efectivizar esta prohibición; cumplir con los deberes de asistencia alimentaria, y; otras medidas análogas que sean conducentes a la naturaleza del hecho y para el mejor cumplimiento;

- ✓ Todas estas alternativas, con la facultad que tiene el juez de que el imputado se someta a la vigilancia de determinadas personas o instituciones que evaluarán el grado de cumplimiento de la medida adoptada. se notificará esta decisión al imputado y se le advertirá sobre las consecuencias de un apartamiento injustificado a tales reglas, y;
- ✓ Finalmente, puede ocurrir que el imputado se aparte considerablemente de las reglas de conducta prefijadas por el juez penal, en cuyo caso, si la misma es justificable, se puede aumentar el periodo de prueba hasta cinco años, o bien, si la misma es injustificada, disponer la revocación de la suspensión e intimar al fiscal para que en el plazo que le fije, disponga la continuación del trámite en el estado en que se encontraba al momento de la suspensión.

#### 4. Los acuerdos reparatorios y la conciliación.

La conciliación es una figura que se relaciona íntimamente con la función del Estado, a través del Poder Judicial, en su prédica por la recomposición de los conflictos particulares, como un modo de bregar por la paz social, a través de una minimización de la violencia generada por el hecho punible, obviamente, por obra de su intervención eficaz e imparcial.

La mediación se convierte así, en una de las herramientas más eficaces y utilizadas en el presente, no sólo para disminuir la sobrecarga de los tribunales que por una demanda excesiva provee un servicio deficiente e ineficaz, sino para construir una cultura de paz que busque la solución de los conflictos puntuales, sino que esa experiencia de comunicación de los litigantes pueda redundar en una restauración de las relaciones y contactos humanos entre los afectados.

El CPP establece diversos modos de plantear los acuerdos reparatorios, institución que debe entenderse no sólo en el pago o cancelación del perjuicio o reclamo de la víctima, por parte del victimario, sino en el resarcimiento integral o social que, muchas veces, no trasciende a la esfera patrimonial; ejemplos de acuerdos reparatorios los encontramos en las figuras recién estudiadas como los criterios de oportunidad (que obliga al acuerdo con la víctima, mediante reparación, para los casos del inciso 1º del artículo 19), la suspensión condicional del procedimiento.

También constituye una forma novedosa de operarse la extinción de la acción penal, como se daría en el caso de los delitos cuya pena no exceda los dos años de privación libertad, mediante el pago del máximo previsto para la sanción de multa que se impusiera en sustitución de la privación; asimismo, en los hechos punibles contra los bienes de las personas o en los hechos punibles culposos, por la reparación integral del daño particular o social causado que se efectúe antes del juicio oral y público, siempre que lo admita la víctima o el Ministerio Público, según el caso.

Una crítica que se alza contra esta forma de extinción de las acciones penales, es que podría otorgar impunidad a una serie de hechos que, en principio, serían culposos y por aspectos adicionales o posteriores adquieran las características de dolosos.

No obstante, para esta eventualidad, tendríamos que efectuar un análisis previo de lo que en tal sentido expresan las normas del CP y encontraremos el siguiente cuadro: el artículo 14, numeral 2ª del CP, prevé lo siguiente: *“Cuando como consecuencia de un resultado adicional del hecho punible doloso, la ley aumente el marco penal del mismo, todo el hecho se entenderá como doloso, aunque éste hubiese sido producido culposamente”*, lo que quiere significar que en tales circunstancias, no correspondería la aplicación de esta forma de extinción de la acción penal, porque esta situación colisionaría con el objetivo de una salida alternativa respecto a hechos punibles que no afecten gravemente un interés social o particular.

Finalmente, los mismos hechos que permiten los acuerdos reparatorios son susceptibles de conciliación, aunque esta figura está reservada, en principio, para todos los hechos punibles, tal como lo

prevé el capítulo de la Audiencia Preliminar, en la que el juez bregará, inicialmente, por la conciliación; asimismo, es una etapa previa al juicio oral y público, para los hechos punibles de acción privada.

## **5. ¿Por qué no incluimos el juicio abreviado?**

Si bien es una figura que se ubicaría –por las explicaciones precedentes- entre las salidas alternativas al procedimiento ordinario, al mismo tiempo, se trata de un procedimiento especial –de los varios que regula el Código Procesal Penal-. Conforme a este último aspecto, es que por una cuestión de orden en la exposición es que preferimos derivar su estudio en el capítulo de los procedimientos especiales, sin perder de vista, reiteramos, que también se erige en una de las salidas alternativas al procedimiento ordinario.

# Capítulo 6

## Los Órganos Estatales de intervención obligatoria en el Proceso Penal.

### 1. El juez o tribunal como sujeto de la relación procesal penal.

La Constitución de la República de 1992 establece normas decisivas sobre la independencia política de los tribunales, corolario que se eleva a la categoría de garantía procesal en el artículo 16 cuando prevé que toda persona tiene derecho a la defensa de sus derechos y a ser juzgado por tribunales o jueces competentes, imparciales e independientes.

Un problema que impedía la plasmación del principio de independencia del Poder Judicial indudablemente constituía el sistema de selección de magistrados que recaía en el titular del Poder Ejecutivo, lo que sumado a una cultura autoritaria persistente en el país, viciaba el carácter institucional y legítimo de aquellos, ya que prevalecían criterios político-partidarios en la nominación lo que vulneraba otras reglas concomitantes con el de la independencia, tales como: la idoneidad e igualdad de los ciudadanos para acceder a la función pública y, en especial, la judicial.

Este obstáculo se pretendió menguar con la variación del *tradicional* sistema de designación a cargo del poder político, previéndose un órgano perteneciente al ámbito del poder judicial denominado: Consejo de la Magistratura. Este órgano constitucional se compone de dos representantes de las cámaras del Poder Legislativo (Senadores y Diputados), uno de la Universidad Nacional, uno de las Universidades Privadas con una antigüedad de por lo menos 20 años de funcionamiento en el país –razón por la cual en la actualidad recaiga en un integrante de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica-, uno del Poder Ejecutivo, uno de la Corte Suprema de Justicia y dos abogados matriculados que representan a los profesionales que ejercen la profesión.

La composición del Consejo de la Magistratura es, en cierta forma, pluralista, si tomamos en consideración la participación interinstitucional en el proceso de concurso, selección y designación de los magistrados del Poder Judicial, único aspecto que los constituyentes tomaron en cuenta para “*garantizar la independencia política*” de la función jurisdiccional del Estado, al menos, en lo que respecta a la vinculación institucional con los demás poderes constituidos (Ejecutivo y Legislativo, respectivamente). Empero, no evitó que continúen las injerencias político-partidarias en la selección de los magistrados, ya que la conformación interinstitucional del Consejo, lo que provocó es una suerte de *negociación* general sobre cupos políticos para llenar los cargos en competencia, obviándose nuevamente los criterios de idoneidad, probidad e igualdad para el acceso a las funciones públicas, aspecto éste que constituye una materia pendiente para la verdadera institucionalización del Poder Judicial.

Introduciéndonos en las atribuciones que constitucionalmente se reconoce al Consejo de la Magistratura, dicho órgano se encarga de poner a consideración del Senado, del Poder Ejecutivo o la Corte Suprema de Justicia (*según el cargo para el cual se elige la nominación*), ternas seleccionadas para el nombramiento de todos los magistrados del Poder Judicial (Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Fiscalía General del Estado, Miembros de Tribunales de Apelación, Jueces de Primera Instancia, Fiscales, Defensor General y Defensores Públicos), previa concurso de aptitudes y méritos de los candidatos que se presentan al concurso de cada cargo proveído.

La terna para ocupar el cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia o del Superior Tribunal de Justicia Electoral, se eleva a consideración de la Cámara de Senadores, órgano encargado de designar al Ministro. La terna para ocupar el cargo de Fiscal General del Estado, se eleva a la consideración del Poder Ejecutivo, quien elige a uno de la terna, quien deberá contar con la anuencia o acuerdo de la Cámara de Senadores. Una vez designados, los magistrados gozan de inmunidades e incompatibilidades similares a las que gozan los integrantes del Poder Legislativo, o sea, no pueden ser molestados ni acusados con motivo del ejercicio de sus funciones o las opiniones que realicen en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales. Además, se les garantiza la independencia funcional de los demás poderes, imponiéndose sanciones de orden penal a las autoridades o personas que de algún modo interfieren o afectan dicho atributo en la realización de los juicios que caigan bajo su competencia, sin perjuicio de la nulidad absoluta de las actuaciones realizadas bajo esas condiciones.

En cuanto a las inhabilidades e incompatibilidades, las mismas están expresamente señaladas en la CN, permitiendo a los magistrados únicamente el ejercicio de la docencia o trabajos vinculados con aquélla, quedando prohibido cualquier otra retribución, remuneración o emolumento que no provenga del ejercicio de la enseñanza o la investigación.

Otro aditamento que la Constitución de 1992 reconoce como un mecanismo de consolidación de la independencia del Poder Judicial es el de la inamovilidad; entiéndase la *intra-poder* como la *extra-poder*, en el sentido que todo magistrado (de la competencia y jerarquía que fuere) tiene derecho a la inamovilidad de su cargo, función y jerarquía con todas las prerrogativas o deberes de orden constitucional y legal frente a los otros poderes constituidos y aún en el esquema administrativo interno, ya que el magistrado designado para un determinado cargo en la función judicial, nunca puede ser trasladado sin su consentimiento o simplemente variarse sus funciones originarias para las cuales concursó y resultó designado, salvo que se produzca una ley que así lo establezca, pero con la expresa reserva de que los derechos adquiridos no pueden resultar afectados por una ley posterior. Precisamente, una de las causales de remoción de los magistrados, es la de haber recibido directivas o indicaciones que alteren sustancialmente su independencia por cualquier tipo de injerencia externa o interna.

En cuanto al punto antes expuesto, en la actualidad se confronta una confusa situación ya que las disposiciones finales y transitorias de la Constitución de 1992 establece que los magistrados que fueron confirmados dos veces en sus funciones, adquirirán su inamovilidad, condición que una vez cumplida, motivará que sólo podrán cesar en sus funciones cuando cumplan los 75 años o cuando incurran en causales de remoción (*mal desempeño de funciones o comisión de delitos*).

El punto de tensión se centra en el órgano que debe confirmar al magistrado que actualmente se encuentra en funciones:

- a) *Los integrantes del Poder Judicial señalan que debe ser la CSJ, organismo que los había designado en el primer periodo, y;*
- b) *La comunidad no jurídica y sectores políticos, señalan que los jueces que quieran ser confirmados deben proceder a un nuevo concurso ante el Consejo de la Magistratura, como el resto de los interesados que no ocupan cargos en el Poder Judicial. Muchas veces se analizó el problema de la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes constituidos y aún en*

*su estructura interna, desde los principios políticos que prevé el Estado de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana y el sistema republicano de gobierno.*

Sin embargo, se ha *olvidado* el tema de la independencia financiera o económica que en varios países no constituye materia constitucional. La Constitución de 1992 establece una declaración que busca afianzar la independencia del poder judicial de manera práctica, principalmente en el uso racional pero autónomo de sus recursos y como una forma de *protección* de represalias políticas coyunturales (las cuales se patentizan con mermas en el presupuesto de gastos en forma injustificada) obliga que en la confección y sanción del presupuesto general de gastos de la nación, el rubro correspondiente al Poder Judicial (con incorporación genérica de los demás órganos que no cumplan una función eminentemente jurisdiccional como el Ministerio Público y la Defensoría Pública, respectivamente) no podrá ser inferior al 3 % (tres por ciento) del total presupuestado para cada ejercicio financiero.

En cuanto al juicio de responsabilidad de los magistrados y de cuyo resultado se determine su culpabilidad en causales de mal desempeño de funciones, comisión de delitos comunes o comisión de delitos con motivo del ejercicio de sus funciones, la Constitución confiere la competencia y el conocimiento a un órgano de composición híbrida (por la mezcla de órganos involucrados en dicho menester) denominado Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados e integrado por casi las mismas dependencias que conforman el Consejo de la Magistratura, desarrollando los juicios de calificación respecto a la gestión de los magistrados a través de ciertos principios *mitigados* del sistema oral y público. En lo que atañe al control interno o institucional que garantice la correcta actuación de todos los magistrados, dicha tarea recae en la Corte Suprema de Justicia, la cual ejerce facultades de superintendencia, pero el trámite y diligencias para adoptar una decisión administrativa se delega en el Consejo de Superintendencia que tiene a su cargo, desarrollar las investigaciones oficiosas sobre el desempeño de los jueces, suspenderlos en el ejercicio de sus funciones y remitir sus antecedentes a modo de denuncia ante el jurado de enjuiciamiento de magistrados, siempre que obtenga acuerdo del pleno de la máxima instancia del órgano jurisdiccional.

La responsabilidad funcional y remoción de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia y del Fiscal General del Estado se dirime a través de su sometimiento a un juicio político, por acusación de la Cámara de Diputados ante la de Senadores, que funge de órgano juzgador. Las causales son las mismas que para los demás magistrados de inferior jerarquía, aunque las mayorías parlamentarias para la acusación y sentencia (*que se sanciona con la destitución, en caso de comprobarse las causales denunciadas*) deben ser calificadas (*las dos terceras partes de cada cámara*).

Puntualizando la figura del Magistrado en el ámbito penal, cuando nos referimos a este sujeto procesal, sin el cual no se puede configurar una relación procesal, estamos incluyendo a la figura del Juez que representa al poder jurisdiccional, sea en forma personal o colegiada (**artículo 14 del Código Penal. Definiciones**) en ejercicio de su *imperium*.

La naturaleza *representativa* de la sociedad organizada jurídicamente (el Estado) constituye la importancia de lograr la mayor aproximación posible en lo personal y funcional del ejercicio del poder jurisdiccional que se le otorgan a determinados ciudadanos, para cumplir eficientemente la tarea de *administrar los conflictos* con total imparcialidad e independencia.

De esta manera, el Poder Judicial está integrado por el *conjunto de jueces que ejercen su ministerio de aplicar y decir el derecho aplicable a los casos que caen bajo su competencia, administrando e impartiendo justicia que no es otra cosa que el correcto ejercicio de las labores asignadas a aquellos, señalando en forma precisa los derechos y deberes que surgen en toda relación procesal y en la cual emitirán finalmente una decisión en representación del Estado y a cuya determinación, los particulares, deberán someterse espontánea o forzosamente, una vez que la decisión se encuentre “firme” y “ejecutoriada”*.

Los jueces no son personas que invisten una potestad en nombre y representación del Estado por una simple necesidad de que en el conjunto poblacional existan personas que ejerzan funciones de gobierno y otras de gobernadas.

Decíamos que los principales rasgos que diferencian de la gente común frente al magistrado judicial consisten en el otorgamiento de una serie de *herramientas* previstas en la propia Constitución de la República y las leyes secundarias, todo esto, con el objetivo de garantizar el buen cumplimiento de la función gubernativa que jurídicamente se les confiere. Así surgen las condiciones elementales que surgen del conjunto de normas positivas de la República, a los efectos de asegurar unos requisitos objetivos y subjetivos (tomando en consideración la figura del magistrado) tendientes a evitar la influencia directa o indirecta de los demás órganos del gobierno estatal o aún de los particulares que puedan distorsionar los principios de *independencia intra y extra-poder* y de *imparcialidad* en su cometido, atendiendo que este último requisito se perfila con mayor rigor en los casos que caen bajo su conocimiento o su competencia.

Estos presupuestos pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) *La independencia extra e intra-institucional del poder judicial que alcanza a todos sus integrantes.*
- b) *La idoneidad que necesariamente exige una discriminación sobre la base del “cargo” al cual accede el ciudadano.*
- c) *La probidad, elemento subjetivo que sin duda se la debe dimensionar conforme a reglas objetivas (actitud frente a la comunidad jurídica, conducta pública en el desempeño de alguna función anterior, antecedentes de los diversos círculos sobre los cuales giran sus actividades particulares (respetando su privacidad e imagen), posición de respeto hacia el ordenamiento jurídico de manera tal que se lo diferencie como un ciudadano notable frente al resto de la población, antecedentes judiciales, académicos, policiales o económicos intachables), por citar algunos elementos de convicción que servirían para discernir correctamente acerca de este requisito.*
- d) *Participar en concurso de méritos, aptitudes y condiciones para el desempeño del cargo pretendido ante el Consejo de la Magistratura.*
- e) *Rendir cuentas -antes y después del ejercicio del cargo- en el plazo fijado en la ley (declaración de bienes ante la Contraloría General de la República).*
- f) *Prescindir cualquier actividad político-partidaria, sindical o aún corporativa que pueda influir en sus convicciones jurídicas, restándole uno de los aditamentos más importantes como integrante del Poder Judicial, cual es, la gestión imparcial de aplicar el derecho en los casos que caen bajo su competencia.*
- g) *Valor y fortaleza espiritual, ya que la mayoría de los investigadores en el fenómeno judicial reiteran que una de las principales garantías de una judicatura independiente y trascendente para los postulados de un Estado de Derecho constituye la preparación ética para soportar los rigores de la coacción, del chamuyo, del dicterio, de las amenazas y bajezas que pretendan menguar o atizar su autonomía que, por lo general, provienen de grupos corporativos al margen de la ley y que no escatiman recursos de cualquier índole*

## 2. Diferencia conceptual entre jurisdicción y competencia.

La pregunta que nos hacemos, a los efectos de comprender cabalmente los institutos de la jurisdicción y la competencia, es la siguiente: *¿cuáles son las autoridades que deben atender la petición concreta de la persona que ejercita la acción?* De acuerdo a lo que establece la Constitución esas autoridades encargadas de atender las peticiones de las personas que ejercen una acción, de la naturaleza que fuere, son las que componen el Poder Judicial.

Lo señalado nos provee de una visión inteligible sobre los orígenes de la expresión jurisdicción, ya que indicamos al estudiar el régimen de la acción penal que la pretensión punitiva que ejerce la víctima o del Ministerio Público, según el caso, a través de una petición concreta (acción) ubica al Estado como sujeto pasivo de la relación *peticionante-autoridad petitionada* en el sentido que le corresponde cumplir con la obligación de *impulsar el procedimiento (derecho al proceso)*. Para poner en movimiento este deber la Constitución señala cuáles serán los órganos para atender este requerimiento que, a su vez, exige de aquellos -los órganos señalados para conocer en los asuntos de carácter contencioso- que se organicen por razones de practicidad y eficiencia con la finalidad de responder acabadamente al reclamo social o particular.

La relación jurídico-institucional que se forma, entonces, señala a la persona o entidad que plantea la acción penal (sujeto activo) frente al Estado (sujeto pasivo) para que ponga en movimiento las normas del proceso penal con el cumplimiento estricto de los derechos y garantías aplicables a ese ámbito. Es por eso que es necesario señalar objetivamente lo concerniente a las instituciones que distribuyen las funciones del poder jurisdiccional del Estado, independientemente que una vez sostenida correctamente la acusación por la sociedad (Ministerio Público) represente al sujeto activo del Estado para aplicar la ley penal cuando se reúnan las condiciones previstas en aquélla respecto a las personas imputadas de un hecho punible.

## 3. Concepto de jurisdicción.

El derecho de acudir con una pretensión a un determinado órgano no hace más que indicar una nota *especial* de lo que se denomina jurisdicción, expresión que la podemos conceptualizar como *“La porción conferida constitucionalmente a un determinado órgano del Estado para resolver acerca de la pretensión de los ciudadanos en particular o de otros órganos que invistan cierta representatividad previamente establecida, también, en la misma Constitución y en las leyes”*.

La actividad jurisdiccional cumple su deber de atender la acción (en las formas previstas por la Constitución y las leyes, también) mediante el movimiento del proceso que cumple distintas finalidades, conforme a las etapas de las que consta y a la posición que asumen los sujetos que intervienen en aquel.

**Goldschmidt** define a la jurisdicción como *la facultad y deber de administrar justicia*. Es una *potestad* para Alsina, una *función* para **Lascano** y un *poder* para **Podetti**.

De los conceptos trascritos, se puede sostener que la jurisdicción no es más que una función y que se ciñe estrictamente a decir el derecho, o, en otras palabras, en la actividad de aplicar el derecho abstracto al caso particular y concreto. Por razones de mejor realización (*postulados de celeridad y sencillez que deben facilitar el funcionamiento de un Estado Mínimo*) la jurisdicción puede ser distribuida a determinadas personas (juez natural) y para determinadas cuestiones (materias), pre-



servándose así, el principio de indivisibilidad de la función jurisdiccional que viene a ser la base generadora de la competencia; en síntesis, la jurisdicción surge de la Constitución, mientras que la competencia de los códigos y leyes.

Podría decirse -en sentido figurado- que *la jurisdicción es el continente y la competencia es el contenido*, porque en definitiva los órganos competentes deben estar previamente autorizados para decir el derecho, o sea, para ejercer la jurisdicción. La jurisdicción es una sola desde el punto de vista abstracto y únicamente desde el concreto (competencia) se fracciona en cuanto a los órganos que la ejercen, para actuar con más eficiencia y por razones de comodidad, pero la función sigue siendo la misma y es siempre única.

Etimológicamente *jurisdicción* se traduce al castellano “*decir, declarar el derecho*” (*ius dicere, iuris dictio*), traducción que tiene que interpretarse, a su vez, en forma clara: *aplicar el derecho, no crearlo, debiéndose recordar que en determinado momento del derecho romano no se hizo distingo entre la facultad de dictar la norma y la de aplicarla a los casos concretos.*

### 3.1 Fundamento de la jurisdicción.

El fundamento reside en que la función primaria del Estado, concerniente al derecho de punir, sólo se puede realizar a través de un órgano que cumple la función de aplicar el derecho a los casos particulares, desplegando dicha actividad por medio de magistraturas. Siendo la jurisdicción -como atributo esencial del poder soberano del Estado- una función Indivisible, se preserva tal naturaleza mediante prerrogativas que cumplen con las distintas facetas en que se producen relaciones de índole procesal (*asuntos de carácter penal, civil, administrativo, etcétera*), aunque ocioso sería reiterar, que dicha función diseminada en distintas materias se concentra en una actividad prevalente, cual es, decir el derecho en el caso concreto.

Por ello, no existen varias jurisdicciones -que es una sola, por la naturaleza indivisible del poder estatal-, como se denominan erróneamente a la civil, penal, laboral, etcétera, sino que la división se produce en el ámbito de la competencia.

Para **Chiovenda**, la *función jurisdiccional* se caracteriza porque en ella *se sustituye la actividad ajena (de los particulares) por la actividad pública*. En realidad esta actividad considerada como facultad y deber simultáneo deriva del monopolio de administrar justicia que ha implantado el Estado, con la correspondiente prohibición de la autodefensa y la exclusión de jurisdicciones particulares.

Como la jurisdicción es la facultad de administrar justicia, para ello el Estado le da a ciertos órganos una capacidad abstracta, que se debe distinguir de la concreta, es decir, de la competencia, con la que se suele confundir la jurisdicción. Tanto es así que se habla de jurisdicción penal o civil, así como también se la confunde a veces con el órgano que la ejerce, o sea, con el tribunal y con el límite, y los códigos se referían y refieren a la incompetencia de jurisdicción. Esos órganos intervienen cuando hay conflicto de intereses o litigios entre el Estado y los particulares, o entre éstos, y los resuelve; de lo contrario, el choque de las dos partes podría trastornar el orden social. Las razones expuestas, fundamentan la necesidad que han hecho “*que un tercero intervenga en los conflictos de los particulares para resolverlos pacíficamente; y esa actividad desempeñada por otra persona que los propios interesados, es la que, en esencia, constituye la jurisdicción*”.

Salvadas estas diferencias, podemos concluir que a través de la función jurisdiccional se satisfacen simultáneamente dos intereses:

- a) *El del Estado, en preservar la paz social que es la finalidad esencial de todo ordenamiento jurídico, y;*
- b) *El de los particulares, que litigan y encuentran en la jurisdicción una forma de redefinición de sus conflictos, mediante la determinación del derecho aplicable que, como ya se explicó, corresponde únicamente a los órganos que la componen.*

Pues bien, ante el derecho de los particulares de requerir del Estado la actividad jurisdiccional, a fin de que resuelva sus conflictos, aparece el correlativo deber del Estado de solucionar esos conflictos.

## **3.2 Características de la jurisdicción.**

### **3.2.1 Es una función pública inherente al Estado.**

Constituyéndose en un servicio público, en virtud del cual todos los habitantes tienen el derecho de pedir que se ejerza la jurisdicción, cuyo ejercicio no puede ser arbitrario, ya que está reglado por normas predeterminadas. Recuérdese que a pesar de variantes ideológicas contemporáneas (*principalmente en lo que se refiere al neoliberalismo que plantea el “achicamiento” del Estado*) existe una posición unánime que no permite *revisar* la provisión de este servicio estatal en forma delegada a formas privatizadas.

### **3.2.2 Es indelegable.**

Porque su ejercicio es conminado a personas especialmente designadas para el efecto (*requisitos para el concurso, designación y confirmación en la función judicial*), por lo que sus potestades no pueden ser delegadas a otras personas o funcionarios que no tengan esa especial calidad que implica el ejercicio de la magistratura y consecuente ejercicio de la jurisdicción como función pública estatal. No obstante, la comisión que otorgan los magistrados para la realización de ciertas diligencias que no las pueden desarrollar personalmente, a otros funcionarios, no implica delegación, siempre y cuando se cumplan las exigencias que permiten esta derivación.

### **3.2.3 Es improrrogable.**

La jurisdicción tiene límites territoriales donde se ejerce, por lo que excepcionalmente puede aplicar una ley extranjera. Por ende, sus resoluciones no tienen eficacia para el exterior, ni viceversa, salvo que pactos o principios de reciprocidad permitan lo contrario, en cuyo caso es también el derecho interno el que permite dar eficacia a la actividad jurisdiccional de otro Estado.

### **3.2.4 Emanada de la soberanía estatal.**

La soberanía del poder estatal integra tres grandes funciones (*legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales*). De ahí que la jurisdicción está investida del IMPERIUM necesario para desarrollar la actividad que le es propia, y puede emplear la fuerza, si es preciso para practicar embargos o secuestros, compeler testigos, aplicar medidas cautelares de orden personal, ejecutar las sentencias, etcétera.

### 3.2.5 Es de orden público.

Las disposiciones que gobiernan la jurisdicción pueden ser alteradas ni modificadas por la simple voluntad de las partes, concepto que se podría aplicar de una manera restrictiva en el ámbito civil y comercial, pero que no es nuestro caso, dado que estamos en presencia de un proceso penal eminentemente de orden público. En puridad, la expresión *orden público* resulta híbrida, porque su concepción se aproxima a posturas ideológicas que mal condensadas pueden obedecer a criterios de mera coyuntura política prevalente de un determinado grupo o segmento social, más los esfuerzos intelectivos para concebir una explicación razonable y alejada de míticas proyecciones, resulta una labor de profundidad político-filosófico al que no acudiremos porque no constituye la finalidad de dicha institución.

### 3.2.6 Es inseparable del conflicto.

No se sustrae de la idea originaria de su declaración normativa, cual es, la necesidad de resolver (*redefinir, en una expresión aproximativa a los efectos reales que genera el pronunciamiento del magistrado en un caso*) los conflictos que afectan a los particulares. Una cosa es el conflicto que parte de la idea de una confrontación o choque de intereses tutelados por el derecho que ordinariamente se verifica en el proceso penal cuando el acusador sostiene una pretensión que se opone a la posición del imputado o, aún, de otro que inviste igualmente la condición de actor, siendo la función de la jurisdicción resolver o redefinirlo mediante la aplicación del derecho concreto pertinente al caso, mientras que la controversia, quiere señalar la existencia de un desacuerdo de opiniones que muchas veces no se plantea en el proceso penal, como ocurre en el juicio penal cuando el acusado admite el hecho imputado (*sin que ello signifique un menoscabo a la garantía de la declaración contra sí mismo o sus parientes*), manteniéndose el conflicto, mas no la controversia, la cual, puede generar efectos específicos en la redefinición del conflicto (*Ejemplo: la aplicación de un juicio abreviado, la suspensión condicional del proceso o alguna forma de reducción del reproche respecto al tipo penal que se pretende encuadrar a la conducta del prevenido*).

## 4. La competencia penal.

### 4.1 Concepto.

La competencia puede entenderse como “*La facultad de cada tribunal de entender en los juicios o la capacidad del órgano del Estado para ejercer la función jurisdiccional*”, mientras que la jurisdicción es la función misma, o sea, implica potestad o capacidad de juzgar, es la actividad del Estado para hacer cumplir la norma, según se expuso en el módulo precedentemente analizado.

Pueden existir muchas competencias pero una sola jurisdicción (*recuérdese la diferencia entre continente y contenido*), que aunque fraccionada, cumple con una función estatal (Poder Judicial). No obstante por razones de pura conveniencia técnica, atendiendo a ciertas reglas muy distintas a las que corresponden ordinariamente al fuero penal, se han previsto jurisdicciones especiales como la electoral (terminología impropia), cuando en realidad no es más que un fraccionamiento de la jurisdicción, siendo aquélla tan sólo una magistratura con competencia exclusiva en materia electoral, razonamiento que consolida la tesis expuesta sobre la confusión que normalmente suelen incurrir los

operadores de justicia. Idéntico es el caso de la mal denominada *jurisdicción militar* que constitucionalmente es la única habilitada para ser denominada como tal, porque la finalidad de las normas castrenses escapa por completo a la actuación de la justicia ordinaria. A pesar de esto, los códigos militares tienen previstos materias recursivas contra las sentencias dictadas en dicha jurisdicción, las que se promoverán ante la máxima instancia de la jurisdicción ordinaria -Corte Suprema de Justicia-.

De esta manera, se salvaguarda el principio de indivisibilidad del poder jurisdiccional del Estado, que reconoce ámbitos y reglas especiales para ciertos procesos, más la última decisión siempre caerá bajo la órbita del Poder Judicial en virtud de lo dispuesto en el *artículo 248* de la CN que dice: “*De la independencia del Poder Judicial. Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso...*”.

Podemos sostener con una base coherente que la competencia es la medida de la jurisdicción, por lo que reiteramos lo erróneo de pretender hablar de jurisdicción penal, civil, laboral, pues lo que realmente se fracciona es la competencia.

Ningún juez carece de jurisdicción, pero sólo la ejerce dentro de los límites señalados por la ley, por lo que puede faltarle competencia para entender en un asunto determinado. De esto surge que cuando un juez no es competente, la parte afectada puede pedirle que así lo declare mediante la excepción de incompetencia, o recurrir al juez que considera competente, a fin de que se afinque al conocimiento del asunto.

Un modo de ejemplificar este aserto brindará mayor cobertura explicativa:

Si un particular dicta sentencia, obra sin jurisdicción, pero si un juez de Ciudad del Este dicta una sentencia en un proceso tramitado en Asunción, carece de competencia; el primer acto carece de cualquier eficacia o valor e inclusive puede imputarse al responsable la perpetración de hechos punibles al arrogarse una función impropia a su labor, en el segundo caso, la vulneración de las reglas de competencia, como regla, genera la nulidad de las decisiones adoptadas por el magistrado incompetente, más existen otras circunstancias que por razones de urgencia, pueden adquirir eficacia y que son anulables. Tal es el caso de las medidas cautelares adoptadas por un juez incompetente, o las relativas a la libertad del imputado en casos de urgencia, por citar algunas situaciones que aclaran lo que señalamos.

## 4.2 Fundamento de la competencia.

La distribución funcional de la jurisdicción en varias magistraturas especiales reside en el deseo de obtener una justicia más rápida, económica y con mayor capacidad técnica de los jueces que la administran en lo atinente a las ramas jurídicas más trascendentales para la vida social.

En procura de obtener resultados óptimos en el cumplimiento de tales finalidades, el sistema jurídico prevé, a manera de ejemplo, la competencia territorial tiende a evitar que el juez y las partes se trasladen a largas distancias para el diligenciamiento de ciertos actos (aunque ello no impide que los actos trascendentales puedan comisionarse a otros órganos jurisdiccionales que residan en el lugar, o, en su defecto, el juicio oral y público se efectúe en el lugar en que se cometió el hecho llevado a juicio por las implicancias que generó en la comunidad respectiva). En esa misma línea de pensamiento, la competencia por razón de la materia permite la división del trabajo y resuelve el problema de la complejidad cada vez mayor del orden jurídico, que exige conocimientos especiales de ciertos institutos del procedimiento (*la diferencia sustancial que se da entre el códi-*

*go procesal civil y penal, por ejemplo). Asimismo, los asuntos más graves o complejos son resueltos por jueces más idóneos, se economiza la energía funcional y los gastos (ejemplo concreto de esto es que el CPP permite que los juicios orales en hechos punibles que no excedan la eventual sanción de dos años de privación de libertad, sea sustanciado ante el tribunal uninominal).*

Una forma novedosa que incorpora el CPP consiste en la posibilidad de otorgar un margen de libertad para que los jueces penales puedan integrar los tribunales de sentencia, siempre y cuando no conlleve deficiencias en el cumplimiento de sus funciones de controlador de las garantías durante las dos primeras etapas.

La única prohibición que prevé el CPP es la señalada por el *artículo 50 inciso 6º* que establece como motivo de excusación el “...haber intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa...”, fundada en el principio que garantiza la imparcialidad de los magistrados, prevista en el artículo 16 de la CN.

### **4.3 Criterios para clasificar la competencia penal.**

De acuerdo a las normas de la materia insertas en el CPP, se pueden distinguir varios criterios objetivos para la división de la competencia penal y que se pueden enumerar de la siguiente forma:

#### **4.3.1 Por razón de la materia.**

Se establece una división funcional de la competencia, conforme a las normas de fondo que deben aplicarse y que requieren de una especialización en la interpretación y aplicación de aquéllas, a más de requerirse un especial de tratamiento del conflicto a través de la litigación de casos. La tradicional división de la competencia que reconoce el derecho positivo procesal es la que se refiere al contenido del derecho material (*por ello, su denominación racione materia*). Es así como se tiene como se dispone de una competencia civil, laboral, penal, administrativa, electoral, etcétera (*mal denominadas jurisdicciones*).

#### **4.3.2 Por razón del territorio.**

La finalidad de esta partición responde al principio de la *indelegabilidad* de la competencia y que no es otra que la imposibilidad que los magistrados puedan entender en todos los asuntos que se produzcan en el territorio nacional. Preliminarmente el objetivo de tal división del trabajo pretende dar eficiencia a la administración de justicia, no por esto también podemos dejar de recalcar que responde al principio constitucional de descentralización administrativa que como exigencia del tipo de Estado se reconoce en su artículo (*una forma de implementación, constituyen los juzgados y fiscalías del área metropolitana que tienden a descongestionar la centralidad judicial en la ciudad de Asunción*).

No debe confundirse la descentralización con la autonomía funcional de la justicia, ya que el poder de superintendencia que la Ley No. 609/95 reserva a la Corte Suprema de Justicia, no permite que las competencias por razón del territorio, destruyan el principio unitario del Estado y de la indivisibilidad de la jurisdicción; asimismo, por sucesivas leyes se han creado diversas circunscripciones

judiciales en el interior de la República y que permiten aproximar el funcionamiento jurisdiccional a los ciudadanos de todo el territorio de la República.

### **4.3.3 Por razón del turno.**

Modalidad que en el ámbito penal ha desaparecido, al menos, en la forma estricta que venía implementándose antes de la entrada en vigencia plena del CPP. Esta forma de división funcional consistía en la selección de todos los litigios que ocurran en un momento específico derivándose a un determinado magistrado que se encuentra de *turno* en la fecha de su perpetración.

Ahora bien, la modalidad no desaparece totalmente, ya que la competencia por razón del turno se ha modificado en cuanto a la automática derivación de causas a un magistrado por coincidir con la fecha del hecho sujeto a investigación, estableciéndose una mesa central de entradas del Poder Judicial que deriva las causas por vía de sorteo, pero ingresando en el sorteo las magistraturas que tienen menor sobrecarga de causas respecto a las demás. Este sistema de turno tiende a responder a criterios más racionales, ya que el anterior descansaba única y exclusivamente por las fechas, independientemente de una equitativa distribución de trabajo. La voz de alerta es que la corrupción mantiene intacto su influencia, ya que se *aclimató* fácilmente a esta modalidad, al punto que importantes sectores de los usuarios del sistema sostienen que la digitación se mantiene incólume, a pesar de la “*modernización informática*”.

### **4.3.4 Por la gravedad del hecho punible.**

Esta distribución también es racional que el CPP se encarga de establecer con pautas generales que podrían exigir un mejor ajustamiento por acordadas de la Corte Suprema de Justicia. En tal sentido, la competencia del tribunal unipersonal o colegiado se determinará conforme a la gravedad o naturaleza del hecho punible o la posibilidad que los jueces de paz puedan conocer en el procedimiento abreviado en hechos punibles de escaso reproche o insignificancia, en la aplicación del proceso abreviado cuando el hecho que se plantee no merezca una eventual sanción que supere un año de privación de libertad, etcétera.

### **4.3.5 Por razón del grado.**

Determinado por la naturaleza y alcance de los recursos previstos en la ley procesal (*Ejemplo: el CPP señala que el tribunal de sentencia unipersonal puede conocer en grado de apelación las resoluciones dictadas por los jueces de paz; la revisión de una sentencia condenatoria firme y ejecutoriada, será entendida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al igual que el recurso extraordinario de casación, etc.*).

### **4.3.6 Personal o *Ratione Personae*.**

Implica la potestad de conocer y juzgar a determinados magistrados tomando en consideración las características personales del imputado o de las partes (*Ejemplo: el CPP establece un procedimien-*

to para menores infractores que, a su vez, exigirá una magistratura especializada como lo tiene previsto el proyecto de código de la infancia, la adolescencia y la niñez). Existe una discusión en cuanto a la naturaleza de la competencia reconocida a los jueces de ejecución, ya que algunos señalan que debe ubicarse como una particular *ratione materiae*, mientras que otro sector lo imbrica dentro de la competencia *ratione personae*. Nuestro criterio es que dicha magistratura pertenece a la *competencia funcional*, por las razones que se abordan en el respectivo ítem.

### 4.3.7 Funcional.

Responde a la división del trabajo y a una mejor distribución de las causas que permita eficiencia y rapidez en dispensar una respuesta a los justiciables, así como a una mejor forma de realización de los derechos y garantías del imputado y de la víctima. El CPP establece que los jueces penales deben conocer en todos los planteamientos que exijan pronunciamiento judicial en las etapas preparatoria e intermedia, respectivamente. Asimismo, el tribunal de sentencia entiende en el juicio oral y público, cuya conformación, a su vez (unipersonal o colegiada) se determina conforme a la gravedad del hecho que debe juzgar.

### 4.3.7 Otros criterios que adopta el Código Procesal Penal.

Existen otros aspectos que implícitamente establece el Código Procesal Penal, siempre con el objetivo de optimizar *funcionalmente* la administración de la justicia, los cuales señalamos a continuación:

- A. **Competencia Optativa**, conferida a los jueces de paz en los casos previstos por el CPP, siempre que las partes lo acepten;
- B. **Competencia Supletoria**, que la pueden ejercer los jueces de paz para situaciones de urgencia como lo prevé el artículo 44.1, y;
- C. **Competencia Causal**, que responde al principio de inmediatez (a los que puede acuñar los de economía y concentración), situación que se produce cuando el mismo juez o tribunal que dictó una resolución o sentencia, conoce en la ejecución de lo declarado por aquella (ejemplo: el tribunal o juez que dictó la sentencia, conoce en el procedimiento para la reparación del daño).

## 5. Exclusión de jueces y tribunales.

### 5.1 concepto y principio constitucional que se busca preservar.

Una de las instituciones que mayores problemas generan respecto a la celeridad y sencillez de los procesos penales, es sin duda el de las *inhibiciones* y *recusaciones*, figuras que tienen por finalidad garantizar la independencia e imparcialidad de los magistrados en la administración de los casos que caen bajo sus respectivas competencias. Decimos que se trata de un tema urticante, porque la opinión pública constantemente señala que los códigos procesales no prevén mecanismos *cerrados* o *estrictos* que impidan el abuso de las recusaciones, principalmente, por parte de los litigantes que en la práctica facilita la *elección* del juez que entenderá en la causa. Recuérdese que todo magistrado competente en una causa y que resulta *apartado*, afecta el principio constitucional del debido proceso, vale decir, de una causa que tiene que ser entendida por el juez natural y que no es otro que el señalado por una ley anterior al hecho que motiva el procedimiento.

No obstante, el CPP ha previsto causales, sin que por ello su enunciación sea taxativa, principalmente si se atiende a la naturaleza del nuevo proceso penal que otorga mayores garantías de imparcialidad a las partes que están involucradas en una causa penal.

Antes de analizar el texto legal que hace mención sobre los motivos de excusación y recusación, es importante distinguir perfectamente ambas figuras.

La **recusación** es un mecanismo procesal que la ley procesal penal acuerda a las partes, cuando existan actos concretos y graves que comprometan seriamente la imparcialidad del juez o tribunal competente, para lo cual deberán plantear el incidente de recusación en las formas y plazos de ley. Entiéndase por la forma escrita y en cualquier estado del procedimiento.

La **inhibición** tendría que ser la figura *madre* en cuanto a la postura que adopten los jueces y tribunales respecto a la institución que estamos analizando, aunque no siempre se produce esta postura de una forma espontánea por parte de los magistrados insertos en una causa expresamente señalada por la ley. Inhibirse significa desentenderse y en términos procesales, quiere indicar la decisión voluntaria y espontánea que adoptan los jueces cuando tienen la convicción razonable que se encuentran dentro de alguno de los motivos que inhabilitan a los mismos en la continuidad de su intervención competente y cuyo resultado no es otro que el declararse inhábil para administrar el conflicto que conoce con imparcialidad e independencia.

## 5.2 Clasificación de los motivos de exclusión de los jueces.

Distinguida las formas en que puede operarse la *separación de magistrados* como integrantes del componente del debido proceso (*jueces naturales e imparciales, tal como lo prescribe el artículo 16 de la CN*), analizaremos lo que el CPP en su artículo 50 describe como los motivos taxativos y otras circunstancias análogas, claro está, siempre que las mismas encuentren sustento por vía de la *analogía o aproximación* a las expresamente nominadas en el citado precepto. Asimismo, se podrá corroborar que existen algunos motivos de excusación y recusación que están mejor *definidos*, todo ello, con el objeto de poner límites formales y sustanciales a la práctica *impropia* de provocar apartamientos de jueces que conspiran contra la buena marcha de los procesos y a la vez, montando suspicacias que oscurecen la transparencia en la administración de la justicia en general.

Dice el **artículo 50**:

**“Los motivos de separación de los jueces serán los siguientes: 1) ser cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción, o segundo de afinidad, de alguna de las partes o de su representante legal o convencional...”**

Como incorporación novedosa entre las causales de separación por vínculos familiares, se destaca la figura del *conviviente*, que sería la persona *-sin distinción de sexo-* que mantenga una relación más o menos estable y conocida con una de las partes (*unión de hecho o conocimiento público de “convivencia bajo el mismo techo” o de alguna manera fehaciente que acredite la relación personal con la persona del juez*) o los representantes legales o convencionales. Es importante poner de resalto que la representación legal podría recaer en personas físicas que específicamente no están vinculadas a la causa penal, pero que al intervenir como apoderados para cualquier efecto en el procedimiento, están comprendidos dentro de uno de los supuestos que prevé el numeral 1º del precepto.

**“2) ser acreedor, deudor o garante, él, su cónyuge o conviviente, de alguna de las partes, salvo cuando lo sea de las entidades del sector público, de las instituciones bancarias, financieras o aseguradoras. Habrá lugar a la inhibición o recusación es-**



***tablecida en este numeral sólo cuando conste el crédito por documento público o privado, reconocido o inscripto, con fecha anterior al inicio del procedimiento; (...)***”.

En principio la calidad de acreedor, deudor o garante del juez con algunas de las partes es suficiente para la inhibición del magistrado que entienda en una causa penal. Sin embargo, se exceptúan a las instituciones bancarias, financieras o aseguradoras que funcionen lícitamente, vale decir, que tengan una personería reconocida y que los integrantes del cuerpo directivo, a su vez, tampoco guarden una relación más allá de la meramente formal que exigió la concesión del crédito o la aceptación de una garantía real (*según cuál sea la naturaleza de la operación*).

La prueba instrumental es fundamental para la procedencia de esta causal, aunque tampoco habrá que ser muy exigentes en esta formalidad, ya que el instrumento de crédito privado reputado al juez, no necesita un *reconocimiento* por vía de la acción preparatoria o de alguna mención expresa del afectado (*el magistrado*). Es lógico que ante una circunstancia como la expuesta, el magistrado debe inhibirse y si alega la ausencia de una formalidad como la expresada, la sospecha de su *resistencia* a seguir entendiendo en la causa lo ubica dentro del interés manifiesto con alguna de las partes.

***“3) Tener él, su cónyuge o conviviente, o sus parientes dentro de los grados expresados en el inciso 1), procedimiento pendiente con alguna de las partes o haberlo tenido dentro de los dos años precedentes si el procedimiento ha sido civil y dentro de los cinco años si ha sido penal. no será motivo de inhibición ni de recusación la demanda civil o la querrela, que no sean anteriores al procedimiento penal que conoce (...)***”.

Esta norma aclara una cuestión muy contradictoria en materia de recusaciones.

En primer lugar, establece que los procedimientos pendientes o anteriores que tengan o hayan tenido las partes (*con los alcances del numeral 1º*), deben ser anteriores a la promoción de la acción penal.

En segundo lugar, fija plazos de *antelación* para limitar el alcance de los *procedimientos pendientes o anteriores*, según se trate de procesos civiles 2 (dos) años y penales 5 (cinco) años.

Finalmente, prohíbe la recusación fundada en este motivo que sea posterior a la promoción de la acción o inicio del procedimiento, aunque fueren coincidentes en el tiempo o que su promoción intentada poco tiempo antes del proceso penal que entiende el magistrado, guarde estrecha relación con el objeto de provocar la *separación* del magistrado.

La expresión *demanda civil o querrela* no excluye, de por sí, otras circunstancias análogas como serían las denuncias penales, las denuncias ante organismos administrativos y las radicadas ante los órganos competentes para juzgar la actuación de los magistrados (*Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Consejo de Superintendencia del Poder Judicial, respectivamente*). Con idéntico sentido, pero con referencia a lo expuesto en el párrafo anterior, la sinonimia entre demanda y querrela con las especies que se acaban de mencionar que hayan sido promovidas con anterioridad al inicio del proceso penal, también constituye un motivo serio para que el juez se aparte en el conocimiento de la causa.

***“4) Tener interés personal en la causa por tratarse de sus negocios o de las personas mencionadas en el inciso 1) (...)***”.

El interés personal no sólo se traduce en algún beneficio económico o patrimonial que podría recibir el juez con alguna de las partes con los alcances del inciso 1º, sino cualquier emprendimiento que de una forma indirecta pueda beneficiarlo en el disfrute de una posición que no la obtendría sino a través de la relación que provoca un interés especial hacia una de las partes en cuanto al resultado de la causa penal. Un ejemplo típico de esta *ampliación* del interés que debe ser manifiesto o palpable con la actitud del juez respecto a la parte con la cual se encuentra comprendido en esta causal, es

la provisión de insumos, trabajos a parientes, trato preferencial por su condición de magistrado en ciertas entidades o grupos, acceso a sistemas crediticios especializados, participación y deliberación en entidades que aglutinen a personas que su vez mantenga una posición definida respecto a temas que hipotéticamente puedan influir en la decisión de la causa, etcétera.

***“5) Ser contratante, donatario, empleador, o socio de alguna de las partes (...)”.***

Esta causal sólo merece un agregado más y por razones de garantizar la absoluta prescindencia de sospechas respecto a la imparcialidad del magistrado: que las “partes” deben entenderse con los alcances previstos en el numeral 1° del precitado artículo 50.

***“6) Haber intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa (...)”.***

La intervención del juez penal de garantías, principalmente, debe ceñirse a no incurrir en alguna actuación que empañen su imparcialidad y se puede generar un motivo de excusación o recusación. Atendiendo a la configuración novedosa del procedimiento ordinario, es evidente que todo magistrado que intervino *-aún sin emitir pronunciamiento definitivo-* en la misma causa, no puede continuar en conocimiento de ésta, aunque las partes lo consientan o se trate de una situación excepcional (*Ejemplo: el juez penal de garantías que sustituyó temporalmente el despacho del magistrado natural, no podrá intervenir como miembro del tribunal de sentencia, o, el juez penal de ejecución que si bien tuvo a su cargo el control de las finalidades de la prisión preventiva en las diversas etapas del procedimiento ordinario, tampoco puede integrar el tribunal de sentencia o el tribunal de apelación*).

***“7) Haber dictado una resolución posteriormente anulada por un tribunal superior...”.***

En el sistema del CPP, cualquier sentencia que fuera objeto del recurso de apelación especial de sentencia de primera instancia o de casación extraordinaria, según el caso, tendría que ser anulada y reenviada a nuevo juicio oral y público (*salvo los casos de decisión directa, que no afectaría la situación que describe el numeral 7°*), por lo que la decisión que admita el recurso, siempre provocará el juzgamiento del caso por un nuevo tribunal, distinto al que emitiera la decisión anulada; de esta manera, es perfectamente entendible la prohibición sentada en este numeral.

Ahora bien, tampoco puede perderse de vista que a través del recurso de apelación general, las decisiones adoptadas por los jueces penales durante el trámite de las dos primeras etapas (preparatoria e intermedia), podrían provocar la nulidad o revocación de la resolución recurrida. Si se trata del primer supuesto -nulidad-, es evidente que podría verificarse la separación del magistrado en la causa penal, mediante la invocación del mismo numeral 7° (recuérdese que el artículo 165, párrafo 2° inserto en el capítulo de las nulidades, permite la apelación general fundada en inobservancias que puedan provocar la declaración de la decisión con los alcances de una nulidad absoluta). En el caso de la revocación del fallo impugnado, la excusación o recusación será inviable.

***“8) Haber intervenido en el procedimiento como parte, representante legal, apoderado, defensor, perito o testigo; 9) Haber sido condenado en costas, en virtud del procedimiento que conoce (...)”.***

En el Título II del Libro V, se establecen los casos en que los jueces podrían soportar la condena en costas. Los artículos 275 y 276 responsabilizan solidariamente al Estado por la restricción de libertad (preventiva o condenatoria), sin perjuicio de imponerlas a quienes hayan contribuido dolosamente o por culpa grave al error judicial (en los casos de revisión). De esta manera, a los magistrados se les podría imponer el pago de las costas por estas causales, claro está, sin perjuicio de sus responsabilidades personales que deberán dilucidarse por los conductos correspondientes.

Esta circunstancia impediría que los magistrados puedan conocer en la misma causa penal por la imposición de las costas, ya que esta determinación obedece a una grave negligencia de los mismos o, en su defecto, a una acción dolosa susceptible, como se dijo, de responsabilidad civil y penal respectivamente.

**“10) Haber emitido opinión o consejo sobre el procedimiento, que conste por escrito o por cualquier medio de registro...”.**

Fuera del caso de las opiniones por escrito u otro medio similar que compruebe un prejujuicio del magistrado que entiende en una causa penal y que no merece mayores disquisiciones al respecto, se encontrarían las mismas resoluciones emitidas por aquellos.

En esta hipótesis se podrían presentar, a su vez, varios supuestos que mencionaremos al sólo efecto ilustrativo:

- a) Que la resolución adoptada por el juez se aparte considerablemente de la naturaleza del acto que debía resolver (*Ejemplo: para imponer una medida cautelar, emite juicios de valor sobre la persona de una de las partes -el imputado, en particular- o señala la existencia de pruebas que anticipadamente presentan a una de las partes como la portadora de la razón, siendo una etapa impropia para tales manifestaciones*);
- b) Que adopte una decisión sobre la base de un temperamento totalmente ajeno a su convicción (*Ejemplo: admite alguna diligencia o resuelve una medida que afecta al imputado o a la querrela, basándose en la exclusiva opinión de un tercero*);
- c) Que si bien no se observan actitudes concretas que presuman un prejujuicio del magistrado, éste haya adoptado un temperamento definido y anterior respecto a una de las partes que está en la misma situación jurídica que el afectado, lo que equivaldría a señalar que las demás partes correrán la misma suerte con relación a sus planteamientos.

La Ley N° 3759/09 que establece el procedimiento para el enjuiciamiento de magistrados, establece la prohibición que los jueces emitan opiniones sobre el estado de las causas a los medios de comunicación, todo esto, con el objetivo de preservar la independencia e imparcialidad del magistrado. De todas maneras, su máximo rigor se produce en la etapa preparatoria, ya que el proceso no es público y los jueces penales de garantías deben preservar justamente uno de los principios más importantes del debido proceso, cual es, la presunción de inocencia de las personas.

**“11) Tener amistad que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia de trato;  
12) Tener enemistad, odio o resentimiento que resulte de hechos conocidos (...).”**

Es evidente que la amistad o enemistad entre las partes con el juez, es uno de los motivos que provoca la inhibición o recusación de los magistrados, aunque su práctica se ha pervertido por aquello que anticipábamos en este análisis, que las partes han abusado de ciertos temperamentos adoptados por los jueces para intentar probar la existencia de esta *causal*. En cuanto a la amistad, el CPP se refiere a la gran familiaridad o frecuencia de trato, dejando de lado la expresión del Código Procesal Civil que señalaba como prueba de esta causal la amistad *íntima*.

Los alcances de la intimidad quedaban, de ordinario, en la convicción del juez y esto motivaba un rechazo casi unánime de las recusaciones que alegaban esta circunstancia. La familiaridad o frecuencia en el trato, se refiere a circunstancias objetivas y fácilmente comprobables en medios sociales pequeños como el nuestro. Es lógico que la sola existencia de un trato deferente entre jueces con una de las partes o las reiteradas audiencias que conceden a una de las partes, no sea bastante para alegar la familiaridad en el trato. Una fórmula razonable consistiría en la determinación de ciertos ámbitos de frecuencia que indudablemente producen una estrecha relación que trasciende más allá de lo meramente formal y pasan al ámbito de lo familiar y frecuente: participar de grupos sociales que involucran a determinados estamentos de la sociedad, concurrencia a domicilios de personas con las cuales *-el juez y una de las partes-* existe un vínculo muy estrecho, participación en grupos

que congregan a determinados magistrados, abogados y otras personas que se vinculan en sectas o grupos que no activan públicamente, etcétera.

Es indudable que estas actividades generan un grado de compenetración en las relaciones del grupo (*entre los cuales están incluidos los jueces y una de las partes*), tornándose el trato mucho más que una coincidencia de lugar y tiempo, de respeto mutuo, consolidando una cierta *identidad o afinidad* sectorial o familiar con el correspondiente compromiso o lealtad, todo lo cual, impide garantizar una razonable imparcialidad del juez en administrar el caso en el cual entiende, claro está, por efecto de dichos lazos.

En cuanto a la enemistad, hay que entender que el odio o resentimiento aparte de ser conocido por propios o terceros, debe sustentarse en una acción del juez hacia una de las partes y no en sentido adverso. Una práctica muy repetida en nuestro medio es que los litigantes perfeccionaron el *arte de la insidia y la ofensa* en motivos estrictamente coyunturales (*al momento de intervenir en una causa penal o al obtener una resolución desfavorable a sus intereses*), de tal manera a provocar la *separación* del magistrado. Recuérdese que el magistrado debe estar por encima de las actitudes beligerantes y enconadas, pues al decir de **Carnelutti**, su actuación es la expresión de la justicia humana y atendiendo a su peculiar investidura, es una persona que tiene suficiente convicción y preparación intelectual, ética y moral para enfrentar las contingencias provocadas por el dicitario, que de incurrir en esa bajeza, no merece ser magistrado. De esta manera, las recusaciones sustentadas en esta causal (*por odio o resentimiento que manifiesta una de las partes hacia el magistrado*) sólo podrían tener cabida, en forma excepcional, cuando la respuesta del juez trasluce una actitud en el mismo sentido, hacia el litigante. Fuera de esta excepción, es práctica pacífica que las recusaciones provocadas por las partes sobre motivos de odio o resentimiento, deberán desestimarse.

Por último las sanciones disciplinarias aplicadas por los magistrados y que se hayan revocado a través del recurso de apelación, siempre que de la lectura del fallo emitido por el tribunal superior, surja una actitud parcial o de menoscabo a la dignidad de la parte afectada, estaríamos frente a una causal que *sobrevenga* y como tal el magistrado tendría que apartarse en el conocimiento de la causa.

**“...y; 13) Cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecten su imparcialidad o independencia”.**

Este numeral prevé lo que denominaremos una norma procesal *en blanco*, ya que sin describir cuáles serían los supuestos que podrían ampararse en esta causal para provocar la excusación o recusación de los jueces, impone un fundamento serio para su *extensión* hacia otras situaciones que no sean las mismas a las enumeradas taxativamente, las que tendrían que bordarse mediante una jurisprudencia seria y responsable que busque el justo equilibrio de dos principios cardinales del proceso penal: el de garantía (*preservando la imparcialidad de los magistrados en las causas que caen bajo su competencia*) y el de eficiencia (*preservando la sencillez, economía, celeridad, progresión y continuidad de los procesos penales*), respectivamente.

El numeral 13° convierte el régimen de excusaciones y recusaciones tradicionalmente regulado por normas *taxativas* o *cerradas*, en un dispositivo de *numerus apertus* (*abierto*), que introduce casos típicos o más usuales en la práctica forense.

### 5.3 El trámite en el Código Procesal Penal.

Se remite al trámite de los incidentes regulados en el CPP. “**Artículo 341. Inhibición.** El juez comprendido en alguno de los motivos de impedimento previstos en este código deberá inhibirse inmediatamente, apartándose del conocimiento o decisión del procedimiento”.

“**Artículo 342. Recusación.** Las partes podrán recusar a un juez alegando cualquiera de los motivos indicados”.

“**Artículo 343. Forma y tiempo.** La recusación se interpondrá por escrito, en cualquier estado del procedimiento, indicando los motivos en que se funda y los elementos de prueba pertinentes. La interposición de recusaciones manifiestamente infundadas o de modo repetitivo con la finalidad de entorpecer la marcha del procedimiento se considerará falta profesional grave”.

“**Artículo 344. Tribunal Competente.** Producida la inhibición o promovida la recusación, el juez o tribunal inmediato superior tomará conocimiento del incidente. Si se trata de un tribunal en pleno, deberá entender el tribunal inmediato superior. Cuando el afectado sea uno solo de los jueces de un tribunal conocerán los restantes miembros, siempre que puedan constituir mayoría”.

“**Artículo 345. Trámite y resolución.** Promovida la recusación se **pedirá informe al juez recusado, quien contestará en veinticuatro horas.** Si el recusado se allana, se lo declarará inhibido del conocimiento del procedimiento; **Si se opone, fundándose en razones de derecho, se resolverá dentro de los tres días;** Si la oposición se funda en hechos justificables se convocará dentro de los tres días a una audiencia de prueba y luego se resolverá inmediatamente. Cuando se admita la recusación, se reemplazará al juez conforme a lo previsto en el código de organización judicial. En caso contrario continuará el juez original, quien ya no podrá ser recusado por los mismos motivos”.

“**Artículo 346. Efectos en el procedimiento.** La inhibición o la recusación **no suspenderán el trámite del procedimiento, pero una vez interpuestas serán resueltas antes de que el juez afectado tome cualquier decisión.** Asimismo, el juez afectado no podrá practicar acto alguno, **salvo aquellos que no admitan dilación** y que, según las circunstancias, no puedan ser realizados por el reemplazante. La resolución que admita la inhibición o la recusación será notificada inmediatamente al nuevo juez y a las partes, y será irrecurrible”.

Varias cuestiones deben resaltarse respecto a lo transcrito:

- a) La solicitud se podrá realizar en cualquier momento del procedimiento, aunque existe un límite preciso en el tiempo que señala el CPP en su artículo 365 para recusar a los miembros del tribunal de sentencia.
- b) El plazo es de cinco días contados desde la notificación de la convocatoria a la audiencia del juicio oral y público. Es evidente que los motivos de la recusación o inhibición, deben fundarse en hechos nuevos o, por lo menos, conocidos en lapso estrecho entre la constitución del Tribunal y la comprobación de la causal;
- c) El juez que se inhibe debe fundar sus motivos en una resolución y tal circunstancia no puede ser objeto de impugnación como acontecía en el sistema del CPP de 1890;
- d) El juez recusado pierde la potestad de seguir entendiendo en la causa penal, aunque podría realizar actos que no admitan demora como un anticipo jurisdiccional o todo lo concerniente a las medidas cautelares de orden personal.
- e) Fuera de estos casos, no podrá resolver las cuestiones pendientes, sino una vez que el tribunal superior resuelva lo que corresponda respecto al magistrado afectado;
- f) Si el magistrado recusado opone resistencia, manifestando que la solicitud no reúne los requisitos para la procedencia de la recusación, el tribunal deberá

*convocar a una audiencia oral en la que se producirán las pruebas, la que una vez concluida, permitirá que la resolución del incidente inmediatamente y la resolución que recaiga es irrecurrible, y;*

- g) *Finalmente, se establece la prohibición de designar abogados comprendidos en notorios motivos de excusación y recusación, con la salvedad del imputado que está exonerado de esta prohibición, cuando designe un defensor en su primera presentación o en el primer acto de procedimiento que le corresponde intervenir (artículo 112 del CPP en concordancia con el 50 del mismo cuerpo legal).*

## 6. El Ministerio Público.

### 6.1 Ubicación histórica y avance institucional.

La Constitución de 1992 creó un Ministerio Público cuyas funciones, ubicación institucional, inserción dentro del esquema de poderes y su misión general, es totalmente nuevo para la República del Paraguay. Este hecho, evidente con la simple lectura de las normas constitucionales, no ha sido destacado suficientemente y todavía hay quienes piensan al Ministerio Público desde un horizonte político y cultural ya superado por la Ley Fundamental.

Las columnas que sostienen esta nueva estructura del Ministerio Público son cuatro y provienen directamente de las normas del sistema constitucional:

- a) *El carácter **judicialista**, que hace del Ministerio Público una de las instituciones judiciales del Paraguay.*
- b) *Su carácter de **representante de la sociedad**, que enlaza al Ministerio Público con el concepto de democracia participativa y obliga a un modelo de organización totalmente distinto al tradicional.*
- c) *Su **autonomía** incluso respecto de las otras instituciones judiciales.*
- d) *El control de **legalidad privilegiado** que se manifiesta en la defensa de los derechos y garantías constitucionales (CN, artículo 268.1) y que es una vuelta a las raíces históricas del control de legalidad.*

El carácter **judicialista** del Ministerio Público es claro en la Constitución de la República, que ubica sus normas dentro del Capítulo del Poder Judicial (Sección IV). De este modo, nuestra Ley Fundamental optó por una de las posibles ubicaciones del Ministerio Público (*administrativista, judicialista, órgano extra-poder*) y se puede decir que desde 1992 el Poder Judicial se organiza internamente por cuatro grandes instituciones: *los Tribunales (órganos jurisdiccionales en sentido estricto), el Ministerio Público (órgano judicial requirente), el Consejo de la Magistratura (órgano regulador de la carrera judicial) y la Justicia Electoral (órgano jurisdiccional-administrativo, especializado y de naturaleza compleja)*. Esta partición del Poder Judicial no significa un debilitamiento sino un fortalecimiento de este poder, pero sin duda también significa una nueva realidad, que ahora debe ser conceptuada con los instrumentos adecuados y que ya no puede ser interpretada desde los viejos moldes y menos aún permite que las prácticas anteriores a 1992 puedan persistir.

La evolución política demuestra que la posición del Ministerio Público fluctuó entre dos vertientes: una **administrativista** cercana al Poder Ejecutivo, y otra, **judicialista** pero como mero auxiliar que, finalmente, seguía siendo una institución dependiente, sólo que de un órgano diferente.

El gran paso de la Constitución Republicana de 1992 fue resolver la cuestión mediante su inclusión clara dentro de los organismos judiciales pero, a la vez, resaltar con fuerza su autonomía, incluso de los otros organismos judiciales, de modo que ya no puede ser conceptuado como un mero auxiliar de los jueces y tribunales.

Con la Revolución Francesa -*nutrida de una gran desconfianza hacia el sistema judicial absolutista y productora de una ruptura histórica que moldeará a los sistemas jurídicos desde entonces*- nace la tradición *legalista*. Hasta esa época todos los sistemas eran, en cierto modo y con variantes, sistemas judicialistas basados en la actividad judicial como eje del sistema jurídico (*idea vigente hasta el presente en el common law*), que se altera con la difusión de la obra legislativa francesa al derecho continental europeo -*del cual somos tributarios*- se consolida un legalismo producto de la desconfianza en los sistemas judiciales del Antiguo Régimen, es decir, del sistema inquisitivo en sus diferentes variantes. No obstante, esto debe ser analizado en un contexto histórico para percibir la verdadera corriente ideológica que se pretende plasmar. En efecto, cuando los revolucionarios franceses alzan la primacía de la ley, están buscando destruir la sociedad de privilegios (*por lo menos en un sentido formal*), están tratando de preservar a la ley como mecanismo ordenador de la sociedad, por encima de la voluntad del rey o de los nuevos gobernantes. Es por este breve criterio que ese espíritu legalista es emanación del espíritu igualitario y busca destronar la arbitrariedad.

El programa normativo, entonces, buscaba la expresión de un nuevo orden, basado en la *igualdad, la libertad y la fraternidad*. El sistema judicial, convertido en uno de los poderes del Estado, debía respetar a toda costa ese sistema normativo. Inmediatamente la propia dinámica de la Revolución producto de su enfrentamiento con el resto de Europa, de una paulatina consolidación de un si tema centralizado; en fin de avances y retrocesos del propio proceso político, demostró que la aspiración que el juez fuera un simple *aplicador mecánico de la ley* era imposible. Y esto porque la diversidad de la vida hacía que la interpretación de la ley fuera insoslayable (recuérdese la famosa frase de Napoleón ante la aparición del primer comentario a la nueva legislación: "*¡Mi Código está perdido...*") como las nuevas necesidades de un poder político centralizado hacían que el mismo poder fuera reacto a la subordinación absoluta al programa de la ley.

Este complejo panorama político hace nacer dos instituciones que desde sus orígenes fueron marcadas por esta dualidad y contradicción de ser tanto *custodios de la ley* es decir, *custodios del programa político igualitario plasmado en la ley, instrumento de racionalización de la vida social y política* (*téngase en cuenta que el Iluminismo se caracteriza por una ilimitada y a veces ingenua fe en la razón*) así como avanzadas del poder político sobre el judicial, para asegurar los intereses del Estado.

Estas instituciones son la Corte de Casación, en un primer momento ligada al Parlamento como un modo de preservar el sentido de la ley (*mucho más su sentido político, que su sentido literal, ya que el Parlamento era un poder electivo en el que residía la soberanía popular*) y el Ministerio Público, custodio de la legalidad, defensor del programa normativo, para evitar la distorsión judicial. Debe quedar claro, pues, que el nacimiento histórico del Ministerio Público estuvo ligado a dos ideas fundamentales:

- a) *La crítica al sistema judicial del Antiguo Régimen, básicamente estructurado sobre el modelo inquisitivo, y;*
- b) *La defensa de la ley como expresión de una aspiración igualitaria y racionalista que se expresaba en el programa normativo.*

Por eso señala **Roxin** que "*...oralidad, publicidad, participación de los legos en la administración de justicia y la introducción del Ministerio Público, ésas fueron las exigencias reformistas decisivas del siglo XIX en oposición a la justicia de gabinete y a la manipulación arbitraria del poder penal. El Ministerio Público que, como es conocido, tiene su origen en el derecho francés y hunde sus raíces en la gran revolución francesa del siglo XVIII es, entonces, herencia del iluminismo; él cobró vida como medio de liberación ciudadana y no como instrumento de represión autoritaria (...)*".<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ROXIN, CLAUS. "EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL", "POSICIÓN JURÍDICA Y TAREAS FUTURAS DEL MINISTERIO PÚBLICO", EDITORIAL DEPALMA, AÑO 1997.

El movimiento independentista latinoamericano se nutre de las ideas de la Revolución Francesa. El problema para la generación de la independencia no era sólo liberarse de España sino construir la República y se puede decir que su gran éxito fue el logro de la independencia y su gran fracaso fue la imposibilidad de construir el sistema republicano. Dentro de ese proceso político también se dio una profunda crítica al sistema inquisitivo, a la justicia del rey español que la distancia y el descontrol habían hecho más formalista y más arbitraria aún. También en nuestro país, la reforma judicial, la oralidad de los juicios, los jurados y el Ministerio Público aparecen, al igual que en Europa, como postulados básicos del pensamiento republicano. Ni en Europa, ni en América Latina se logró destruir el sistema inquisitivo -por tal razón, hoy, doscientos años después de la Revolución Francesa, aquí y allá sigue siendo una tarea pendiente-.

En América Latina la pervivencia del sistema inquisitivo fue más fuerte y en muchos países, entre ellos el nuestro, prácticamente se conserva en su forma pura. Los intentos por establecer el jurado fueron perdiendo fuerza, el mismo movimiento de reforma se fue agotando y lentamente el sistema inquisitivo y su cultura formalista y arbitraria se convirtieron nuevamente en el sistema dominante. No obstante, el Ministerio Público fue organizado, pero quedó atrapado dentro de un sistema extraño, aislado de otras reformas a las que estaba históricamente ligado e incluso se olvidó la razón política que le había dado origen. Un Ministerio Público injertado en el sistema inquisitivo que la generación de la independencia no pudo destruir, se convirtió en una institución anodina, sin perfil político ni institucional, fácilmente manipulable y, en el fondo, inútil.

Sus funciones penales, pensadas originalmente para ser una condición de la persecución penal igualitaria y una garantía de la imparcialidad de los jueces (recuérdese la famosa frase de **Radbruch**: "*quien tiene a un juez por acusador necesita a dios como abogado*") quedaron convertidas en una pobre participación en el proceso, realizando dictámenes que atrasan el trámite, antes que contribuir a la correcta administración de justicia, sin ningún control sobre la policía y subordinados totalmente a las tareas del juez de instrucción. Por otra parte, sus funciones de *vigilante de la ley* pensadas para que fuera custodio del programa normativo, de la racionalización del poder, de la ley como expresión de los derechos inalienables del hombre, quedaron convertidas en una participación rutinaria en procesos civiles y comerciales, en dictámenes sin mayor importancia en sucesiones o tutelas. En fin, el custodio de la ley quedó convertido en un pobre guardián de formas procesales y rutinas forenses.

Pues bien, ese era el Ministerio Público inquisitivo -*pariente muy pobre y muy lejano de los ideales de la Revolución Francesa*- el que gasta recursos del Estado sin un rumbo claro, sin un aporte social significativo y sin ningún futuro. De ahí la importancia que por virtud de la Constitución Republicana de 1992 se haya retomado el rumbo exacto de la genuina naturaleza del Ministerio Público, retornando a sus raíces y orígenes históricos.

Por supuesto, en un contexto político y cultural totalmente distinto que obliga a tomar la esencia de lo anterior y no sus meras formas.

- a) *Retorna el sentido originario del "control de legalidad" que, como se dijo, no era control de formas o de legislación de menor orden, sino control de la vigencia de la ley en tanto expresión racional de los derechos inalienables de la persona. Ese programa normativo hoy está plasmado en la misma Constitución y por ello ser "custodio de la ley" significa en nuestra actualidad, ser custodio, defensor, de la vigencia de la misma Constitución.*
- b) *Esto que hemos llamado "control de legalidad privilegiado" para marcar la diferencia con el depreciado y aparente control de la ley secundaria y sus formas que venía realizando el Ministerio Público, es uno de los fundamentos esenciales, como ya se ha dicho, de la flamante ley orgánica.*



- c) *La vigencia de la carta de derechos y garantías plasmados en el texto constitucional, hoy es tarea prioritaria del Poder Judicial en su conjunto (artículo 247 de la CN) y ello explica la integración del Ministerio Público como parte esencial del mismo Poder Judicial.*
- d) *La custodia del programa normativo no aparece ya como la tarea exclusiva de los poderes políticos sino como una preocupación de toda la sociedad que asume el deber y el deber de la participación democrática (artículo 1 de la CN); de ahí que el Ministerio Público se configura de un modo especial, como aquella institución que debe actuar de nexo entre muchas de las preocupaciones sociales (entre ellas los intereses colectivos y difusos) y los órganos del Estado previstos para dar solución pacífica a los conflictos sociales (esencia de la función de los órganos jurisdiccionales).*
- e) *Finalmente, no se puede repetir el error histórico de organizar al Ministerio Público olvidándose que él nació como uno de los instrumentos de destrucción del sistema inquisitivo. Por ello, esta ley está pensada en el contexto de una reforma integral de la justicia penal, que remueva de raíz las estructuras inquisitivas.*
- f) *Las funciones penales del Ministerio Público y potenciadas en su Ley Orgánica, en general, presuponen el inicio de una profunda transformación judicial en el Paraguay sin la cual el Ministerio Público estará condenado a la intrascendencia y la sociedad paraguaya verá cómo su programa constitucional, que hoy tiene fuerza y moviliza las energías sociales, poco a poco, como ya sucedió en la historia nacional, irá cayendo en el olvido y se convertirá en dolorosa letra muerta.*

## **7. Principios que rigen su organización.**

### **7.1 Institución vinculada con la actividad judicial.**

El sistema tripartito que las constituciones republicano-democráticas, conduce a la asignación especializada de actividades a oficinas o entidades orgánicas para la satisfacción de las necesidades propias a cada quehacer; entre las funciones esenciales del Estado se destaca la *jurisdiccional* avocada al conocimiento de los asuntos contenciosos producidos por el incumplimiento de una norma que integra el ordenamiento jurídico estatal. En otras palabras, se le confiere una parcela de la soberanía estatal interna para administrar justicia conforme a los valores constitucionales; esa función llamada *judicial* -sinónima de *jurisdiccional*- llevó a confusiones doctrinarias para saber exactamente si la palabra *jurisdicción* congloba la expresión *judicial* o viceversa.

Lo señalado exige claridad por lo que cuando nos referimos a la gestión judicial que ejerce el Estado no estamos involucrando solamente la actividad *orgánica* que realizan los jueces. Por el contrario, la administración de *justicia* conforme a un procedimiento previsto por el sistema legal -cuando usamos la expresión *judicial*-, es el la que se realiza para la concreción de los fines que persigue la función judicial en un sistema democrático y republicano de gobierno: *la búsqueda de la verdad real sobre los acontecimientos puestos en estudio y a través de ella, el funcionamiento de la voluntad de la ley con la finalidad de asegurar una correcta administración de justicia.*

**Alfredo Vélez Mariconde** otorga un sentido *lato* al contenido de la función judicial comprendiendo *actividades trascendentes más allá de la típica y tradicional función decisoria de última ratio y eminentemente jurisdiccional que efectúan los tribunales.*

Esta idea se sustenta en la necesidad de reconocer un *género* (la función judicial), dentro del cual se advierten *dos especies* diversas, unidas por una sola finalidad (la *búsqueda de la verdad y la efectiva aplicación de los ideales naturales de justicia*). En este género, se encuentra la actividad eminente-

te y determinativamente jurisdiccional que es el acto de dictar una resolución o sentencia, que constituiría así, la especie de aquella, mientras que *la otra especie constituye la función requirente del Ministerio Público.*

Conforme a esto, se tiene que del concepto de *función judicial* se pueden aclarar las dificultades iniciales entre los vocablos *judicial* y *jurisdiccional*:

- a) *Actividad estatal compleja que contempla a varios órganos que constitucionalmente se encuentran bajo la órbita judicial;*
- b) *Esos órganos ajustarán su "funcionamiento" a un mecanismo que instrumenta sus deberes "concretos" y que no es otro que la ley procesal;*
- c) *Cada órgano pretende buscar y arribar con claridad a la verdad de los hechos investigados, todo esto, para lograr, finalmente, la aplicación de la ley de fondo al caso particular;*
- d) *El ejercicio de la acción que motiva la intervención de la jurisdicción, corresponde como función específica al Ministerio Público.*

**Clariá Olmedo** nos enseña que: "...el poder jurisdiccional y el poder judicial requirente son órganos que aglutinan sus poderes diferentes en lo específico, realizan unívocamente poderes de 'realización del orden jurídico', correspondiendo a cada uno una atribución que le determina la norma penal y la procesal penal. Como órganos del estado ambos se inspiran en la misma finalidad (administrar justicia conforme a derecho) y procuran el imperio de la verdad que da base a la justicia; pero la opinión del juez ingresa al mundo jurídico con un atributo (el poder decisorio) que le acuerda una autoridad (de cosa juzgada) extraña al requerimiento fiscal...", lo cual no excluye de la órbita judicial la labor desplegada por el Ministerio Público en el proceso penal.

La función requirente aparece entonces como condición previa e infaltable para la constitución del proceso, de lo que se tiene que la función jurisdiccional -*propia* y *única de los jueces*- perdería fuerza legítima sin un Ministerio Público cumpliendo su función requirente que, después de todo, es un aditivo sin cuya presencia no existiría uno de los soportes de la independencia de la función de los jueces, cual es, la imparcialidad.

En otras palabras, sin Ministerio Público la función requirente no existiría y esto, a su vez, implicaría que los jueces se subroguen tal menester -*como ocurría en el modelo inquisitivo*- y con ello menguar o asfixiar la imparcialidad como atributo insustituible de un debido proceso penal republicano. Por ejemplo, en el caso específico de la materia penal, el Ministerio Público, por regla (*las excepciones la constituyen los delitos de acción penal privada*) ejercita una función judicial, que a su vez es pública y que está reglada por la Constitución y por el procedimiento penal.

Esa función atribuida en exclusividad por la Constitución al Ministerio Público tiene un fundamento claramente republicano en la concepción del proceso penal: por un lado, responde a la necesidad de dar coherencia al sistema en el sentido que la excitación de la jurisdicción, exige el previo ejercicio de una acción (preeminencia del principio acusatorio), y, por el otro, la consolidación de la objetividad de la actuación de este *actor penal público* en el sentido de que su aspiración no es esencialmente la de acusar, sino la búsqueda de la verdad, plasmando criterios objetivos de justicia.

Tal atribución le corresponde constitucionalmente al Ministerio Público y se la conoce bajo la denominación de poder *requirente*, es decir, provocar el funcionamiento de la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción penal pública para lograr la actuación de la ley (*substantiva* y *adjetiva*) para que se haga justicia mediante la acumulación de información probatoria, que será discernida por el tribunal competente, el cual emitirá una declaración con carácter definitivo acerca de la voluntad de la ley que debe expresarse en sentido positivo o negativo, claro está, en el caso concreto sometido a

su consideración. De ahí que el CPP incorpore la expresión REQUERIMIENTO FISCAL, porque señala que el modo ordinario de expresarse dicho órgano en todo proceso penal, es a través de una solicitud expresa de aquél a la jurisdicción para que lleve adelante una investigación, o realice actos tendientes a la dilucidación del hecho en estudio, o culmine su actuación en las diversas etapas y modos que la legislación procesal tiene reservada para dicha institución. El Ministerio Público, entonces, cumple una función judicial sujeta a principios de *Oficialidad, Objetividad y Legalidad*, pero en parte alguna puede traducirse como comprendida en la *Actividad Jurisdiccional*, que, repetimos, pertenece exclusivamente al juez o tribunal.

Esta inserción judicial del Ministerio Público quedaría depreciada si es que no se le adosa el ingrediente de la autonomía. En tal sentido, *autonomía y judicialidad* son conceptos auto-adheridos, porque de nada sirve el carácter judicial del Ministerio Público si luego él queda subordinado a otro de los órganos del Poder Judicial como podrían ser la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de la Magistratura, ya que, como se ha dicho antes, una simple injerencia o dependencia -siquiera mínima- del Ministerio Público, no lo hace menos dependiente “...si no, antes bien, dependiente de una autoridad distinta de la tradicional: el Poder Ejecutivo”.

En conclusión: la decisión principal que surge del texto constitucional es la de un Ministerio Público independiente de cualquier órgano del Estado y, con la finalidad de consolidar dicho presupuesto, se lo integró al Poder Judicial, más con esto no se entienda como una suerte de sometimiento o dependencia respecto a los demás órganos que involucra dicho poder.

## 7.2 Autonomía.

Hay que advertir que nos referimos a un concepto político y técnico que expresa una particular posición del Ministerio Público como integrante del Poder Judicial, sin depender de la Corte Suprema de Justicia. Lo que quiere expresar realmente dicho vocablo no va más allá de su tradicional concepto, que se realiza por una capacidad de autorregulación -del Ministerio Público- para asegurar su independencia; capacidad que debe ser interpretada en el sentido más amplio (*independencia funcional, administrativa, económica, organizativa, no sujeción a la jurisprudencia de los tribunales, carrera fiscal, etc.*). De tal característica no se puede colegir que el Ministerio Público quede fuera del sistema de pesos y contrapesos del sistema político, tal como lo postula el artículo 3 de la CN, como principio regulador del ejercicio del poder público.

El Ministerio Público está sometido a las funciones reguladoras del Consejo de la Magistratura -en especial, al nombramiento de sus funcionarios superiores-. Está sometido a los métodos de remoción de la Ley de Enjuiciamiento de Magistrados de esos mismos funcionarios, a los controles financieros de la Contraloría General de la República y a las funciones de superintendencia de la Corte Suprema (artículo 259.1) que en el contexto del sistema constitucional y la *cuatripartición del Poder Judicial (Tribunales, Ministerio Público, Justicia Electoral Y Consejo De La Magistratura)* sólo puede ser entendida como un *principio de coordinación*, desarrollo de lo previsto en el ya mencionado artículo 3° de la Constitución de la República y no como un sistema de dependencia, que rompería con la estructura constitucional.

### 7.3 Ejerce la representación de la sociedad.

El cambio más significativo que realiza la Constitución se verifica con una atribución conferida al Ministerio Público en el sentido de ser un *representante de la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado* (artículo 266). Ello significa haber asignado al Ministerio Público una función particular, ya que si bien no pierde su carácter de institución del Estado se la ubica especialmente como portavoz del conjunto de la sociedad y las restantes estructuras sociales.

Aparece como un intermediario (*representante*) entre los reclamos sociales y los órganos jurisdiccionales que tienen capacidad para resolverlos. Este carácter tan original que le otorga la Constitución que le atribuye una labor parecida a la de un *abogado de la sociedad*, tiene influencias sustanciales en su organización, ya que ella debe ser *permeable y sensible* a las inquietudes, reclamos, necesidades de esa sociedad que, en cierto modo, sería su mandante. Tanto en las funciones penales (*ejercicio de la acción penal*) como en las funciones no penales (*intereses colectivos y difusos, control de legalidad constitucional y representación ante la justicia electoral*) se manifiesta esta representación de los intereses sociales.

Desde un punto de vista político y cultural éste es el mayor cambio que produce la Constitución de 1992 ya que el Ministerio Público, a partir de ella, jamás tendría que ser pensado *-aunque los hechos nos demuestran lo contrario-* como un *brazo del Estado* ni como un *auxiliar de la justicia*, sino como un *representante de la sociedad*. El futuro del Ministerio Público *-su éxito o fracaso-*, reside en la capacidad que tenga esta institución y quienes la dirijan de cumplir con este mandato constitucional.

### 7.4 Ejerce un control de legalidad privilegiado.

La Constitución de la República redefinió la función tradicional de control de legalidad asignada al Ministerio Público, retomando sus raíces históricas de lo que debe entenderse genuinamente como un verdadero control de legalidad, atendiendo a que como estaba configurada dicha labor se diluyó en un mero contralor (*y muy superficial*) de formas o de normas secundarias de relativo o escaso valor político.

Cuando el artículo 268 de la CN le otorga al Ministerio Público la función de "*velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales*" vuelve al principio básico del control de legalidad: *preservar de un modo igualitario el programa político que se expresa a través de la ley*. Ese programa político *-incumplido en su mayor parte-* se expresa básicamente en la Constitución misma. Por ello, *control de legalidad es control de los derechos y garantías constitucionales, antes que control de la legislación secundaria*.

Este cambio, de gran importancia política, produce una transformación profunda de las funciones del Ministerio Público, tradicionalmente llamado a dictaminar en asuntos de menor importancia. Mientras que el programa *político-normativo de la Constitución* queda sin defensa. En esta nueva dimensión, el Ministerio Público es también una especie de abogado de la constitución, un custodio de la legalidad constitucional, antes que nada. A esta decisión constitucional, la hemos denominado *control de legalidad privilegiado* y diferencia las funciones del Ministerio Público Paraguayo de otras legislaciones americanas y europeas, atadas aún al concepto *amplio y vacuo* de legalidad.

Nuestra realidad social, el histórico descuido por la vigencia *real* de la Constitución, hace que esta decisión de los constituyentes aparezca como un sabio retorno a las razones históricas que dieron nacimiento al concepto de control de legalidad y vuelvan más genuina e importante esta función del Ministerio Público.

En conclusión: hemos explicado pues, como sobre los pilares de judicialidad, autonomía, control de legalidad privilegiado, organización específica y representatividad social se levanta un nuevo Ministerio Público en el Paraguay, llamado a cumplir un rol institucional totalmente distinto al que le cupo a lo largo de nuestra historia y que obliga que su ley orgánica no sea una simple enumeración de cargos y funciones, sino que desarrolle armónicamente una de las más importantes decisiones constitucionales.

## 8. Labores que despliega en el proceso penal.

Hemos dicho que la imparcialidad es una garantía procesal esencial para la realización del debido procesal penal que no sólo es un mandato constitucional, sino que se encuentra inmersa como un *presupuesto imprescindible* del juicio previo, en el derecho internacional vigente y en el CPP, respectivamente. Este atributo de la imparcialidad no es más que una situación de equidistancia del magistrado que entiende en una causa penal, obviando asumir la posición que sustenta alguna de las partes y de esta manera, asegurar los objetivos trascendentales del proceso: la acreditación de un acontecimiento tal como aconteció y de la hipotética consolidación de la información probatoria que penetra al proceso, aplicar el derecho penal sustantivo, o sea, decir el derecho, sea afirmando o negando la hipótesis delictiva que incrimina al imputado.

Es por eso que la protección de esta garantía procesal encuentra su mejor respaldo en los motivos de excusación y recusación, a más de la preservación de la independencia del magistrado en la convicción que adquiere por contacto directo con los sujetos procesales, prescindiendo de cualquier injerencia extraña *-interna o externa al ámbito propiamente judicial-* que destina este atributo que debe ser el patrón de conducta del juez o tribunal en toda causa en la que debe entender. En otros términos, el fundamento de la imparcialidad no es otro que la resolución final *-y porque no decirlo, de todas las decisiones que adopte en el curso del procedimiento-*, constituya la fiel expresión de su convicción conforme al sistema de la valoración que prevalece en el modelo de procedimiento que rige su actuación.

Junto al principio de imparcialidad se realiza *-diríamos, en forma paralela-* el de objetividad, modo de actuación que debe regir todos los actos efectuados por el Ministerio Público en el proceso penal. La naturaleza institucional del Ministerio Público provoca confusiones reiteradas respecto al *rol* que le corresponde constitucionalmente a este órgano, ya que muchos consideran, impropriamente, que preside una labor meramente coadyuvante a los acusadores particulares (*la víctima*) y se erige, concretamente, en un *exclusivo órgano de acusación* que resguarda o refuerza los intereses de la víctima y nunca del imputado. Quizás la influencia persistente de una cultura inquisitiva trasladada a una práctica distorsionada en el sentido señalado y que adoptan los funcionarios de dicha dependencia, es la principal promotora de esta errónea concepción.

**Julio B. J. Maier** nos aclara en forma sencilla la naturaleza funcional que le corresponde al Ministerio Público en un proceso de corte acusatorio, diciendo: “...*Se ha dicho que el Ministerio Público no es una parte del procedimiento penal en el sentido que haga valer en él un interés subjetivo, propio o ajeno –del estado-, en la actuación de la ley penal, sino, por el contrario, un órgano público cuyo interés se resume –como el de los órganos jurisdiccionales- en la correcta actuación de la ley penal; él tanto ampara al ciudadano, incorporando la prueba de su inocencia y reclamando una decisión que*

*lo libere de la persecución penal, como le imputa un hecho punible y demanda una consecuencia jurídica, bajo la condición procesal de que se verifiquen todos los extremos que condicionan esa consecuencia. De allí se desprende que el Ministerio Público no esté situado frente al imputado para inquirir y requerir sólo en contra de él, sino, todo lo contrario, para aclarar la imputación procesal que soporta y requerir también a su favor, cuando corresponde; sólo con este concepto se puede entender que el Ministerio Público deba procurar la incorporación de elementos que sirvan para descargo del imputado, tenga la facultad de requerir el sobreseimiento o la absolución, si el resultado del procedimiento así lo indica, y pueda recurrir también a favor del imputado (...)*”.

La **objetividad** entonces, es un replanteo de la función del Ministerio Público que debe converger -como órgano necesario que cumple con un segmento vital de la función judicial-, junto al órgano jurisdiccional -*jueces y tribunales*- en el aseguramiento de la búsqueda por medios lícitos de la verdad histórica del hecho reputado criminoso y de esa coyuntura acreditada en el curso del proceso, adoptar una decisión que permita asegurar la vigencia del orden jurídica, condenando o absolviendo al o los imputados, es decir, afirmando o negando la hipótesis delictiva.

Cuando señalamos que la *objetividad* y la *imparcialidad* deben ir juntas, no debe interpretarse en el ámbito exclusivamente gramatical de la expresión, ni tampoco mal interpretarse, queriendo significar -*erróneamente*- que ambas expresiones son la misma cosa, cuando que son varían partiendo desde la misma nomenclatura.

Son similares y no idénticas, lo cual se explica de mejor manera con el siguiente ejemplo:

Imaginemos las vías paralelas del ferrocarril. En una recta ubicamos a la imparcialidad que preside la actuación del órgano jurisdiccional y en la otra a la objetividad que preside la actuación del órgano requirente. El ferrocarril constituye el Estado de Derecho que representa los intereses del conjunto social, mientras que el trazado de las vías del ferrocarril, el camino del procedimiento que pretende llegar a su destino. En el ejemplo ilustrado, la imparcialidad y la objetividad están juntos pero no mezclados, vale decir, siguen una misma dirección que no otra que el destino fijado por el Estado que está representado por el ferrocarril. Mientras las paralelas no se junten el ferrocarril podrá circular por las vías y llegar a su destino, más si se unen o se mezclan perniciosamente, el aparato se descarrilará o lo que equivaldría a decir –en sentido figurado- la desviación o perturbación del Estado de Derecho. Pues bien, el ferrocarril que identifica al Estado de Derecho y en un sentido más restrictivo a la función judicial, pretende ponerse en movimiento hacia un destino (la ruta fungiría como el proceso penal) que ante la sospecha de un hecho punible se ponga en movimiento la máquina a través de los dos rieles que constituyen el medio idóneo que permita transitar por dicho camino.

Esas paralelas se identifican en cuanto a su función judicial: acreditar por medios legales que la sospecha del hecho realmente aconteció, que ese hecho probado constituya un delito y que la autoría o participación pueda imputarse a las personas que resulten vinculadas con aquél. En ese trayecto hacia el destino, cual es, la redefinición del conflicto generado por el hecho y mediante el procedimiento penal, las paralelas no se confunden, sino que cumplen “roles” particulares, aunque, finalmente, busquen un fin mancomunado: la averiguación histórica del hecho y la aplicación de la ley penal sustantiva.

Una de las paralelas –el Ministerio Público- representa los intereses sociales y como órgano estatal y judicial que es, no es un perseguidor nato, sino un órgano que pretende recolectar información para averiguar si objetivamente existe un hecho punible y si de las circunstancias aportadas por su labor puede individualizar a alguien como responsable del delito.

Otra de las paralelas –el órgano jurisdiccional- prescinde de unirse con la otra, porque justamente su tarea consiste en valorar según las reglas probatorias permitidas por la misma ley, diciendo si el de-

recho de fondo corresponde o no aplicarse al caso, sin interferencias foráneas aún de la otra paralela que cumple con su función concreta.

Luego del trayecto (procedimiento) que provoca que la máquina llegue a destino (redefiniendo el conflicto), el juez dicta una sentencia con absoluta imparcialidad, con lo cual, la convergencia se verifica, ya que tanto el Ministerio Público como el órgano jurisdiccional cumpliendo sus “objetivos concretos” durante el trayecto, han contribuido en forma recíproca pero por líneas separadas y paralelas (las vías del tren) con la averiguación y acreditación de la verdad histórica que, a su vez, justifique la eventual aplicación de la ley penal sustantiva.

El modo ejemplificado nos parece idóneo para reiterar que el principio de objetividad que preside la actividad que debe desplegar el Ministerio Público en un proceso penal, no es sinónimo de actividad acusatoria como bien lo expone *Maier*. Su cometido le permite sopesar los elementos de cargo y de descargo acumulados en su investigación y en la diversidad de coyunturas en la que pueda verse envuelta, adoptar un requerimiento según su convicción, fundado en una razonable postura que prescinda del viejo prejuicio inquisitivo de confundir su rol de “exclusivo acusador”.

De ahí que a veces parezca el más férreo persecutor y en otras un órgano muy permisivo *-desde la óptica que se lo mire-*, pero tales atributos se podrán mensurar siempre que su actividad esté precedida de un trabajo investigativo que contemple los elementos de cargo y de descargo reunidos y por una lógica unión de *causa-efecto*, su planteamiento convenza a propios y extraños que ha sido cuidadosamente trabajado y sustentado, de cuyo contexto no surjan dudas que obvió la regla primera de su ministerio, cual es, la de mantener su objetividad y prescindir, en lo posible, de posiciones subjetivas y claramente vinculadas con una de las partes, de cuyo resultado, motive el descarrilamiento del aparato judicial que perfectamente diseñó un modelo de proceso en el que prevalezcan del modo más equilibrado posible los principios de eficiencia y garantía.

En consonancia con esta introducción que hace a la naturaleza jurídica del Ministerio Público y la correcta diferenciación con la función eminentemente jurisdiccional, es que el CPP reconoce dicho principio, cuando dice:

**Artículo 54. Objetividad.** “*El Ministerio Público regirá su actuación por un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley y tomando en consideración los elementos de cargo y de descargo con relación al imputado*”.

Recuérdese que dicho precepto se encuentra dentro de la primera parte que regula las instituciones en sentido *estático* o *conceptual* del proceso penal. Es por eso, que su *operatividad* en la dinámica del procedimiento ordinario y los especiales, se deben buscar en la segunda parte (léase su concordancia en el artículo 314 del ritual penal).

De esta manera, el Ministerio Público en el procedimiento ordinario podrá formular requerimientos:

- a) *De imputación, mediante acta*, cuando exista sospecha razonable de un hecho punible y se pueda individualizar al imputado;
- b) *De desestimación de la denuncia o la querrela*, cuando analice que los elementos iniciales no constituyen base suficiente para creer razonablemente que se encuentra frente a un hecho de connotaciones penales;
- c) *De solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional*, cuando no pueda fundar suficientemente la acusación o cuando los elementos que pretendía reunir no los pudo efectivizar y para ello necesita reunir más información;
- d) *A pesar de haber acusado y llevado la causa a juicio oral y público, modifique su pretensión punitiva a favor del imputado*, porque las pruebas rendidas en la audiencia permiten aplicar una norma más favorable al imputado;
- e) *Recurrir decisiones que desestimen sus requerimientos por los jueces penales*, principalmente cuando se trate de solicitudes de desestimación de denuncia o de querrela o del sobreseimiento

definitivo o provisorio. Esta potestad la puede ejercer, aunque el imputado consienta la decisión, y;

- f) *Plantear recursos extraordinarios como el de revisión*, cuando hechos nuevos permitan discernir en el criterio del Ministerio Público que objetivamente no corresponda mantener la sentencia firme y ejecutoriada a la persona del condenado, a pesar de la falta de impulso del defensor o del juez penal de ejecución.

Si bien existen otras posibilidades de obrar que dispone el Ministerio Público, se citan las más importantes, al sólo efecto de ilustrar que en la dinámica del procedimiento la actuación objetiva de dicho órgano no sólo se remite a la declaración de un principio, sino que la operativiza a través de alternativas concretas que pueden beneficiar al imputado, cuando las circunstancias del caso así lo ameriten.

En el mismo contexto de su *actuación objetiva*, debe cumplir con exigencias elementales que se describen en el **artículo 55** del CPP que textualmente reza: “*Formas y contenido de sus manifestaciones. El Ministerio Público formulará motivada y específicamente sus requerimientos, dictámenes y resoluciones, sin recurrir a formularios o afirmaciones sin fundamento. Procederá oralmente en las audiencias y en el juicio; y por escrito en los demás casos*”. De acuerdo a la norma transcrita, cualquier manifestación, dictamen o requerimiento sin una base argumental, que permita discernir en el juez penal o tribunal una posición institucional, tendría que motivar una desestimación de su pretensión, ya que justamente como órgano de actuación objetivo, su correcta dimensión de obrar en ese contexto se obtendrá de un *contenido preciso y fundado* de su solicitud o posición. Una forma de preservar la correcta actuación del Ministerio Público que permita obtener una eficiente labor de investigación respecto son los poderes de coerción que pueda usufructuar y que son las mismas que corresponden a los magistrados otorgadas por el derogado CPP de 1890 a los jueces que dirigían la investigación sumarial.

Nos referimos a lo que dispone el **artículo 56** del CPP: “*Poder coercitivo y de investigación. El Ministerio Público dispone de los poderes y atribuciones que este código le concede y aquellos que establezcan su ley orgánica o las leyes especiales. En ningún caso asumirá funciones jurisdiccionales*”.

Atendiendo a la posición que ocupa el Ministerio Público en el proceso penal, resulta impensable la equiparación que anteriormente se hacía entre jueces y fiscales a los efectos de las inhibiciones y recusaciones. En efecto, recuérdese que aquellos son recusados por circunstancias que afectan seriamente su imparcialidad, mientras que éstos -*los representantes del Ministerio Público*- no pueden resultar afectados por la falta de imparcialidad, aunque sí por la objetividad.

De esto se tiene, que los fiscales son irrecusables por cuestiones de imparcialidad, aunque se toman ciertos hechos que podrían afectar razonablemente su actuación objetiva y que se refieren a lazos de amistad íntima o enemistad manifiesta, o cuestiones fácilmente comprobables como el vínculo de parentesco con alguna de las partes que intervienen en el procedimiento.

Esto señala el **artículo 57** del CPP: “*Inhibición y recusación. Los funcionarios del Ministerio Público se inhibirán y podrán ser recusados en los procedimientos donde intervenga o sea defensor su cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción, o segundo de afinidad; o sus amigos íntimos o enemigos manifiestos. En los demás casos no podrá inhibirse y será irrecusable. La recusación será resuelta por el superior inmediato. La resolución podrá ser impugnada dentro de los tres días ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. En cuanto al trámi-*



*te, serán aplicables, análogamente, las disposiciones referentes a los jueces. Cuando la recusación se refiera al Fiscal General del Estado, lo resolverá la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”.*

## **9. La Policía Nacional: función que cumple en el proceso penal.**

El Ministerio Público ejercerá el control y dirección funcional de la Policía Nacional, en todo lo relativo a la investigación de los delitos, lo que no implica que aquélla se sujete a las directivas de aquél, salvo en lo concerniente a su actuación en el campo de una investigación en particular.

Este organismo tiene a su cargo velar por el cumplimiento de la Constitución, las leyes y los reglamentos que de ella emanan, protegiendo la vida humana y la propiedad, para hacer más segura, agradable y cómoda la convivencia social. La propia CN y ratificada por la normativa del CPP señalan que la Policía Nacional *es un organismo auxiliar, controlado y dirigido por el Ministerio Público en todo lo que interese a las actividades de investigación en hechos punibles de acción pública*. Asimismo, corresponde a dicho organismo de seguridad interna evitar que los delitos tentados se consumen o los consumados adquieran una continuidad en el tiempo que provoque mayores perjuicios o daños a los bienes jurídicos que los inicialmente provocados.

Hay que destacar que la función *policial* como *auxiliar de la investigación del Ministerio Público*, es vital en una etapa de transición del viejo sistema penal al nuevo de corte acusatorio, al punto que la infraestructura para desplegar tareas inmediatas (*relevando datos, evidencias y labores técnicas complejas*) prácticamente recae en dicha institución, lo que aumenta la imprescindible necesidad de un trabajo conjunto entre el cuerpo de investigación civil (*Policía Nacional*) y el cuerpo judicial de requerimiento penal (*Ministerio Público*), en especial, en hechos punibles violentos o que denotan características complejas, cuyos primeros datos y evidencias exigen la máxima diligencia y sujeción a las normas procesales para evitar *frustraciones* de los trabajos por *inobservancia de garantías elementales del debido proceso*.

La subordinación de las fuerzas policiales no sólo se deberá al Ministerio Público, sino que deberán obediencia al Juez durante la tramitación de un proceso. Debemos resaltar en este punto, que se ha dispuesto que la autoridad administrativa nunca pueda revocar, alterar o retardar una orden del Ministerio Público o del Juez. No obstante, deberá quedar claro que esta situación no puede significar un cambio de dependencia de la Policía Nacional que seguirá con sus propias autoridades administrativas.

El concepto de dirección funcional señala que su actuación en actividades vinculadas a lo judicial siempre se realiza de un modo subordinado y auxiliar. En la parte dinámica del CPP se detallan las *actuaciones policiales* que pueden desplegar, entre las cuales resaltan algunas que *anteriormente* eran de atribución exclusiva de los jueces penales (*Ejemplo: levantamiento de cadáveres en ciertos casos, registro y cateo de vehículos y personas con algunos requisitos que podrían convertir las evidencias en pruebas integradas al proceso penal por su lectura, las aprehensiones en casos de flagrancias y la exoneración de los allanamientos en idénticas circunstancias, la importancia del expediente policial -que conocemos como parte- siempre y cuando se realicen y ofrezcan al conocimiento del fiscal en plazos predeterminados, etc.*), lo que de por sí otorga mayor prestigio a dicha organización y no como erróneamente se analiza a la luz de la opinión pública, acerca de una merma considerable de sus atribuciones.

Es evidente que la Policía Nacional no puede practicar detenciones preventivas y mucho menos disponer la libertad de imputados, salvo los casos en que los plazos legales (48 horas) hayan excedido sin una respuesta del Ministerio Público, organismo al cual de-

berán avisar a más tarde en el lapso de seis horas sobre la prevención de hechos punibles.

Igualmente se le prohíbe tomar declaraciones preliminares o informativas sin la presencia de la autoridad fiscal, claro está, de quien aparece como sindicado de un hecho punible y que además tenga la asistencia de un defensor de su elección.

Estas atribuciones que permiten una actuación *reglada* de la Policía Nacional como órgano auxiliar del Ministerio Público en la investigación de hechos punibles está perfectamente encuadrada a lo que prevén los *artículos 59 y 60 del CPP*, cuando establece que las formalidades propias de los actos de investigación previstas en el Código serán cumplidas, bajo la dirección del Ministerio Público.