

Capítulo 7

La Víctima en el Sistema Penal.

1. Consideraciones básicas con relación a la víctima.

La expresión *víctima*, *sujeto particularmente damnificado*, *afectado*, *perjudicado*, *etcétera*, tiene una connotación político-institucional que se construye sobre la base de los mandatos constitucionales. En efecto, el *artículo 16 de la Constitución de la República* garantiza el derecho a la tutela jurídica que dispone toda persona para hacer valer sus derechos u obtener una respuesta jurídica a sus reclamos en el marco de un juicio. Obviamente que esta tutela abarca a la sociedad en general, y, en particular, a la víctima (sin variables etimológicas) a secas, involucrando al particular afectado, perjudicado o damnificado como a la colectividad.

El mentado *artículo 16* de la CN reza: “*De la defensa en juicio. La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales*”, permite distinguirlo del *artículo 17 de la misma Ley Fundamental*, en el sentido que el artículo 16 involucra una garantía de carácter *general* cuando señala que la defensa de los derechos y ejercerlos mediante pretensiones en cualquier juicio lo puede ejercer todo ciudadano, en cuyo contexto, se anexa la figura de la víctima, mientras que el artículo 17 es una garantía de igual tenor a la descrita, pero más ilustrativa y específica dada la peculiar posición que ocupa una persona inculpada susceptible de ser penada o sancionada, o sea, se trata de una garantía *concreta* que reconoce expresas garantías para el imputado que, en su cotejo con el precepto constitucional antes citado, permitiría la misma inferencia en cuanto a la naturaleza del derecho al juicio y a la pretensión de hacerlo valer en cualquier proceso, aunque se aparta considerablemente cuando establecemos que existen procesos en los cuales la garantía de la presunción de inocencia y de la defensa pública, son instrumentos de uso exclusivo en el ámbito penal.

He aquí la diferenciación cualitativa, en cuanto a que ciertos derechos procesales prohibidos a la luz del catálogo del artículo 17 de la CN sólo adquieren consistencia en el marco penal, mientras que el artículo 16 es el derecho de defender pretensiones o posiciones jurídicas con un sentido “*general*”.

Esta interpretación adquiere más coherencia cuando analizamos lo que dispone el *artículo 8, de la Ley N° 01/89 que ratifica la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)* que textualmente reza:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”

Existe coincidencia entre el concepto descrito en el Pacto con la disposición constitucional contenida en el artículo 16, de lo que puede inferirse que a tenor del *artículo 137 de la Constitución de la República que establece el orden de prelación de las normas que integran el ordenamiento jurídico*, la víctima es un sujeto de derecho que, con prescindencia a la intervención estatal y oficial que efectúa el órgano específicamente conminado por la Ley Fundamental (Constitución Nacional) tiene derecho a:

- a) Ser defendida en cuanto a sus derechos y pretensiones, reglándose instituciones compatibles con dicha garantía que permitan ser oída dentro de un plazo razonable para la determinación de sus derechos en cualquier ámbito o carácter, y;
- b) En atención a lo dispuesto en el *artículo 45 de la CN* que dice: “*De los derechos y garantías no enunciados. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía*”, significa que pese a la falta de reglamentación positiva de esta garantía -nos referimos a la víctima-, los sistemas procesales penales, especialmente, no pueden coartar, limitar o cercenar derechos de raigambre constitucional bajo el manto de la ausencia de normas secundarias que permitan su operatividad. Después de todo, se trata de una norma constitucional operativa y no programática, por lo que el imperativo es inmediato, sin sujeción a previas instancias legislativas o administrativas.

Conforme a las pautas destacadas precedentemente, la víctima es una persona que debe ser protegida y atendida en sus derechos y pretensiones, sin solapamiento alguno -para diferir su atención a cuestiones meramente técnico-procesales-, por lo que el ámbito interpretativo de lo que se entiende por víctima, inexorablemente debe concitar una ampliación de su tradicional concepto, tal como lo expresa el destacado procesalista argentino **Julio B. J. Maier**, cuando sostiene: “*...De la víctima en sentido tradicional, que es el que sufre el daño directo que provoca el delito, se desprende hoy el concepto de víctima, ampliado a intereses sociales (bienes jurídicos colectivos). Colocar al Estado como portador de esos intereses no modifica la situación imperante, pues la persecución penal le pertenece. Esto explica, la irrupción, en este rubro, de las asociaciones intermedias, constituidas para la defensa de estos intereses o uno de cuyos objetos es, precisamente, el interés colectivo perjudicado, a quiénes se les reconoce legitimación como víctimas, sin ser, en sentido estricto, las portadoras del bien jurídico concretamente perjudicado...*”.

De esto se tiene que sumando al concepto tradicional de víctima como la persona particularmente damnificada por el hecho punible, se le agrega en la misma calidad a las entidades que pueden ejercer la acción penal en protección de intereses constitucionalmente “generales”, tales como el medio ambiente y otros que se denominan conexos y difusos.

Y esta afirmación no se circunscribe al ámbito estrictamente doctrinario, según lo acotado, sino a los mandatos expresos de nuestra Constitución Nacional que en su *artículo 38* reconoce un *derecho público subjetivo a cualquier persona física o jurídica*, al señalar: “*Del derecho a la defensa de los intereses difusos. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y el patrimonio colectivo*”. Se alega, en defensa de la *no aplicación inmediata del artículo 38 de la CN*, que el alcance de lo que se entiende por *intereses difusos* no es implícito, sino que debe ser explicitado en una ley secundaria, pero los valores jurídicos que concita la disposición es elocuente cuando habla

de “...otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y el patrimonio colectivo”, de lo que se deduce que el derecho a la seguridad (*protección de la vida, integridad física y otros que congloban lo que se entiende como dignidad humana*), es un derecho humano fundamental que afecta tanto a la organización social, a la persona particularmente damnificada por el hecho y al que pudiera sentirse sindicado por la conducta que amerite la investigación y consecuente amenaza de aplicación del poder punitivo estatal.

Este criterio fue adoptado en el Anteproyecto de Código Procesal Penal presentado por la Corte Suprema de Justicia al Congreso Nacional, pero las modificaciones introducidas por éste órgano constitucional, limitaron ostensiblemente los “*nuevos alcances de la víctima*”, que al ser “*eliminados*” literalmente, ubicaron a la víctima con el mismo alcance tradicional del vetusto y derogado Código de Procedimientos Penales de 1890. Es decir, en el ámbito de la defensa de los derechos de la víctima se mantuvo el status quo de finales del siglo XIX y que persiste hasta la fecha con las diferencias sustanciales que impide un verdadero protagonismo a la víctima que, reiteramos, sigue siendo una “*convidada de piedra*”.

1.2 El alcance de la víctima en el sistema penal nacional.

El significado conferido por los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos ampliaron el concepto tradicional de víctima, por lo que antes que emprender la tarea desde la perspectiva del derecho nacional (según dijimos, finalmente se adscribió al criterio tradicional y por cierto contrario a las exigencias del derecho internacional), lo pautaremos desde la óptica del derecho transnacional. En efecto basta para ello ceñirnos a la definición que las Naciones Unidas que en su Declaración del año 1985 trasuntó: “...*Se entenderá por “víctimas” a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder*”.

Nótese que la definición de las NN. UU resulta “*incompatible*” con la trasegada en el **artículo 67** del Código Procesal Penal que dispone:

Calidad de víctima. Este Código considerará víctima a:

- 1) *La persona ofendida directamente por el hecho punible;*
- 2) *El cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción, o segundo de afinidad, al representante legal y al heredero testamentario en los hechos punibles cuyo resultado sea la muerte de la víctima;*
- 3) *Los socios, respecto de los hechos punibles que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sus gerentes”.*

Y afirmamos que es incompatible porque la restrictiva definición impone limitaciones ostensibles a la víctima de hechos punibles de naturaleza difusa (*intereses colectivos o difusos*) en los que no se puede identificar o personalizar “*individualmente*” a la víctima, sino que directamente afecta a la comunidad, a determinados grupos, a la sociedad, y, porque no decirlo, a todos los habitantes de un país (*Ejemplo: los hechos punibles relacionados con la corrupción pública o privada, afectan sensiblemente la provisión de recursos esenciales para satisfacer deberes estatales mínimos como educación elemental, la salud pública, la nutrición infantil, etcétera*), en los que la participación ciudadana (*ver Preámbulo de la CN*) resulta fundamental para que los poderes públicos intervengan con

mayor eficacia y eficiencia en la denuncia, investigación, persecución y castigo de la corrupción como fuente generadora de la miseria social.

Pero a esta visión sustantiva del concepto de víctima se antepone el concepto tradicional, formalista y complaciente de persona particularmente damnificada que, en los hechos, si no dispone de medios suficientes, jamás podrá exigir a la débil institucionalidad estatal la utilización de los mejores esfuerzos para impulsar investigaciones penales serias y efectivas. Obviamente que la mantención del concepto tradicional en el esquema normativo procesal penal obedeció, antes que a una mera discrepancia conceptual (*es que esta es la herramienta predilecta que utilizan los “estilistas” de las “formas” profundamente conservadoras y complacientes con el status quo*), a un verdadero objetivo -contrario al postulado republicano de la responsabilidad del funcionario público y la participación ciudadana- de cercenar el control ciudadano en la gestión judicial mediante una amplia forma de intervención de la víctima colectiva (la sociedad o los ciudadanos, en general) en el proceso penal.

A la luz de las deficiencias hartamente detectadas por distintos estudios y estadísticas que ponen en riesgo la legitimidad misma del mecanismo de control de los actos públicos, urge un verdadero movimiento reformista del sistema penal que rectifique los esquemas normativos que impiden una participación efectiva de la víctima, para lo cual, es indispensable *ampliar el concepto “jurídico” de la víctima, incorporar un sistema de querrela conjunta que habilite instancias esenciales del procedimiento aunque no cuente con el acompañamiento de la fiscalía y la representación institucional de sectores altamente vulnerables del componente “víctima” a fin de evitar una “doble victimización” o “re victimización”*.

1.3 la instancia de la víctima en los hechos punibles de acción pública.

El artículo 97 del CP es la norma que regula lo que ya explicamos más atrás (*ver: Clasificación de las Acciones en el CÓDIGO PROCESAL PENAL*) y que se relaciona con la instancia del procedimiento a cargo de la víctima. Esta norma penal, a su vez, está regulada en el **artículo 16** del Código Procesal Penal que dispone:

“Instancia de parte. Cuando el ejercicio de la acción penal pública requiera de instancia de parte, el ministerio público sólo la ejercerá una vez que ella se produzca, sin perjuicio de realizar los actos imprescindibles para conservar elementos de prueba, siempre que no afecten la protección del interés de la víctima...”

Lo que se puede comentar respecto a la norma procesal penal transcripta es que muchas veces la misma víctima no percibe rápidamente el hecho punible que le afecta, para lo cual y como una autorización excepcional, el Ministerio Público efectúa actividad propia sin la anuencia de la víctima para conservar imprescindiblemente elementos de prueba como en los casos de anticipo jurisdiccional de prueba (*pruebas de suma urgencia que podrían tornarse irrealizables con posterioridad*), alguna información suministrada por terceros, etcétera.

Sobre la base de las razones expuestas, sin afectar el interés de la víctima (*que en ciertas situaciones podrían generar vulneraciones a su honor o privacidad, en cuyo caso está prohibida la prevención a la instancia*), se puede prescindir de la autorización de aquélla para realizar actos preparatorios, los cuales carecerán de valor si es que posteriormente no concurre la instancia requerida legalmente. Es fundamental que una *auténtica* jurisprudencia vaya pautando objetivamente los criterios sobre sus alcances a fin de conciliar la finalidad protectora de intereses públicos reservada al Ministerio Público con la protección de la privacidad e imagen de la víctima.

El **artículo 98** del Código Penal establece los presupuestos para la aplicación de los plazos a los cuales debe sujetarse la víctima para instar válidamente el procedimiento, por vía de una denuncia o querrela particular, según el caso:

- a) De 6 (seis) meses para el caso en que el autorizado haya tenido conocimiento del hecho o de la persona del participante;
- b) Si son varios los autorizados o participantes, los plazos corren separadamente para cada uno de ellos, y;
- c) Si existe reciprocidad de hechos punibles, si uno principió en la instancia del procedimiento, el derecho del otro quedará extinguido al terminar el último estadio procesal previo a la sentencia en primera instancia.

¿Cómo se computa el plazo respectivo? Cotejando lo que dice el **artículo 10 del CP** tenemos que: “*El hecho se tendrá por realizado en el momento en que el autor o el partícipe haya ejecutado la acción o, en caso de omisión, en el que hubiera dejado debido ejecutar la acción. A estos efectos, el momento de la producción del resultado no será tomado en consideración*”.

De este modo, el plazo para la instancia comienza a correr desde la ejecución de la acción o inacción y no desde la producción de algún resultado. Es sabido que la forma ordinaria por la cual una persona insta el procedimiento es a través de la denuncia que no exige formalidades sustanciales, por lo que basta el *aviso fehaciente* para considerarse instado el procedimiento. En cuanto a los *terceros* que están obligados a poner en conocimiento un hecho punible y que a su vez están dentro de lo que se entiende como instancia de la víctima, la potestad se transforma en deber, si es que nos adscribimos a lo que dispone el artículo 286 del CÓDIGO PROCESAL PENAL cuando manda que los funcionarios y empleados públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones, los médicos, enfermeros y demás personas que ejerzan cualquier rama de las ciencias médicas siempre que conozcan el hecho en el ejercicio de su profesión y que con ello no vulneren el secreto profesional y las personas que por disposición de la ley, de autoridad o por algún acto jurídico, tengan a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución, entidad o persona, cumplan con la puesta a conocimiento de la Policía Nacional o la Fiscalía del hecho. En los casos en que la víctima falleciera, la instancia se deberá producir dentro de los seis meses posteriores al deceso, a través de sus herederos o sucesores, o por la persona que tenía a su cargo la tutela o curaduría.

Hay un caso que no se basa en el transcurso del tiempo para la pérdida de la instancia, sino por preclusión de los actos conclusivos del proceso. Así señala el **artículo 98.3 del CP** cuando regula una protección legal que evite la realización del doble proceso o aquellos trámites que podrían generar decisiones contradictorias, referidas a causas por hechos punibles recíprocos, consignando que si uno de los intervinientes previno en el derecho de instar el procedimiento, el derecho que corresponde al o los otros fenecerá cuando se produzca el último estadio procesal previo a la sentencia de primera instancia. En el caso del CÓDIGO PROCESAL PENAL, el último estadio previo a la sentencia de primera instancia será el auto de apertura a juicio oral y público.

En cuanto al **retiro de la instancia**, el CP omite referencia alguna a las consecuencias de su producción en el **artículo 98**, ya que leyendo el precepto de referencia, parecería que la consecuencia derivada de la falta de instancia en los plazos legales sería la *extinción de la acción*, según se desprende del inciso 3º, cuando dice: “*...el derecho de instar del otro quedará extinguido al terminar el último estadio procesal previo a la sentencia en primera instancia*”.

Ante semejante imprevisión, se debe complementar la circunstancia con lo regulado en el **artículo 24 del CÓDIGO PROCESAL PENAL**, que dice: “*Retiro de la instancia. Re-*

tirada la instancia de conformidad a lo previsto en el código penal, se extinguirá la acción penal”.

Restaría responder a la siguiente interrogante: *¿Hasta cuándo se puede retirar la instancia?* De lo previsto en el **artículo 25, inciso 7° del CÓDIGO PROCESAL PENAL** se puede retirar la instancia en la forma precedentemente expuesta *hasta la audiencia preliminar (incluyendo durante la sustanciación misma de dicha diligencia).*

2. La intervención no formal de la víctima en el proceso penal.

Una cosa es postular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales en la creencia que dicho catálogo está reservado para la figura del imputado, con prescindencia de otros sujetos que dentro del viejo modelo inquisitivo también han sido obviados o, directamente, se los excluyó del conflicto. En este sentido, por la persistencia del principio de la estatalidad mal entendida, se consideraba que la víctima poco o nada tenía que hacer, salvo que pretenda intervenir como parte legitimada a través del ejercicio de la querrela criminal, con las responsabilidades inherentes a tal función y los costos económicos que significa sostener un abogado que *controle* los intereses de aquélla. De ahí que un correcto entendimiento del principio de garantía debe integrar en el proceso penal a más del imputado, a la víctima que es el segmento que nunca antes, en el modelo inquisitivo, fue atendido en sus reclamos y en sus padecimientos que le afectaban directamente por ser la persona particularmente damnificada por el hecho punible.

Consecuentemente, la necesidad de otorgar un espacio participativo directo a la víctima en el CÓDIGO PROCESAL PENAL, denota esa preocupación de ceñirnos a una conformación simétrica de postulados republicanos (*participación, control y acceso a la información de las personas en causas penales que incumben a su interés particular*), evitando imponerle mayores cargas formales o de costos que podrían desalentar su participación en la averiguación de la verdad histórica y evaluar la necesidad o no de la efectiva aplicación del derecho penal sustantivo o de fondo.

La superación de una tradición peyorativa a la víctima en el proceso penal, permitió asimilar su condición, salvando las diferencias y posiciones en el interior del proceso penal- a la del ciudadano imputado, otorgándole instrumentos (*normas*) que permitan que ésta:

- a) *Adquiera el conocimiento previo y detallado del inicio de una investigación penal;*
- b) *Pueda controlar eficazmente las decisiones más importantes para sus intereses y que se adoptan en el procedimiento;*
- c) *En la necesidad de que pueda ser oída, cuando lo solicite, para posibilitar una redefinición más razonable y humana del conflicto penal, y;*
- d) *En la facultad que se le reconoce que todas estas herramientas que permitan su participación directa, no requiera de los requisitos formales que antes se le exigía en cuanto a la necesidad de asumir indefectiblemente querrela particular.*

De lo expuesto se pueden extraer los diversos derechos que el CÓDIGO PROCESAL PENAL otorga a la víctima, sin necesidad de tener que mostrarse como parte querellante y que los resumimos en el siguiente catálogo:

- 1) *Principio de oportunidad. A la opción que tiene el Ministerio Público de prescindir de la persecución penal de hechos que no afecten el interés público, para que esta prescindencia produzca sus efectos se exige el consentimiento de la víctima. Además de esto, la potestad de tal solicitud reconocida al Ministerio Público como un componente de la aplicación del principio de legalidad se sujeta a varios presupuestos entre los cuales se destaca la reparación del daño*

social o particular causado. Eso surge del texto del artículo 19 cuando en su parte esencial dice: “...en los supuestos previstos en los incisos 1) y 2) será necesario que el imputado haya reparado el daño ocasionado, haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de reparación...”.

- 2) Auxilio previo en los casos graves de delitos de instancia. Como una consecuencia del desarrollo del principio de legalidad y consideración especial de la víctima, se autoriza la intervención del Ministerio Público en los delitos que requieren instancia de parte en casos de urgencia, siempre que no afecten la protección de la persona damnificada por el hecho.
- 3) Ejercicio de la acción civil. Constituye una de las propuestas más importantes en el anteproyecto constituye la reparación de los daños a las víctimas luego de lograda la condena del imputado o la medida de seguridad impuesta, ante el mismo tribunal que dictó la sentencia condenatoria. Este procedimiento tiene una ventaja importante en la celeridad de la indemnización a la víctima de un delito resarcible, estableciéndose un proceso sencillo y breve, con plazos perentorios y de defensa restrictiva. También se establece la posibilidad de la extinción de la acción penal por la reparación del daño en delitos de contenido patrimonial o en los delitos culposos. Se incorpora de esta forma la reparación del daño a la víctima como uno de los objetivos del proceso penal, además de sus clásicas finalidades. Introduciéndose la figura de la víctima en forma activa dejando de ser un convidado de piedra en el proceso y protegiendo sus intereses. La consideración de la víctima se torna gravitante, si se atiende a que el CÓDIGO PROCESAL PENAL atiende la condición social y económica de aquella, ya que se permite la delegación del ejercicio de la acción civil por parte del ministerio público cuando las personas no están en condiciones para demandar.
- 4) Otros institutos que protegen los derechos de la víctima. El artículo 21 del CÓDIGO PROCESAL PENAL consagra el instituto de la probation o suspensión condicional del procedimiento para cuya procedencia, exige, la concurrencia entre varios presupuestos prefijados, que el imputado “... haya reparado el daño ocasionado, haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de reparación...”. Igualmente en el artículo 25 inciso 10° se establece que para la procedencia de los acuerdos reparatorios como uno de los modos de extinción de la acción penal, a los que se puede arribar por vía de una composición “...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, realizada antes del juicio, siempre que lo admita la víctima o el ministerio público, según el caso...”.
- 5) Consagración de los derechos de la víctima con prescindencia de que asuma su rol de querellante particular. No se puede desconocer la importancia de la figura de la querrela criminal como medio eficaz que dispone la víctima para perseguir al ofensor, aunque este requisito no es indispensable en el CÓDIGO PROCESAL PENAL para ejercer plenamente sus derecho como víctima, con prerrogativas que antes no tenía.

3. Los derechos de la víctima del hecho punible en el proceso penal.

La víctima puede participar e intervenir en el procedimiento penal sin necesidad de asumir el rol de querrelante, lo que nos permite señalar -como aspecto principal- un tenue abandono, pero abandono al fin, del esquema “cerrado” y “tradicional” posición de ignorarla por completo, de modo tal, que la expresión que la caracteriza hasta el presente como una “convidada de piedra”, pueda menguarse, aunque, reiteramos como al principio de este capítulo, sin alteraciones sustanciales que mantienen incólume el esquema de exclusión participativa y operativa en el sistema penal.

3.1 Los derechos de la víctima en el procedimiento ordinario.

Como sabemos, este procedimiento consta de tres etapas (*en sentido estricto*): la primera denominada *preparatoria* y que está a cargo del Ministerio Público, la segunda que se llama *intermedia* y que tiene como objetivo el control horizontal de la investigación a cargo del imputado esencialmente, y una tercera que es la relativa al juicio oral y público que se lleva a cabo ante un tribunal unipersonal *-para hechos punibles menores cuya sanción no excedan los dos años de privación de libertad-* o por un tribunal colegiado de tres miembros *-para el resto de los hechos punibles-*.

La noticia criminal puede verificarse por vía de denuncia que realiza la víctima ante la autoridad policial o en la oficina del Ministerio Público. Luego de recibida la denuncia, si el fiscal considera que existe la sospecha razonable de un hecho punible, formula el primer requerimiento consistente en el *acta de imputación* al juez penal en el que indica una breve relación de los hechos, el posible autor o autores y el plazo que estima conducente para culminar la pesquisa *-el que nunca podrá exceder el máximo ordinario de seis meses-*.

El juez penal al recibir el acta de imputación tiene por formalmente iniciado el procedimiento, señalaba la fecha en que el fiscal debía presentar su acusación u otros actos conclusivos y notificaba dicha decisión a todas las partes y a la víctima. Si el Ministerio Público consideraba que no existían suficientes elementos para investigar el hecho punible como denunciado por la víctima, dictaba una resolución por la cual disponía el archivo de la investigación, la cual se notificaba a la víctima. Si ésta consideraba que existían elementos para iniciar formalmente una investigación o que no se consideraron otros aspectos esenciales que permitirían una investigación formal, podía recurrir directamente al juez penal de turno para que le ordene al fiscal la investigación del hecho señalando en su presentación cuáles son los elementos obviados por aquél o qué aspectos deben merecer una mejor investigación. Este planteamiento que efectúa la víctima lo resolverá el juez penal con previa audiencia de la víctima, ordenando al fiscal que continúe la investigación y presente el acta de imputación o rechazando la solicitud, en cuyo caso, la víctima no podrá recurrir tal determinación.

Si la víctima asume querrela criminal adhesiva y sobre dicha presentación el fiscal toma conocimiento de la perpetración de un supuesto hecho punible, el juez penal al recibir el escrito correrá traslado al Ministerio Público para que requiera la admisión o el rechazo de la querrela. Con el requerimiento de la fiscalía el juez penal resolverá, admitiendo o rechazando la querrela. Si el juez penal recibe un requerimiento fiscal de rechazo de la querrela criminal y aquél considera que debe formular otra solicitud, puede dar inicio al trámite de oposición devolviéndole la solicitud al fiscal y presente un requerimiento distinto. Si el fiscal ratifica lo anteriormente solicitado y el juez insiste en su oposición, remitirá las actuaciones a la Fiscalía General del Estado para que formule otro requerimiento, organismo que puede ratificar la postura del fiscal de la causa, en cuyo caso no le queda otra alternativa que resolver conforme a dicha solicitud. La decisión que dicte el juez en ese sentido podrá ser recurrida por el querellante y si el tribunal de apelaciones otorga favorablemente el recurso a la víctima, ordenará que continúe el procedimiento y que el fiscal presente imputación.

Durante la investigación que desarrolla el fiscal, la querrela puede intervenir en todos los actos ordenados por el Ministerio Público y solicitar la realización de diligencias, aunque existen ciertos obstáculos que se le puede presentar a la víctima: *no podrá recurrir las decisiones adoptadas por el fiscal en el sentido de no realizar ciertas diligencias y, si el imputado en ocasión de prestar declaración ante el fiscal, requiere que no presencien su deposición el querellante, así se ordenará y no existe remedio procesal alguno contra tal determinación.*

En la fecha fijada por el juez penal para que el fiscal presente su acusación o cualquier otro medio conclusivo de la investigación, el querellante adhesivo presentará su acusación en la misma fecha y con los mismos requisitos exigidos al Ministerio Público. Si no lo presenta en la fecha fijada, se tendrá por abandonada la querrela criminal, sin perjuicio de intervenir en las etapas posteriores presentando declaración testifical o siendo escuchada antes de la deliberación de los miembros del tribunal sentenciador para dictar sentencia.

Durante la Etapa Intermedia, el querellante adhesivo podrá recurrir la decisión por la cual el juez penal *-luego de tramitada la audiencia preliminar-* dispuso el sobreseimiento del imputado o declaró la extinción de la acción penal. En ambos casos, si el tribunal declara procedente el recurso del querellante, ordenará que se reponga la etapa intermedia en su totalidad a fin de que la fiscalía presente la acusación y se desarrolle bajo la dirección de un nuevo juez penal. Asimismo, si el querellante no asiste o abandona sin justa causa la audiencia preliminar se lo tendrá por desistido en su pretensión.

Si es que el juez penal admite la acusación y dicta el respectivo auto de apertura a juicio oral y público, el magistrado deberá considerar los aspectos que conciernen a las dos acusaciones *-la fiscal y la del querellante adhesivo-*, ya que éste último adquiere total autonomía en cuanto a la relación de hechos, la calificación jurídica y la expectativa de sanción reclamada. En este sentido, el juez penal puede modificar total o parcialmente la acusación admitida en el auto de apertura a juicio oral y público, pudiendo optar por la sostenida por el acusador particular, sin que se entienda que exista un tácito rechazo de la acusación del Ministerio Público.

En el juicio oral y público, el querellante podrá:

- a) *Recusar a los magistrados que integren el tribunal sentenciador, en la forma prevista por el Código Procesal Penal;*
- b) *Presentar incidentes sobre la base de hechos nuevos –tienen que ser posteriores al dictado en el auto de apertura a juicio oral y público- y participar en el juicio oral y público con todas las prerrogativas que el código confiere a las demás partes;*
- c) *Sin perjuicio de la acusación particular sostenida, podrá prestar declaración testimonial durante el juicio oral y público, siempre que su deposición haya sido ofrecida, asimismo podrá ser oída al término de las alegaciones finales presentadas por las partes;*
- d) *También podrá ampliar la acusación sobre la base de hechos nuevos en cualquier estado del juicio oral y público;*
- e) *Podrá promover recurso de apelación especial contra la sentencia de primera instancia y el recurso extraordinario de casación, en la forma y condiciones que prevé el Código Procesal Penal.*

4. La querrela: diferencias con relación al procedimiento ordinario de acción pública y al procedimiento por hechos punibles de acción privada.

La querrela se distingue bajo dos modalidades que se bifurcan en cuanto al diseño de participación que el procedimiento penal permite al particular ofendido o la víctima; en este sentido, puede ser *autónoma* o *adhesiva*.

La *querella autónoma* regulada en el Proyecto de Código Procesal Penal presentado por la Corte Suprema de Justicia al Congreso Nacional como *figura aplicable tanto a los hechos punibles de acción pública como a los de acción privada, claro está, con matices diferenciados entre sí, derivados de la imposibilidad de intervención del órgano fiscal en estos últimos*, es objeto de una “sustancial alteración” por parte de los legisladores que bifurcan la figura en una *querella adhesiva para los hechos punibles de acción pública* y en una *querella autónoma para los hechos punibles de acción privada*.

Para esto, se acudió al antecedente del procedimiento inquisitivo que nos rigió hasta el año 2000 y que preveía la intervención *paritaria* del querellante autónomo con el Ministerio Público, dando lugar al ejercicio abusivo de la víctima, constituyéndose dicha figura en una suerte de causa directa de la mora judicial, para lo cual se consagró una figura que limite ostensiblemente las potestades de aquél.

En apariencia, la *querella adhesiva* no dista mucho de la autónoma, con la salvedad que si el Ministerio Público no formula imputación o acusación, según el caso, por más que el querellante sí lo haga, el procedimiento nunca podría prosperar por virtud de que lo *accesorio* sigue la suerte del *principal*. Es decir, siendo el verdadero titular de la acción penal pública el Ministerio Público, la querella es coadyuvante de aquél y carece de autonomía para impulsar *per se* el procedimiento.

El principal argumento para implementar la querella adhesiva se centraba en que la mayoría de los hechos punibles se persiguen por un interés social y estatal, lo que se puede sostener en dos razones eminentemente prácticas:

- a) *Para el cumplimiento de las finalidades preventivo especiales del derecho penal que excluye la venganza privada, ya que de lo contrario constituiría un despropósito a la protección de bienes jurídicos, y;*
- b) *Porque la presencia de la víctima como querellante autónomo o conjunto paralelamente a la acción ejercida por el Ministerio Público, ahonda las desventajas respecto al imputado, siendo perseguido por doble vía y enfrentándose a dos acusaciones con matices e intereses contradictorios, que enmaraña innecesariamente a la defensa; dicho de otro modo, la presencia de una querella adhesiva permitirá que la víctima también efectúe un seguimiento y control del procedimiento sin comprometer el esquema procesal que señala al Ministerio Público como el verdadero titular del ejercicio de la acción penal pública. Los principios de objetividad, de protección de los intereses sociales y particulares y el control privilegiado de legalidad que rigen la actuación del Ministerio Público en el proceso penal, constituye un reaseguro para que la víctima confíe en la gestión de dicho órgano y no se coloque en un plano de igualdad en la persecución penal.*

Otra posición que abona el criterio estatalista de la acción penal señala que la manutención de la querella conjunta desnaturalizaría la potenciación del ministerio público y, por ende, la función estatal de proteger el interés público comprometido en la mayoría de los hechos punibles. Esta teoría no encuentra muchos reparos para los modelos imperantes en países del primer mundo.

Sin embargo, en países tercermundistas como el nuestro, en el que los presupuestos no integran suficientes recursos para el buen cometido funcional del ministerio público a más de vicios estructurales (*ineficiencia, corrupción, falta de idoneidad, etcétera*) que en un breve lapso serán difíciles de erradicarlos, entendemos que la querella conjunta o autónoma es una alternativa más para propiciar la participación de la víctima a más de las otras posibilidades que dispone el directamente afectado por el ilícito penal, y con ello no sólo se coadyuvará en optimizar los controles al quehacer del ministerio público, sino *-por qué no decirlo-* del funcionamiento mismo del sistema de justicia penal de la República.

Lo expuesto no significa que la posición estatalista predominante y plasmada en el Código Penal de 1997 resulte desdeñable, lo que se quiere significar es que dicho criterio no cuenta con una aprobación *hegemónica* en el campo de la doctrina contemporánea. En procura de encontrar un respaldo doctrinario, nos remitimos al mismo Código Penal alemán que constituye la fuente principalísima de nuestro código de fondo, se tiene que su legislación receptó numerosos cambios (*principalmente a la luz de la Ley del 18 de Diciembre de 1985 “De protección a la víctima”*) y que tienden hacia una *revalorización de la víctima como sujeto merecedor de un tratamiento paralelo e igualitario con los intereses estatales que representa el Ministerio Público*. Si bien no se ha llegado a plasmar en ese derecho positivo la figura del querellante autónomo (*optándose por el adhesivo*), es una prueba de que en materia de participación de la víctima dentro de un proceso penal, la dirección se asimila más hacia la restauración de una emergencia protagónica a través del instituto de la *Querrela Autónoma*, emprendimiento que lamentablemente se atoró en el ámbito parlamentario cuando decidieron modificar el proyecto originario transformando el instituto de la querrela conjunta o autónoma *-admitida a regañadientes exclusivamente por un imperativo de orden constitucional-* en una de carácter *Adhesiva*, cuyas consecuencias se analizarán seguidamente.

Con los fundamentos acerca de la necesidad de rever el instituto de la *querrela criminal conjunta autónoma* en una *conjunta adhesiva*, según se advirtió en el tópico anterior, las comisiones parlamentarias que tuvieron a su cargo el estudio del Anteproyecto de Código Procesal Penal presentado por el Ministerio Público, aceptaron sin mayores profundizaciones la sugerencia de uno de los asesores internacionales que tenían a su cargo buscar la coherencia entre el Código Penal ya vigente en el año 1998 y el Código Procesal Penal, respectivamente.

Nuestra objeción a la sugerencia y consecuente defensa del esquema de regular el instituto de la querrela conjunta o autónoma se sustentó en los siguientes argumentos:

- a) *La mayoría de los casos -en nuestro país se tienen trabajos sobre victimología a cargo de la Dirección de Política Criminal dependiente de la Fiscalía General del Estado- entre el 60 al 65 % de los casos que ingresan a la maquinaria judicial, provienen por vía de denuncia que formula la víctima, lo que revela una cifra preponderante para considerar que es fundamental la información de aquella para el conocimiento de un hecho punible y el interés que la misma tiene acerca de los pasos a seguir y de querer intervenir en todo el procedimiento;*
- b) *La ponderación de ciertos intereses que entran a jugar desde el momento en que acontecen determinadas infracciones penales -no todas- exige la necesaria atención no sólo del representante de la sociedad, sino de la víctima que es la principal afectada por el hecho, lo que de no producirse bajo ciertas reglas razonables de equilibrio, provoca la sospecha del particular sobre las decisiones que adoptan los fiscales en el curso de sus investigaciones;*
- c) *El Ministerio Público, de ordinario, no dispone de mecanismos de control interno acerca del correcto accionar de sus agentes fiscales, ya que siguen y seguirán respondiendo ante la noticia del hecho punible -repetimos, la mayor de las veces proveniente de la información de la víctima por vía de una denuncia o querrela- con un esquema burocrático que actúa en forma automática, lenta y hasta con mayor o menor interés según el termómetro de la presión mediática respecto a determinados conflictos penales; en consecuencia, la corrección de estos desfases podría constituir el principal aporte -a modo de “contrapeso y control externo al accionar del Ministerio Público”- con la intervención plena, en igualdad de condiciones, de la víctima por vía de la querrela autónoma o conjunta, y;*
- d) *En una etapa de transición procesal, no debió perderse de vista la experiencia de países de la región con similares problemas al nuestro, al igual que nuestros propios antecedentes sobre la crisis de la administración de justicia, sin dejar de mencionar la desconfianza pública hacia sus funcionarios, para concluir que por ahora, se carece de una organización administrativa y de recursos suficientes para que tengamos un Ministerio Público razonablemente preparado para enfrentar las nuevas contingencias y cargas laborales que le imponen las normas proce-*

sales; en ese sentido, la presencia de una querella conjunta o autónoma podría coadyuvar en el reencauce de los procesos, principalmente para que los operadores del sistema fortalezcan sus convicciones acerca de la eficacia del nuevo modelo procesal penal.

Ahora bien, las objeciones articuladas en los fundamentos antes enunciados carecerían de la fortaleza necesaria si es que sólo se produjera la sustitución de la querella autónoma por la adhesiva, mientras que las otras maneras de intervenir la víctima -*sea ésta “formal” o “no formal”*- se mantuvieron en el texto aprobado en el Parlamento, *v. gr. la acción o querella popular para ciertos hechos punibles, la conversión de la acción pública en privada bajo determinados presupuestos, la representación de la víctima por asociaciones o entidades afines a los intereses en juego con relación al hecho punible investigado, etcétera.* Empero, precisamente el código finalmente aprobado cercena dichas modalidades, reafirmando una coyuntura en el sentido que el verdadero trasfondo de la variación respecto al proyecto originario, no era un cambio de esquema en cuanto a la participación formal de la víctima, sino la preeminencia de la organización estatal en la investigación y persecución de los hechos punibles, obviándose que con tal temperamento se despojaba al particular afectado de herramientas fundamentales para controlar y prevenir el funcionamiento irregular del Ministerio Público y de la judicatura en general, algo previsible debido al *tradicional* apego de los organismos vinculados al Estado hacia formas autoritarias de actuación y la permisividad e involucramiento con abusos y actos de corrupción, a pesar de los cambios jurídicos desarrollados a finales del siglo pasado.

La ***querella conjunta o autónoma*** es un instituto que permite a la víctima ejercer la acción penal con prescindencia del temperamento que adopte el Ministerio Público, pudiendo intervenir y sostener sus pretensiones sin que dependa del titular de la acción pública, al punto que si éste no investiga el hecho o después de investigar considera inviable una acusación, si el particular mantiene su postura fundada de continuar la persecución, la causa prosigue con dicha pretensión. Esta modalidad se mantiene única y exclusivamente para los hechos punibles de acción privada.

En cuanto a los hechos punibles de acción pública se prevé la figura de la querella adhesiva, entendida como la pretensión que formula la víctima ante el juez penal, la cual será admitida única y exclusivamente cuando el Ministerio Público decida imputar e investigar a una o más personas. Asimismo, si luego de la investigación, el órgano requirente está convencido de que su investigación proporciona fundamento para un hipotético juicio oral y público, acusará y habilitará la etapa final del procedimiento ordinario.

En ambas situaciones, para que la querella adhesiva pueda participar de la investigación o intervenga en el juicio oral y público, la condición es que el Ministerio Público impute o acuse, según el caso; *contrariu sensu*, si el Ministerio Público considera que no existen elementos para imputar o acusar, la investigación y el proceso se clausuran por vía de la desestimación o del sobreseimiento, siguiendo la querella adhesiva la *suerte* del principal, por más que la víctima mantenga su voluntad de continuar con la investigación o sostener una acusación particular.

Entrando en el análisis de las *restricciones* que se verifican para el querellante adhesivo por virtud del modelo optado, se pueden observar dos obstáculos insalvables para el éxito de la pretensión particular, fuera de los cuales la participación de la víctima en su rol formal adquiere plena autonomía y desvinculación a los requerimientos adoptados por el Ministerio Público.

Cuando el querellante adhesivo se presenta a formular su pretensión punitiva, sin que exista un requerimiento fiscal previo y concreto -*solicitando la imputación de una o más personas a través de la denominada “acta de imputación”*- la causa penal adquiere vida, ya que el Código Procesal Penal establece que para habilitar la etapa preparatoria o de investigación a cargo de la fiscalía, debe existir inexorablemente una imputación que la formule el órgano requirente, presupuesto que al no producirse provoca que la querella criminal adhesiva tenga que ser desestimada, sin perjuicio de

que el afectado promueva recurso de apelación general contra el temperamento adoptado por el fiscal y la resolución dictada por el juez penal en el sentido expuesto. Ahora bien, si el fiscal presentó el acta de imputación con todos los recaudos informativos del caso, la querrela adhesiva sigue su curso con total independencia de la actuación fiscal, pero al llegar la fecha que el juez penal fijó al fiscal y a la querrela respectivamente, para formular la acusación, si la fiscalía decide no acusar o requiriese otros actos conclusivos que no constituyan acusación y dictado del auto de apertura a juicio oral y público (plantear el juicio abreviado, la aplicación de criterios de oportunidad o el sobreseimiento provisional o definitivo) aunque hubiere acusado la querrela adhesiva, el proceso no podrá pasar a la etapa del juicio oral y público, porque sólo se provocará la apertura de dicha etapa siempre y cuando el Ministerio Público haya promovido su acusación en el plazo señalado para tal efecto.

Los obstáculos son trascendentes cuando de impulso procesal se trata, ya que si el Ministerio Público no formula la imputación, no se puede dar la apertura formal de la investigación, o sea, no existe proceso penal en sustancia. Asimismo, si tras la culminación de la etapa de investigación, el Ministerio Público tampoco formula su acusación, en ningún caso se podrá pasar a la etapa del juicio oral y público, produciéndose el sobreseimiento de la causa (definitivo o provisional) o la extinción de la acción penal. En ambos casos, no importa si el querellante adhesivo expresa el impulso de la causa penal *-formulando su querrela en la forma de ley o la acusación particular, según el momento procesal en que se encuentre el proceso-*, por lo que se puede inferir que éste *-la víctima-* inexorablemente debe esperar *-sin quererlo-* una explícita adhesión en lo concerniente al éxito de su pretensión punitiva, a lo que exprese finalmente la fiscalía.

De lo expuesto se tiene que es el órgano oficial de persecución el que prevalece en su voluntad de aceptar o no la continuación de una investigación o derivarla a juicio oral y público mediante una acusación pública, con lo cual se *expropia* la voluntad de la víctima que no podrá obtener un pronunciamiento definitivo de la justicia penal acerca del hecho que lo afligiera. Pues bien, este *despojo* a la víctima es lo que se critica, ya que sabemos que la incipiente organización del Ministerio Público, sumado a las denuncias de apartarse de los principios de objetividad y búsqueda de la verdad por razones vinculadas a factores políticos, económicos e ilicitudes en el ejercicio de la función pública, pueden clausurar *-de una forma unilateral-* investigaciones serias, sin que la víctima tenga una verdadera oportunidad de sostener su pretensión y hacerla valer, a pesar de las objeciones *-fundadas o no-* del órgano encargado de la investigación fiscal.

El Proyecto original previó dos aspectos totalmente diferentes a los estimados en el Código Procesal Penal vigente:

- a) *Que la investigación a cargo del fiscal se podía iniciar por vía de querrela criminal autónoma o conjunta, para lo cual el juez penal dictaba el auto de procesamiento, precisamente para dirimir si los fundamentos iniciales para abrir una causa tenían fundamentos acerca de la sospecha razonable de que una o más personas cometieron uno o más delitos, independientemente que el fiscal no formule solicitud de procesamiento (también aquí se alteró el esquema originario, ya que la decisión de imputar a una persona no pasa por una determinación judicial, sino del fiscal), y;*
- b) *Que el auto de apertura a juicio oral y público se podía dictar con la acusación particular que reúna todos los requisitos procesales previstos para el caso, sin que por ello el ministerio público tenga que ser obligado a sostener lo que el acusador particular promueve, de tal modo que se mantenía la independencia de posturas y pretensiones de ambos órganos que intervenían en el rol de acusación.*

Nótese como el giro proporcionado por la variable incorporada al proyecto originario produjo un cambio radical acerca del respeto por la voluntad razonable de la víctima en su objetiva de buscar la aplicación de la ley penal sustantiva, mediante el sostenimiento de una querrela criminal. Precisamente esa *emergencia* del cambio de la querrela autónoma o conjunta por una de carácter adhesiva, provocó una distorsión en la interpretación del texto procesal penal finalmente sancionado, ya que la desprolijidad de la redacción se nota en varias secuencias normativas que seguidamente se expondrán y que pondrán de manifiesto que muchas veces se cumple lo que ciertos tratadistas expresan respecto a los *retoques* de proyectos de leyes elaborados con una visión de conjunto y coherencia, cuando alegan que *“la enmienda resultó peor que el soneto”*.

El CÓDIGO PROCESAL PENAL contempla la posibilidad que el querellante adhesivo promueva un recurso de apelación general contra la decisión adoptada por el juez penal que ratifica el requerimiento de desestimación de la querrela o la denuncia presentada por el fiscal. La pregunta que uno se hace es la siguiente: *¿qué ocurre si el recurso de apelación es admitido por el tribunal de apelaciones y declara procedente la apertura de una investigación?*

Es evidente que el Ministerio Público a través de su fiscal, tendrá que designar a un nuevo fiscal para que formule imputación e inicie formalmente la investigación del caso, con el agregado que en los hechos, el *“nuevo”* fiscal estará influenciado por el fiscal que pidió la desestimación en cuanto a sus argumentos y, con ello, poco o nada se avanzará acerca de lo que se entiende por la realización de una investigación seria, responsable y objetiva. Como nos encontramos en los momentos iniciales de un procedimiento, todavía existe un largo camino de la investigación para que el *“nuevo”* fiscal pueda imbuirse de información complementaria relevante para llegar a la conclusión del equívoco cometido por su colega que le precedió en el trámite, aunque para bordar esta hipótesis, partimos de la base que el fiscal que asume la dirección de la investigación no se *contaminará* con la convicción ya sostenida por su antecesor.

De esta manera, en este momento inicial de la investigación -nos referimos al caso en que el fiscal haya solicitado la desestimación de la querrela y la clausura anticipada del procedimiento- todavía hay margen para enderezar lo que se inició en forma displicente, aunque siempre estará en juego la objetividad del órgano fiscal desde la perspectiva de la víctima y recuérdese que según el Código Procesal Penal y la ley orgánica del Ministerio Público, la representación que desarrolla la fiscalía es en nombre de la sociedad y de la víctima, respectivamente.

Si luego de la investigación desplegada por la fiscalía, conforme a los elementos de convicción y la información administrada en dicha secuencia procesal, aquélla entiende que su labor no proporciona fundamento serio para acusar y consecuentemente requiere el sobreseimiento definitivo o provisional, también se otorga al querellante adhesivo para que se oponga a tal determinación promoviendo un recurso contra la decisión del juez penal que luego de realizada la etapa intermedia resuelva admitir lo solicitado por el Ministerio Público. A esta altura, nos hacemos la siguiente pregunta: *¿qué ocurre si el tribunal de apelaciones admite el recurso de apelación general y declara procedente la pretensión de la víctima en el sentido de admitir la acusación particular y derivar la causa a juicio oral y público?*

La situación sería mucho más grave desde la perspectiva de la verdadera función del Ministerio Público, ya que si tras la culminación de una investigación requirió el sobreseimiento definitivo o provisional y el tribunal de apelaciones sostiene que existen fundamentos serios para que se admita la acusación, en este caso la sostenida por el querellante adhesivo, revocando la decisión dictada por el juez de primera instancia que sobreseyera la causa, nos encontramos frente a un obstáculo insalvable que determina que no se podrá disponer la apertura de la causa a juicio oral y público si es que no existe

una acusación fiscal, excluyéndose a la sostenida por la víctima a través de su querella. Precisamente tal restricción es la que se constituyó en la variante más importante introducida en el Código Procesal Penal finalmente sancionado, ya que según el proyecto originario el juicio oral y público se podría realizar sobre la base de la acusación pública o particular, indistintamente. En el ejemplo expuesto *-sin olvidarnos que situaciones como éstas ya se produjeron en nuestro medio-*, el tribunal de apelaciones al revocar el sobreseimiento definitivo decretado, implícitamente dicta el auto de apertura a juicio oral y público *-lo que también es incorrecto, pues debería decretarse es la nulidad del fallo y la consecuente orden de reposición de toda la etapa intermedia a fin de que el fiscal interviniente formule requerimiento de acusación-*, pero sobre la base de la única que se sostuvo en tal sentido y que corresponde a la querella adhesiva, ya que el Ministerio Público planteó el sobreseimiento. Aquí se tendría que producir una situación que planteamos como hipótesis, en el sentido que estamos frente a la culminación de un trabajo de investigación a cargo del fiscal y sus argumentos *-según la postura adoptada-* no son suficientemente razonables para llevar la causa a juicio oral y público, lo que se revierte por decisión de un órgano jurisdiccional que, en la forma expuesta, se inmiscuye en la investigación, afectando la imparcialidad reservada a los jueces para no *contaminarse* con los aspectos de la etapa preparatoria, repetimos, a cargo exclusivo del Ministerio Público.

De lo expuesto se tiene que el Ministerio Público está *obligado* a cambiar de temperamento, sin el mínimo convencimiento de que así debe obrar, y la consecuencia no será otra que una clara contradicción entre lo expuesto espontáneamente con su primer requerimiento solicitando el sobreseimiento definitivo a favor del o los imputados y la *“acusación que debe preparar por orden judicial”* lo que notoriamente desdibuja su posición, ya que mal puede revertir lo que el Código Procesal Penal señala como requisito esencial para pasar a la etapa del juicio oral y público: *que el órgano requirente debe convencerse y convencer por medio de una promesa fundada a la judicatura, que sus elementos de convicción organizados sobre la base de la información probatoria recolectada en la preparatoria son serios y fundados para sostener la autoría o participación del o los sindicados*. Esta contradicción es el resultado de una *emergencia* surgida en el seno de las comisiones parlamentarias, con la finalidad de *equiparar la vigencia de un estatismo exacerbado en el régimen de la acción penal instituido en el Código Penal, mediante un cercenamiento de las facultades del querellante, que pasa a denominarse “adhesivo”*, el cual se efectuó sin mucho rigor para mantener la coherencia del accionar de las instituciones involucradas a la luz del cambio aprobado.

Como se ejemplificó, el desfasaje antes que dar plenitud interpretativa a la querella contribuyó a confundir las implicancias de los alcances de la adhesividad, ya que la jurisprudencia se encargó de *moldear* el instituto al punto que la víctima deberá sopesar si el rol que desempeñará en el proceso nos es más perjudicial que remitirse a intervenir de manera informal, sin asumir querella criminal, ya que esta última alternativa precisamente le dispensa de cargas y responsabilidades como las que se impone al que se muestra parte, con un convencimiento propio que, después de todo, el éxito de su intervención dependerá siempre de la postura que adopte el Ministerio Público. Lo que se logró con la adopción de la querella adhesiva es desalentar que a la víctima para que no *moleste* a través de la proposición de su pretensión, de modo tal que se *libere* el camino para que el órgano requirente intervenga a plenitud y sin un control formal efectivo y directo, que se hubiera dado de haberse mantenido la querella autónoma o conjunta.

Auscultando un poco más las situaciones que podrían verificarse (*siempre tomando los extremos puntualizados a modo de ejemplo*), el Código Procesal Penal prevé un trámite denominado *de oposición* que lo ejerce el juez penal a quien el fiscal presenta su requerimiento inicial o conclusivo durante la etapa preparatoria.

El procedimiento consiste en que una vez presentada la solicitud fiscal (acta de imputación o acusación, que constituyen los puntos en análisis), el juez penal puede optar por resolver la situación planteada o devolverle las actuaciones para que formule requerimiento distinto al promocionado. El fiscal puede ratificar su solicitud anterior y si persiste la oposición del juez, lo puede derivar al funcionario superior de la Fiscalía General del Estado para que plantee lo que corresponda. La Fiscalía General del Estado puede cambiar el requerimiento planteado por el inferior, caso en el cual el juez penal resolverá conforme a la solicitud de aquél; sin embargo, puede ratificar expresamente o en forma tácita *-cuando omita la presentación en el plazo que es de tres días, ya que el artículo 358 del CÓDIGO PROCESAL PENAL no señala nada al respecto, por lo que se aplica la disposición contenida en el mismo ritual penal de que cuando la ley no prevé un plazo legal se entenderá que es por tres días-* lo requerido por el fiscal interviniente en la causa, caso en el cual el juez penal tendrá que resolver conforme a la pretensión inicialmente promovida. En esta coyuntura existe una secuencia de análisis que parte de la misma fiscalía que requirió inicialmente una solicitud al juez penal y termina con la más alta instancia del Ministerio Público que también considera correcta la actuación del fiscal que dirige la investigación.

Si con estos antecedentes, el Tribunal de Apelaciones decide hacer lugar a la imputación o a la acusación *-por vía de revocación de la decisión del juez penal que aceptó el requerimiento fiscal-*, la situación es mucho más compleja, ya que precisamente el sostenimiento de los agravios contra la decisión del juez penal surge de la misma postura que éste sostuviera al imprimir el trámite de oposición y de la víctima que planteó una solicitud a favor de la continuidad del proceso; en esta situación, cobra mayor fuerza la vulneración del principio de imparcialidad de los jueces que nunca tendrían que dirigir la investigación a cargo de la fiscalía, ya que por *doble vía* se nota este traspasamiento: por una, la del juez que inicialmente al imprimir el trámite de oposición consideró inviable la desestimación de la querrela o el sobreseimiento del o los imputados, y por otra, la del tribunal de apelaciones que inmiscuyéndose en la investigación considera que la causa debe continuar hacia las subsiguientes etapas del procedimiento ordinario

La composición orgánica del Ministerio Público expresó su postura sobre la base del principio de *unidad* y aun así, debe sostener una imputación o una acusación, la que definitivamente es producto de la voluntad de la víctima con el *auxilio* de los órganos jurisdiccionales; con nitidez resalta lo inaceptable del esquema que se produce por la incoherencia orgánica del texto procesal penal sancionado, ya que si lo que se postulaba con la instauración de la querrela adhesiva era que primara el interés público y social que congloba la representatividad del órgano requirente y no la voluntad de venganza de la víctima hacia el imputado, se hubiera establecido alguna previsión normativa acorde con el diseño del instituto que podría consistir en la obligatoriedad del trámite de oposición cuando se plantee la desestimación o el sobreseimiento con la oposición del querellante para tener una visión homogénea del temperamento adoptado por el órgano requirente respecto al caso y no permitir recurso alguno contra la decisión que se adopte en consecuencia.

Se podrá cuestionar que estamos negando el derecho al recurso a la víctima, pero siendo coherentes con el instituto sancionado *-ya hemos sentado nuestra adversidad con el modelo optado por el Código Procesal Penal-*, pero habiéndose previsto en su normativa que solamente se podrá dictar el auto de apertura a juicio oral y público sobre la base de la acusación de la fiscalía, mal se podría, posteriormente por una vaguedad en la inferencia del modelo de enjuiciamiento finalmente adoptado, habilitar una *compuerta* para introducir trámites que generan una seria contradicción como la reseñada precedentemente.

Se pretendió plasmar y honestamente estamos convencidos de que así lo habrán percibido los lectores, que el esquema optado y la consecuente supresión de la querrela autónoma, es una pérdida invaluable en el afán perseguido por el proyecto procesal penal de revalorizar a la víctima, aumentar los sistemas de controles internos del proceso y esencialmente llegar a la conclusión de que la parti-

cipación del ofendido en el procedimiento penal oficial como querellante conjunto o autónomo, no requiere otra cosa que la evitación de excesos en la actuación de aquél, lo cual perfectamente fue diseñado y previsto en el anteproyecto originariamente concebido.

Capítulo 8

El Imputado y su Defensa.

1. El imputado.

1.1 Amplitud del concepto de la calidad de imputado.

El *Diccionario de Uso del Español* de **María Moliner** no usa precisamente la expresión, sino que define el verbo imputar en los siguientes términos: “1. *achacar, atribuir a alguien cierta falta o delito...*”, por lo que si partimos del verdadero sentido idiomático, es indudable que *la imputación es un acto de atribuir una falta, un delito o cualquier circunstancia que pueda encuadrarse dentro de los parámetros de la reprochabilidad de la conducta realizada por el señalado.*

Conforme a la definición de la Real Academia, cualquier expresión entre las variadas que existen para indicar una posición sinónima con la acción de imputar una conducta a una persona no puede desprenderse del contexto interpretativo idiomático que acabamos de reflejar con la transcripción.

De esta manera, los términos *acusado, denunciado, encartado, encausado, enjuiciado, imputado, inculpado, indagado, indicado, procesado* se diferencian por matices dentro de un determinado contexto *-en nuestro caso, dentro de un proceso penal-*, más no significa alcances *sustancialmente* diferentes, o, dicho de un modo más simple: *el imputado es el género y sus especies serían las demás expresiones, entre la cuales y al sólo efecto de ejemplificar se pueden extraer los de acusado, denunciado, encausado, inculpado, indagado, procesado, etcétera.*

El **artículo 74** del Código Procesal Penal extrae tres denominaciones que permiten simbolizar los tres niveles que abarcan el concepto genérico de imputado:

- a) El ***imputado en sentido amplio e informal*** que es toda persona indicada o señala como autor o partícipe de un supuesto hecho punible;
- b) El ***imputado en sentido estricto y formal*** que es la persona especialmente señalada como autor o partícipe de un supuesto hecho punible en el *Acta de Imputación*;
- c) El ***acusado***, la persona señalada como tal en una acusación pública o particular, y;
- d) El ***condenado***, la persona sobre la cual pesa una sentencia condenatoria firme y ejecutoriada.

De esta categorización nos volveremos a ocupar en el siguiente numeral con más precisión y con la apoyatura del cotejo de dispositivos constitucionales y procesales.

1.2 Definición del imputado.

Alfredo Vélez Mariconde nos da una definición de imputado, diciendo que es un “...sujeto esencial de la relación procesal a quien afecta la pretensión jurídico-penal deducida en el proceso, pero asume esa condición (aún antes de que la acción haya sido iniciada) toda persona detenida por suponérsela partícipe de un hecho delictuoso o indicada como tal en cualquier acto inicial del procedimiento (*lato sensu*)...”. Por su parte, *José Ignacio Cafferata Nores* señala que el imputado es “...aquella persona que ha sido indicada como autor o partícipe de un hecho delictuoso en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra...”.

Como notas comunes que se destacan de las definiciones trascritas, podemos complementar el sentido de lo que se entiende por calidad de *imputado* diciendo que está referida a *toda persona que es sindicada –aún preventivamente- bajo sospecha o indicio de autoría de un hipotético delito y cuya responsabilidad y el alcance de participación en el mismo se investigará en el proceso, como objeto de la actividad que desplegarán los órganos facultados para ello.*

En este sentido, se rescata la condición de *sujeto de derecho* y como tal acreedor de las garantías previstas en la Ley Fundamental, más precisamente las consagradas en el *Artículo 17 de la CN*. Esto no es otra cosa que reservar al *imputado* un rol de sujeto procesal esencial a quien se reconoce unos criterios amplios para ejercer su defensa desde un primer momento en que se lo pueda individualizar como la persona sobre la cual girará la investigación penal, independientemente que la misma se haya iniciado o no. Ocioso sería repetir que esta fórmula interpretativa no es arbitraria ni antojadiza, porque bajo cualquier punto de vista atendible, deben prevalecer sentidos interpretativos que conduzcan a *reconocimientos amplios o más favorables al imputado* tal como lo prevén los *artículos 16 y 17.1 de la Constitución Nacional en concordancia con los artículos 5 y 10 del Código Procesal Penal*.

A este respecto, el *artículo 74 del Código Procesal Penal* determina el concepto jurídico-procesal de imputado, cuando dice que el imputado es: “...1) *IMPUTADO* a la persona a quien se le señale como autor o partícipe de un hecho punible y, en especial, a la señalada en el acta de imputación; 2) *ACUSADO* a aquél contra quien exista una acusación del Ministerio Público o del querellante, según el caso, y; 3) *CONDENADO* a aquél sobre quién ha recaído una sentencia condenatoria firme”.

Nótese como la expresión imputado guarda una acepción *lata, amplia y concomitante con las reglas de la defensa amplia de toda persona sometida a proceso penal* y otra que es *resultado* del acto de señalamiento de imputado y que se refiere a una cuestión *específica* de formalizar el órgano requirente una investigación contra una persona imputada. Es así como podemos sostener que la calidad de imputado surge desde el momento que una persona sea señalada como autor o partícipe en un supuesto hecho punible, aspecto que se podría trasuntar en cualquier acto formal que motive el inicio de una investigación penal como alguna denuncia dirigida hacia alguien, cuya identificación se discierna sin mayores esfuerzos desde un primer momento, incluyéndose también la presentación de una querrela criminal adhesiva o autónoma, según la naturaleza del ilícito que se trate, etc.

Este razonamiento tampoco resulta desconectado con el sentido interpretativo del artículo 10 del *Código Procesal Penal* si es que prestamos atención a la oración del mismo artículo 74 cuando expone que imputada es la persona señalada como tal y, en especial, a la señalada en el *acta de imputación*, por lo que se tienen dos momentos que permiten discernir la calidad de *imputado*:

- a) *En general*, cualquier sindicación antes de que exista **IMPUTACIÓN FORMAL** hacia una persona, en cuyo caso deberá tratarse de un acto de coerción (aprehensión o detención preventiva, convocatoria a una declaración indagatoria, sindicación de testigos en actos en los cuales se requiera orden judicial, incautación y secuestros de cosas, etc.), aunque dicha circunstancia deberá interpretarse elásticamente, atendiendo las peculiaridades de cada caso, ya que una formulación de una denuncia dirigida contra personas expresamente individualizadas y contra las cuales puede existir una suerte de tratamiento “mediático” constituye una imputación que habilita al afectado a ejercer sus derechos desde un primer momento, claro está, antes de la formulación del acta de imputación;
- b) *En especial*, y aquí es importante advertir que existirá una diferencia en el tiempo a veces significativa, cuando el Ministerio Público imputa en los términos del artículo 301 del **CÓDIGO PROCESAL PENAL**, extremo que no implica para nada menoscabar los derechos procesales (en su catálogo más amplio como el previsto en el artículo 17 de la CN, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica y los principios fundamentales del **CÓDIGO PROCESAL PENAL**, por citar algunos textos principalísimos) del afectado por una sindicación **CON MUCHA ANTELACIÓN A LA FORMULACIÓN DE ESTE ACTO A CARGO DEL ÓRGANO REQUIRENTE**.

La pregunta a responder que cabría hacerse en el deseo de disipar las interrogantes, es la siguiente:

¿A partir de qué momento el señalado como imputado por cualquier acto formal (denuncia, querrela, actuación policial preventiva, acta de imputación, etcétera) puede ejercer y reclamar la vigencia de sus garantías y derechos procesales?

El **artículo 6** del Código Procesal Penal es claro al decir: “...A los efectos de sus derechos procesales, se entenderá por primer acto del procedimiento toda actuación del fiscal, o cualquier actuación o diligencia **realizada después del vencimiento del plazo establecido de seis horas (...)**”, por lo que no resulta muy dificultoso discernir que luego de las seis horas de acaecido el suceso criminoso *v. gr. noticia del hecho*, lapso que necesariamente es el que marca los límites entre “*inicio del procedimiento*” y “*calidad de imputado*”, ya que luego de las susodichas seis horas cualquier persona sindicada puede reclamar lo que mejor corresponda al ejercicio de sus derechos (defensa).

Algunos discuten si esta norma cede frente a la prevista en el artículo 303 del Código Procesal Penal que establece el cómputo del procedimiento desde la formulación del *acta de imputación* por el Ministerio Público, lo que aparentemente tiene consistencia, aunque apenas cotejamos con otras normas del mismo cuerpo legal, se pueden obtener dos interpretaciones: *una restrictiva y otra ampliatoria de las garantías procesales para el imputado*. Y en este contexto es que prevalecerá, siempre por mandato normativo, *la interpretación más beneficiosa para el ejercicio de la defensa de los derechos del imputado, aspecto que indudablemente se construye sobre los cimientos del artículo 6 que extiende las garantías procesales en concordancia con los artículos 5 y 10 del ritual penal*.

Si bien existen discrepancias al respecto, es evidente que la interpretación de las normas procesales que favorezcan el ejercicio de los derechos y garantías al imputado debe pre-

valecer sobre cualquier otra postura que restrinja dicho presupuesto (artículo 10 del Código Procesal Penal). En tal sentido si a través de una denuncia, de una actuación policial preventiva o cualquier otro medio que permita discernir la presencia de una persona a quien se indica como autor o partícipe de un hecho punible no la consideramos como imputada hasta que el Ministerio Público se decida a formular el *acta de imputación*, momento que puede ser muy posterior a las seis horas desde que se tuvo conocimiento fehaciente de la perpetración del hecho punible investigado, estaríamos restringiendo el ejercicio de los derechos y garantías elementales del debido proceso penal a una persona, lo cual es inaceptable a la luz de las dos posturas (*la prevista en el artículo 6 del Código Procesal Penal o la que prevé la calidad de imputado desde la formulación del Acta de Imputación por parte del Ministerio Público*), ya que la hipótesis primeramente sustentada por esta cátedra es la que reafirma de mejor manera los derechos y garantías procesales previstos a favor del imputado, y esto sí encuentra sintonía con otros preceptos del mismo cuerpo ritual como los artículos 5 y 10 del Código Procesal Penal, por citar algunos.

En síntesis: *es imputado, cualquier sujeto sindicado como supuesto autor o partícipe de un hecho punible luego de las seis horas de la perpetración y conocimiento de la noticia del hecho, en un sentido genérico; con mayor especificidad, con la formulación del Acta de Imputación en los términos de los artículos 301 y 303 del Código Procesal Penal. Cualquier discusión sobre si prevalece el sentido genérico o el específico tal como se apuntó precedentemente, deberá obligar al intérprete a una opción más favorable a los derechos y garantías procesales del imputado, y de este modo, discurrimos por el sendero del sentido genérico y lato que perfila de mejor manera el catálogo de garantías procesales para el sindicado o imputado.*

2. Obstáculos para la persecución penal.

Señalamos que la investigación preliminar desplegada por el Ministerio Público pretende individualizar al imputado a los efectos de su señalamiento a través del Acta de Imputación, de lo contrario, será imposible e insuperable formalizar la investigación a cargo del Ministerio Público (*y el consecuente inicio del cómputo del plazo máximo de duración de la etapa preparatoria que va “hasta seis meses”*), al punto que el mismo artículo 302 del Código Procesal Penal establece entre los requisitos del Acta de Imputación que si no pudo individualizar correctamente al imputado, incorpore los elementos o extremos que permitirán su precisa identificación.

La *idea-fuerza* que extraemos es que la existencia de una persona imputada (*individualiza correctamente o con los elementos suficientes que permitan completar dicha labor*) permitirá el paso de la informalidad de la etapa preparatoria a la formalización a través de los requerimientos previstos en los artículos 301 y 302 del Código Procesal Penal. A este respecto, dice el **artículo 76 del Código Procesal Penal** cuanto sigue: **“Identificación.** Desde el primer acto en que intervenga el imputado será identificado por sus datos personales y señas particulares. Si se abstiene de proporcionar esos datos o lo hace falsamente, se lo identificará por testigos o por otros medios útiles, aun contra su voluntad. La duda sobre los datos obtenidos no alterará el curso del procedimiento y los errores sobre ellos podrán ser corregidos en cualquier oportunidad”. Fuera del supuesto anteriormente señalado, existen casos en que la persona imputada es correctamente identificada pero no se la puede someter al procedimiento penal formal porque la misma está amparada en una condición especial prevista en el ordenamiento jurídico (*privilegios o inmunidades*) o porque carece de la aptitud mental para comprender o dimensionar las consecuencias de sus actos (*incapacidad*), en cuyo caso, se

presenta un obstáculo que, según la naturaleza de la circunstancia, una vez superado, motivará la continuidad del trámite pertinente, claro está, esta prosecución estará sujeta a que la misma legislación establezca el lapso durante el cual se puede “suspender” o “interrumpir” el procedimiento penal por la preexistencia del impedimento.

Del cotejo de las normas del Código Penal y Código Procesal Penal, la constatación de un obstáculo para dar inicio o continuidad al procedimiento *suspende el cómputo del plazo de la prescripción, por lo que una vez superado el impedimento para el avance procesal, el trámite continuará desde la etapa o el acto que motivó la suspensión inicial*. Obviamente que no regirá para esta circunstancia objetiva, lo dispuesto en el *artículo 104 (parte final) del Código Penal* en el sentido que el trascurso del doble del plazo de prescripción (*independiente de la cantidad de interrupciones que hayan operado*) producirá en todos los casos la extinción de la acción penal.

De todo lo expuesto, podemos conceptuar al o los obstáculos procesales como una situación que se verifica en el proceso penal por la presencia de un impedimento para someter al procedimiento penal a una persona contra la cual se reúnen los presupuestos para ser imputada (*artículo 74 del Código Procesal Penal*) y que se erige en la ausencia de uno de los elementos que componen las denominadas condiciones objetivas de procedibilidad, de cuya constatación por parte del juez o tribunal, obligará a que se declare el impedimento para la iniciación o continuación del procedimiento, con el efecto de producir la suspensión del trámite y los plazos pertinentes, el que continuará una vez desaparecido el obstáculo.

2.1 Las inmunidades y los privilegios.

Se pueden citar dos circunstancias expresamente consagradas en el Código Procesal Penal y que son las inmunidades y los privilegios: a) la persona imputada goza de ***inmunidad diplomática*** (por razón del principio de extensión artificial de la territorialidad de la soberanía de un determinado Estado que tiene una legación diplomática o consular en el territorio nacional), y; b) la persona goza de inmunidad ***funcional*** (como el caso de los parlamentarios que gozan de esta protección a su función y no a su persona, por mandato constitucional). En ambos supuestos, se suspende la persecución penal ínterin dure el obstáculo (duración de sus funciones), sin perjuicio que pueda continuar respecto a los demás imputados que no gozan de esta protección funcional.

¿Cuál es el trámite para que se declare el obstáculo derivado de una inmunidad diplomática o de un fuero funcional? El Código Procesal Penal expresamente dispone un trámite que lo transcribimos para su constatación:

“Artículo 328. **Desafuero.** Cuando se opongan al procedimiento obstáculos fundados en privilegios o inmunidades establecidos en la Constitución Nacional, se procederá conforme a ésta, según el caso, de las siguientes maneras:

a) Cuando se formule denuncia o querrela privada contra un legislador, se practicará una información sumaria que no vulnere la inmunidad de aquél y que tenga por objeto realizar los actos de investigación sobre extremos cuya pérdida sea de temer o no reproducibles ulteriormente, y los indispensables para fundar la comunicación a que se refiere el párrafo siguiente.

Si existiese mérito para formar causa y disponer su sometimiento o proceso, sin ordenar su captura, el juez penal lo comunicará, acompañando copia íntegra de las actuaciones producidas, a la Cámara respectiva, para que resuelva si hay lugar o no al desafuero para ser sometido a proceso.

Si el legislador hubiese sido detenido por haberse sorprendido en flagrante delito que merezca pena corporal, la autoridad interviniente lo pondrá en custodia en su residencia, dará cuen-

ta de inmediato del hecho a la Cámara respectiva y al juez penal competente, a quien remitirá los antecedentes a la brevedad. El juez penal procederá ulteriormente en la forma dispuesta en los dos párrafos anteriores, pudiendo ordenar la libertad del legislador si corresponde a las normas de este código, o cuando así la disponga la Cámara respectiva.

- b) Cuando se formule denuncia o querrela privada contra un funcionario que goce de inmunidad, el juez penal procederá en forma similar a la establecida en los dos primeros párrafos del apartado anterior, pero, según corresponda, la comunicación se dirigirá a la Cámara de Diputados, al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados o a los organismos pertinentes.
- c) Cuando se proceda contra varios imputados y solo alguno de ellos gocen de inmunidad constitucional, el proceso podrá formarse y seguirse respecto de los otros.
- d) En todo lo demás deberá actuarse de acuerdo con la Constitución Nacional y las leyes”.

2.2 La incapacidad del imputado.

¿Cuál es el trámite que se desarrolla cuándo el obstáculo consiste en la incapacidad del imputado? Se aplicarán las disposiciones de los artículos 78 a 80 del Código Procesal Penal, los que seguidamente se transcriben para su lectura e interpretación.

“Artículo 78. Incapacidad. El trastorno mental del imputado, que excluya su capacidad de entender o de querer los actos del procedimiento, o de obrar conforme a ese conocimiento y voluntad, provocará la suspensión condicional del procedimiento con relación a él, hasta que desaparezca esa incapacidad; sin perjuicio de la aplicación del procedimiento especial contenido en el Título V del Libro II, de la Segunda Parte de este código.

La situación descrita en el párrafo anterior, no impedirá la investigación del hecho, ni la continuación del procedimiento con respecto a otros imputados.

A los efectos del procedimiento penal, esa incapacidad será declarada por el juez, previo examen pericial psiquiátrico. Los actos que el incapaz haya realizado como tal carecerán de valor”.

“Artículo 79. Examen mental. Cuando de las características del hecho pueda suponerse la existencia de un trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, el imputado será sometido a un examen mental”.

Artículo 80. Internación para observación. Cuando para la elaboración del dictamen pericial sobre la capacidad del imputado sea necesaria su internación, la medida podrá ser ordenada por el juez, a solicitud de los peritos, sólo cuando exista la probabilidad de que el imputado haya cometido el hecho y tal medida no sea desproporcionada respecto de la importancia de la pena o medida de mejoramiento que se espera. La internación no podrá sobrepasar el tiempo necesario para la realización de la pericia; en ningún caso podrá exceder el plazo de seis semanas”.

La **incapacidad absoluta o de hecho**, se configura por la ausencia de discernimiento, intención y libertad (requisitos para la preexistencia de un acto voluntario) en la persona afectada por la imputación, en cuyo caso también se puede suspender el procedimiento en el estado en que se encuentra el procedimiento, o, confirmada la hipótesis de incapacidad del imputado, remitir el proceso al trámite para la aplicación de medidas de mejoramiento, previsto en los procesos especiales de este Código. La incapacidad sólo podrá ser declarada por el juez, quien ordenará antes de emitir su resolución un examen pericial psiquiátrico, quedando sin ningún valor los actos que el afectado haya realizado, porque nos encontramos frente a una causa de nulidad absoluta.

Asimismo, cuando por las características del hecho pueda suponerse la existencia de un trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, el imputado será sometido a un examen mental.

Si para la elaboración del dictamen pericial sobre la capacidad mental del imputado sea indispensable su internación, la medida podrá ser decretada por el magistrado siempre que se reúnan los siguientes presupuestos: 1) *la solicitud sea efectuada por los peritos médicos; 2) exista la probabilidad que el imputado haya cometido el hecho, y; 3) que la medida no sea desproporcionada respecto de la importancia de la pena o medida de mejoramiento que se espera.* Si el juez admite la internación la misma se prolongará por el tiempo necesario para la realización de la pericia, pero en ningún caso podrá exceder el plazo de *seis semanas*.

3. Facultades del imputado.

La Constitución de la República, el Código Procesal Penal y el Pacto de San José de Costa Rica (Ley N° 1/89) incorporan, en su conjunto, una serie derechos y facultades que son propias de la persona imputada, los cuales, se diferencian, a su vez, según las condiciones particulares que confronte el sindicado (*con privación de libertad, con la necesidad de que sea sometida a proceso para su hipotética privación de libertad, las limitaciones de la privación de la libertad durante el proceso penal y las estrictamente vinculadas con los presupuestos del juicio previo o debido proceso penal*)

Seguidamente efectuaremos una transcripción del catálogo de facultades y derechos inherentes al imputado en la Constitución de la República y en el Código Procesal Penal, enfatizando los distintos niveles de la condición procesal que confronte el imputado para el usufructo de tales potestades:

Condiciones para procesar y privar de libertad a una persona imputada:

Artículo 11. De la privación de la libertad. *Nadie será privada de su libertad física o procesado, sino mediando las causas y en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes.*

Condiciones legales y legítimas para justificar la privación de libertad:

Artículo 12. De la detención y del arresto. *Nadie será detenido ni arrestado sin orden escrita de autoridad competente, salvo caso de ser sorprendido en flagrante comisión de delito que mereciese pena corporal.*

Toda persona detenida tendrá derecho a:

1. *Que se le informe, en el momento del hecho, de la causa que la motiva, de su derecho a guardar silencio y a ser asistida por un defensor de su confianza. En el acto de la detención, la autoridad está obligada a exhibir la orden escrita que la dispuso.*
2. *Que la detención sea inmediatamente comunicada a sus familiares o personas que el detenido indique;*
3. *Que se le mantenga en libre comunicación salvo que, excepcionalmente, se halla establecida su incomunicación por mandato judicial competente. La incomunicación*

no registrá respecto a su defensor, y en ningún caso podrá exceder del término que prescribe la ley;

4. *Que disponga de un intérprete, si fuese necesario, y a;*
5. *Que sea puesta, en un plazo no mayor de 24 (veinticuatro) horas, a disposición del magistrado judicial competente para que éste disponga cuanto corresponda en derecho.*

Código Procesal Penal.

Artículo 75. Derecho del Imputado. *Al imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, informándole de manera inmediata y comprensible, por parte de la Policía Nacional, del Ministerio Público y de los jueces, los derechos a:*

- 1) *que no se empleen contra él medios contrarios a su dignidad;*
- 2) *que se le exprese la causa o motivo de su captura y el funcionario que la ordenó, exhibiéndole según corresponda la orden de detención emitida en su contra;*
- 3) *designar la persona, asociación o entidad a la que debe comunicarse su captura y que la comunicación se haga en forma inmediata;*
- 4) *ser asistido desde el primer acto del procedimiento por el defensor que designe él, su cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción, o segundo de afinidad y, en defecto de este defensor, por un defensor público;*
- 5) *presentarse al Ministerio Público o al juez, para que se le informe y escuche sobre los hechos que se le imputan;*
- 6) *abstenerse de declarar, y si acepta hacerlo, a que su defensor esté presente al momento de rendir su declaración y en aquellas otras diligencias en que se requiera su presencia;*
- 7) *no ser sometido a técnicas o métodos que constriñan o alteren su libre voluntad; y,*
- 8) *que no se empleen medios que impidan el libre movimiento de su persona en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y a su criterio estime ordenar el juez o el Ministerio Público.*

Condiciones mínimas o la garantía al debido proceso penal para que una persona sea imputada o ser tratada como tal:

Artículo 17. De los derechos procesales. *En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:*

1. *Que sea presumida su inocencia;*
2. *Que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos;*
3. *Que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales;*
4. *Que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal;*
5. *Que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección;*

6. *Que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo;*
7. *La comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación;*
8. *Que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas;*
9. *Que no se le opongán pruebas producidas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas;*
10. *El acceso, por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley, y a;*
11. *La indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial.*

Artículo 18. De las restricciones de la declaración. *Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unido de hecho, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive. Los actos ilícitos o la deshonra de los imputados no afectan a sus parientes o allegados.*

Condiciones para privar de libertad a una persona sin que exista condena firme emanada de un juicio previo:

Artículo 19. De la prisión preventiva. *La prisión preventiva sólo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio. En ningún caso la misma se prolongará por un tiempo mayor al de la pena mínima establecida para igual delito, de acuerdo con la calificación del hecho efectuada en el auto respectivo.*

4. Deberes del imputado.

De la lectura del capítulo concerniente al imputado en el Código Procesal Penal, se pueden extraer los siguientes deberes procesales:

Artículo 77. Domicilio. *En su primera intervención, el imputado deberá denunciar su domicilio real y fijar el domicilio procesal; posteriormente mantendrá actualizados esos datos. La información falsa sobre su domicilio podrá ser considerada indicio de fuga.*

Artículo 81. Examen Corporal. *Se podrá ordenar el examen médico del imputado para la constatación de circunstancias de importancia a la investigación. Con esta finalidad serán admisibles, siempre con autorización judicial, extracciones de sangre y fluidos en general, además de otros estudios corporales, que se efectuarán según las reglas de las ciencias médicas, preservando la salud del imputado.*

Artículo 112. Buena Fe. *Las partes deberán litigar con buena fe, evitando los planteos dilatorios y cualquier abuso de las facultades que este código les concede. No se solicitará la prisión preventiva del procesado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del procedimiento. Las partes no podrán designar durante la tramitación del procedimiento, apoderados o patrocinantes que se hallaren comprendidos respecto del magistrado, en una notoria relación para obligarlo a inhibirse por cualquiera de las causales enumeradas en el artículo 50 de este código. Los jueces cancelarán todo nombramiento o patrocinio que se haga infringiendo esta*

prohibición, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en este código. Los abogados designados por el imputado en su primer acto de intervención en el procedimiento, estarán exentos de esta prohibición.

5. La defensa y el defensor del imputado.

Existe casi uniformidad de criterios en el ámbito de la doctrina jurídica más connotada, que el imputado es el sujeto esencial de la relación procesal, a quien afecta la pretensión jurídico penal deducida en el proceso. Por eso se acuerda tal calidad a la persona contra la cual se alza o se cumpla cualquier acto de imputación inicial del procedimiento, fundamentalmente, con el propósito de establecer claramente el momento a partir del cual puede ejercer sus derechos procesales, entre ellos el más trascendente, el derecho a la defensa en sentido lato.

En el Código Procesal Penal no se visualiza etapa o secuencia procesal que habilite resquicios para abrigar restricciones propias del derecho que tiene el imputado de ejercer sus derechos y facultades, y que se centran en una actividad indispensable que constituye uno de los cimientos del debido proceso: la defensa. Precisamente, el verdadero sentido de la asistencia jurídica que dispone el imputado se puede concentrar en lo que constitucionalmente se denomina como *inviolabilidad de la defensa en juicio*, reglamentado con mayor especificidad en el marco procesal penal.

En este orden, establece quién tiene calidad de imputado, distinguiendo las nomenclaturas del acusado y condenado, conforme a las distintas etapas del procedimiento ordinario, pero dejando a salvo que el verdadero *género* es el imputado y las *especies* acusado y condenado, refieren a situaciones posteriores al primer acto del procedimiento que indudablemente debe investir la persona afectada al proceso penal, las que a su vez, prevén el ejercicio de atribuciones que solamente las podrían ejercer quienes invisten las calidades específicas antes citadas.

Desde el punto de vista procesal, la condición de imputado es concebida como una garantía de defensa y por tal motivo es imprescindible -y así lo exige la ley- determinar con cierta latitud cuándo una persona inviste dicha condición y se hace acreedor de las respectivas garantías procesales reconocidas en la Constitución y en las leyes.

Ese momento procesal está dado por el señalamiento expreso (*actuación policial preventiva, denuncia nominada o innominada con cierta indicación que permita la individualización del o los autores o participantes del hecho*) que implique la sospecha oficial o determine la coerción investigadora hacia una persona que como tal soporte la investigación preliminar de las circunstancias que motivan la intervención de las autoridades policiales y judiciales, respectivamente.

La condición de «sujeto esencial» del procedimiento y como tal portador de derechos y garantías procesales, no siempre fue considerada si hurgamos la historia de nuestro proceso penal, que nos da muchos ejemplos que reportan que el imputado fue casi siempre *objeto* del proceso y nunca un *sujeto* de derechos.

Como consecuencia de esa condición anterior -*objeto de la investigación penal*-, sus derechos fueron socavados o directamente restringidos al punto que en la práctica resultaban *inexistentes*. Es así como se le privó de la posibilidad de rechazar la pretensión punitiva del Estado (*pidiendo ser oída en forma oral o escrita antes de la formación de una causa penal en su contra*), el decreto de la detención y la prisión preventiva eran regla ante la mínima existencia de sospechas acerca de su vinculación con el hecho, la tortura fue quizás, el modo más preferido y *eficaz* para la obtención de su confesión, la inversión de la presunción de inocencia en la culpabilidad del imputado hasta que éste no demuestre en forma contundente su exclusión como participante del hecho investigado, por citar algunas maneras de desmedro de la persona imputada.

En el siglo XVIII se produce una reacción contra esos principios negadores de la condición humana y se rompe con aquel sistema. No obstante, el claro reconocimiento de los derechos procesales al imputado en la Constitución de 1992 y en el derecho internacional vigente, la práctica ignora, muchas veces, tales mandatos, incluso más allá de las previsiones constitucionales, tratando al imputado como un objeto del procedimiento y por ello nos hemos preocupado de insistir en su carácter de sujeto procesal, activo y esencial.

Anticipamos que la Constitución de 1992 consagra entre los derechos fundamentales de la persona humana, los siguientes principios: de la inviolabilidad de la defensa, de libertad ambulatoria, la restricción en la declaración contra sí mismo, fortaleciendo la protección de los derechos individuales y la reivindicación y plena vigencia de los mismos. Todos ellos constituyen el estatuto básico de defensa de las personas en el proceso penal y entran a funcionar activamente cuando un ciudadano es imputado. Allí esos principios dejan el aspecto declamatorio para convertirse en medios efectivos y concretos del ejercicio de la defensa en juicio y de los derechos.

5.1 La defensa material del imputado.

Es la que efectúa el propio imputado en cualquier estado del procedimiento, aunque la trascendencia de dicho ejercicio se concentra en el acto de la *declaración indagatoria*, que es un derecho que le asiste de otorgar la versión de los hechos que lo vinculan en calidad de imputado, señalando las diligencias o actividades necesarias que deberá desplegar el Ministerio Público para corroborar la posición sustentada por aquél en dicho acto.

La expresión *declaración indagatoria como acto prevalente del ejercicio de la defensa material* cede ante el rol de trascendencia que adquiere el imputado en el marco del procedimiento penal, más precisamente durante la sustanciación del juicio oral y público en el que podrá intervenir, incluso, expresando una posición concerniente a su estrategia, a través de su abogado, pero al derivar de su espontánea voluntad, obviamente que el acto es genuinamente una defensa material, antes que técnica o formal. De ahí que conviene aclarar que el imputado puede ejercer otros actos de defensa material, como el de solicitar las indicaciones y explicaciones al juez o tribunal en cualquier momento y el de ser oído en el juicio oral y público, antes de emitirse pronunciamiento definitivo.

5.2 La declaración del imputado: distintos supuestos y contenidos.

La presencia del imputado en el proceso es indispensable para perfeccionar la relación procesal y para que pueda ejercer sus derechos a través de las garantías establecidas jurídicamente. En consonancia con lo expuesto, el Código Procesal Penal establece que no podrá realizarse la acusación pública o particular, sin que se haya identificado correctamente a la persona del imputado o, sin que se haya otorgado la suficiente oportunidad para recibir la declaración indagatoria, o la imposibilidad de realizar el juicio oral y público sin que se encuentre presente el imputado a los efectos de ejercer su defensa material o técnica. En todos los casos, la declaración del imputado, solo tendrá validez, si lo hace en presencia de un abogado defensor, pues la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa es irrenunciable, aunque tal manifestación provenga del propio imputado. La presencia obligada del defensor es la mayor garantía prevista a su favor, porque permitirá operar los restantes derechos vinculados con el ejercicio de la defensa técnica.

El proceso penal no debe admitir la posibilidad de conseguir sus fines con la «*cooperación*» obligada o sugerida del imputado, a tal punto que el Código señala la improcedencia de cualquier acusación pública o particular sustentada única y exclusivamente en la declaración de aquél, lo que será suficiente para desestimar la acusación por parte del juez penal o juez de paz, según el caso y declarar extinguida la acción penal.

5.2.1 Libertad y oportunidades para declarar.

El imputado podrá declarar cuantas veces crea conveniente, siempre que su declaración sea pertinente y no configure un medio dilatorio. En este sentido, el Código Procesal Penal prevé como una violación de la buena fe de las partes actividades tendientes a la dilación injustificada de la investigación, al tiempo de considerar falta profesional cuando la defensa plantea la revisión de las medidas cautelares aplicadas a su representado sobre argumentos repetitivos y ya resueltos en anteriores ocasiones.

En virtud del *artículo 18 de la CN* nadie podrá ser obligado ni coaccionado de manera alguna a declarar contra sí mismo, ni sometido a métodos que, de cualquier modo, alteren su voluntad. Por ende, la *declaración del imputado -o indagatoria como también surge del resabio inquisitorial instalado en el lenguaje forense-* no son un medio de prueba sino un medio de defensa.

Es el acto procesal por el cual se expresa con mayor claridad el principio de defensa material, por lo que se deben tomar las máximas seguridades para que éste pueda brindar las informaciones con la mayor libertad de acción, evitando que se le formulen preguntas capciosas, entendidas como las interrogaciones que se realizan sobre falsos presupuestos fácticos, o sobre el reconocimiento de ciertos aspectos que podrían contradecir su voluntad, o sobre aspectos que no guardan estricta relación con el objeto de la investigación y que en cierta forma puedan alterar su dominio de acción para responder espontáneamente. Asimismo, se prohíben las preguntas bajo condiciones o promesas de ninguna naturaleza, o que el imputado las responda perentoriamente.

En la *Etapa Preparatoria*, la declaración se efectuará ante el funcionario del Ministerio Público encargado de ella. La presencia obligada del defensor garantiza que esa declaración no se desnaturalice, prohibiéndose expresamente que dicha diligencia la realice unilateralmente la Policía Nacional. En la *Etapa Intermedia*, más precisamente durante la sustanciación de la *Audiencia Preliminar*, podrá declarar ante el Juez Penal. Durante la etapa del *Juicio Oral y Público*, la declaración será recibida por el Tribunal de Sentencia en una oportunidad expresamente prevista en el trámite de dicha secuencia, sin perjuicio de que prefiera hacerlo posteriormente, siempre que acontezca con antelación al momento en que el tribunal disponga la clausura de la producción probatoria y habilite el momento para la presentación de los alegatos.

Finalmente, el imputado nunca podrá ser obligado a careos con otros coimputados o testigos, pudiendo ejercer ese derecho, en cuyo caso, se regirá por las reglas análogas previstas para los careos de testigos y peritos, respectivamente.

5.2.2 Perentoriedad de la declaración en caso de aprehensión.

Si el imputado está privado de su libertad, dicha circunstancia será comunicada o notificada al Ministerio Público en forma inmediata. En esta coyuntura, el Ministerio Público dará derecho al imputado para que declare en su presencia a más tardar en un plazo de *veinticuatro horas*, plazo que se

computará desde que se haya producido la aprehensión del imputado. Si el imputado solicita una prórroga para ejercer su derecho de prestar declaración indagatoria, el Ministerio Público lo permitirá siempre que la causal se funde en el mejor desarrollo de la defensa material y técnica (*el artículo 17.7 de la CN es un indicativo de los presupuestos para solicitar una prórroga de este acto trascendental*).

Lo cierto es que el Ministerio Público deberá en un plazo que no exceda las cuarenta y ocho horas informar al Juzgado Penal formular sobre la presentación del **acta de imputación** (*si es que existen elementos suficientes para dicho acto exclusivo de la fiscalía*) o el requerimiento de **desestimación de la denuncia, de las actuaciones policiales preventivas o de la querrela** (*si es que considera que no existen elementos razonables para una sospecha sobre la persona del imputado*), en este último supuesto, deberá disponer la libertad del afectado.

En casos excepcionales o de fuerza mayor, el Ministerio Público podrá, por resolución fundada, fijar un plazo distinto acorde con las circunstancias del caso y bajo su responsabilidad, lo que no excluye el deber de formular un requerimiento al Juez Penal en el plazo anteriormente señalado y que es de 48 (*cuarenta y ocho horas*), los cuales se computarán desde que se produjera la aprehensión o detención del imputado.

5.2.3 Exigencias y advertencias preliminares en el acta de la declaración del imputado.

El funcionario competente que reciba la declaración comunicará previamente al imputado los siguientes derechos procesales que le amparan según la Constitución y el Código Procesal Penal, respectivamente:

- a) *El contenido detallado del hecho punible que se le atribuye, con un resumen del contenido de las evidencias o elementos de convicción existentes en la investigación;*
- b) *Se pondrá a su disposición todas las actuaciones reunidas hasta ese momento, con excepción de las que están sujetas a reserva;*
- c) *La facultad de prestar declaración o de abstenerse de hacerlo, sin que su negativa a prestarla sea considerado como elemento de incriminación o presunción en su contra;*
- d) *Dicha facultad podrá ejercerla en cualquier momento de la indagación, aún para responder a una pregunta particular;*
- e) *Se le dará lectura y deberá asentir si comprendió correctamente sobre las garantías procesales previstas en la constitución nacional, y;*
- f) *Finalmente se le hará saber que tiene el derecho de designar un abogado defensor, si es que todavía no lo efectuó, o en su defecto, el juez le proveerá de oficio un defensor público.*

Comenzada la diligencia, el funcionario que reciba la declaración consignará los siguientes datos personales: nombre, apellido, sobrenombre o apodo, edad, estado civil, profesión, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, datos personales de sus progenitores, domicilio real y procesal. En las declaraciones posteriores bastará que confirme los datos ya proporcionados para evitar mayores demoras.

Inmediatamente el imputado *podrá declarar cuanto considere conveniente sobre el hecho que se le atribuye e indicar los medios de prueba cuya práctica considera oportuna.*

Asimismo, las demás partes podrán dirigir al imputado las preguntas que estimen convenientes, con el permiso de quien presida el acto, aunque el imputado si lo solicita, podrá ejercer su derecho de exclusión del querellante o las demás partes presentes, pero solamente durante la etapa preparatoria.

La declaración prestada durante la etapa preparatoria será consignada en un acta que contendrá, sin mayores formalidades, las declaraciones del imputado y lo que suceda en la audiencia. El acto concluirá con la lectura y firma del acta por los intervinientes.

En los casos de *abstención total o parcial* del imputado o si *rehúsa firmar el acta*, se dejará constancia de tal circunstancia, lo mismo que si no puede o no sabe firmar imprimirá su huella digital.

5.2.4 Prohibiciones y limitaciones que prevé el Código Procesal Penal para la declaración indagatoria.

Entre las prohibiciones expresas y que podrían tornar inválida dicha actividad, se pueden mencionar:

- a) *En ningún caso, la Policía Nacional podrá tomar declaración indagatoria al imputado, aunque conste el consentimiento del imputado o aprehendido, de su abogado defensor, ni siquiera en casos de urgencia;*
- b) *El imputado declarará siempre con libertad de movimiento, sin el uso de esposas u otros elementos de seguridad, salvo cuando sea absolutamente indispensable para evitar su fuga o daños a otras personas;*
- c) *Declarará únicamente con la presencia de las personas autorizadas para asistir al acto o frente al público cuando la ley lo permita;*
- d) *No se permitirá el careo obligatorio del imputado;*
- e) *Tampoco se permitirá que declare bajo promesa alguna, medio de presión que vulnere su voluntad, y;*
- f) *Tampoco se le podrán formular cargos durante la indagación o requerirle respuestas perentorias.*

5.2.5 Desarrollo de la declaración cuando existan varios imputados.

Cuando sean varios imputados que deban prestar declaración, los mismos estarán incomunicados entre sí, hasta que se realicen todas las declaraciones.

Un sector de la doctrina cuestiona este dispositivo en el sentido que si la declaración indagatoria constituye un medio de defensa y no un medio de prueba, mal podría obligarse al mismo a la incomunicación (abandonando el recinto en el que los demás coimputados prestan declaración), ya que su negativa a dicha incomunicación no podría generar una consecuencia negativa en la situación procesal de aquél (por ejemplo, constituiría un acto concreto de obstrucción a la investigación).

Pero, como dejamos a salvo en el módulo de los deberes de las partes, el imputado está obligado a litigar conforme a las reglas de la buena fe y en tal contexto, lo que se pretende con la incomunicación del imputado con otros coimputados antes de prestar declaración, es que coadyuven en la correcta investigación, y con tal postura, no están obligados a la autoincriminación, ni a colaborar en

la construcción de su incriminación, sino simplemente en la dilucidación del hecho, en forma totalmente neutra a su posición jurídica.

5.2.6 ¿Cuál es el valor de la declaración del imputado?

Si bien advertíamos que la declaración indagatoria no es un medio de prueba, como defensa material trascendental que efectúa el imputado, si el mismo declara varias veces, se debe valorar la última que prestara en el proceso, salvo que en cuanto a las contradicciones manifiestas respecto a las anteriores deposiciones, no pueda justificar razonablemente los motivos de aquéllas. De cualquier manera, siempre debe tenerse en consideración la posición esgrimida por el imputado a través de su declaración, ya que por el principio acusatorio, la desvaluación de los extremos alegados por aquél es una carga y responsabilidad exclusiva del acusador público o privado, según el caso.

Señala la doctrina que la declaración indagatoria consiste en el acto indispensable por el cual el imputado voluntariamente informa sobre las circunstancias que lo favorecen, niega la pretensión represiva hecha valer contra él, o reconoce una de menor entidad o, finalmente, brinda la información que estima conveniente. El alcance preciso de este concepto genérico, tiende a destacar que la declaración del imputado es un acto voluntario por cuanto también es voluntaria su abstención, pues la carga de la prueba -*como dijimos*- corresponde al que acusa.

La declaración indagatoria, insistimos, es un medio de defensa material y no de prueba, por lo que el imputado debe tener libertad para exponer lo que crea conveniente, en un ambiente conveniente. Es por ello que se ha proscrito el interrogatorio de tipo inquisitivo, hecho con interrupciones, apremios y preguntas sorpresivas, como una trampa dispuesta para hacerlo confesar. Se procura, al mismo tiempo, la mayor fidelidad posible del acta, que ha de contener sus manifestaciones en la mayor cercanía con lo que verbalmente sostuviera.

6. Necesidad de una defensa técnica.

La defensa técnica es la que desarrollan los abogados matriculados (*excepto, los defensores públicos que no requieren matriculación*), ya sea en calidad de procuradores o patrocinantes, representando los intereses jurídicos y procesales de la parte imputada. Sus normas de actuación están reglamentadas por las figuras del mandato y la representación de actos jurídicos, previstas en el Código Civil, aunque en materia penal basta una simple *carta* de nominación, sin otras formalidades, para que comience a surtir efecto la representación que invoque el defensor.

El imputado tendrá el derecho de elegir un abogado defensor de su confianza. Si no lo hace, el juez le designará un defensor público, independientemente de su voluntad.

Si prefiere defenderse por sí mismo, el juez lo permitirá sólo cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica, aunque es menester aclarar que esta disposición, en ningún caso, debe entenderse en términos absolutos y extremos, ya que en algún momento de la diligencia el *imputado abogado* precisará de la asistencia de un defensor por la concurrencia o simultaneidad de actos y cargas que exigen el cumplimiento del control de las distintas diligencias del proceso (*véase el caso hipotético del imputado abogado que juntamente con otros coimputados deban prestar declaración en la vista oral y pública y éste decida hacerlo, coyuntura que obligará que abandone el recinto del juicio, mientras los demás declaren y éste no lo haga, por lo que requerirá de un defensor que controle la diligencia durante su obligada ausencia*).

En este sentido, sólo podrán ser defensores los abogados matriculados, salvo el caso de los defensores públicos y los imputados abogados, a quienes se les exige el cumplimiento de la designación del cargo (para el primero) y el título de abogado (para el segundo), respectivamente.

Anticipamos que el nombramiento del defensor no estará sujeto a ninguna formalidad. Una vez designado por el imputado por cualquier medio oral o escrito, aceptará el cargo ante la autoridad que corresponda, haciéndose constar en acta y el reconocimiento de su personería será inmediato, sea esta ante las autoridades de la Policía, del Ministerio Público o el Juez, según el caso.

Un caso diferenciado, pero dentro del mismo contexto de lo que se reputa defensa técnica, constituye la autodefensa técnica que despliega el imputado abogado y que por tal motivo no requiere la asistencia de un profesional letrado, salvo que éste opte por ser asistido por uno, con la aclaración que se consignara párrafos atrás de que tal nomenclatura no debe entenderse en posiciones extremas, por la eventual afectación del derecho a la defensa que se podría generar por una respuesta afirmativa o negativa, en términos absolutos.

Una cuestión que merece puntualizarse es el atinente a que el artículo 17.5 de la CN señala que en el proceso penal o en cualquier otro del cual pudiera derivar pena o sanción la persona tiene derecho a defenderse por sí misma, con lo cual, se infiere, que nadie puede ser obligado lo que expresamente no está prohibido (todo lo que no está prohibido está permitido), aspecto que develaría que, con prescindencia de los conocimientos técnicos el ciudadano puede optar por ejercer su propia defensa. Esta coyuntura sería perfectamente compatible con un sistema de enjuiciamiento por jurados, en el que el órgano que juzga los hechos y emite el veredicto de culpabilidad o no culpabilidad es un colegiado de legos, sin la exigencia de conocimientos técnicos y forenses como los exigidos en nuestro modelo. Pues bien, al excluirse del catálogo de derechos procesales (recuérdese que dicho instituto era exigencia según surge de la CN de 1870) el juzgamiento a cargo de jurados, el sistema de enjuiciamiento forense estrictamente (litigio con resolución a cargo de jueces técnicos), pondría en una situación clara y objetivamente desventajosa al imputado que pretende ejercer por sí mismo su defensa, pero que carezca de las habilidades del oficio jurídico, por lo que podríamos concluir que si se postula la autodefensa sin conocimientos de la experticia jurídica, por mandato constitucional, al mismo tiempo, estaríamos menguando otro derecho de idéntica jerarquía normativa, cual es, el derecho constitucional del acceso a la justicia en igualdad de oportunidades.

Finalmente, es una decisión político-criminal de los legisladores, ya que tampoco resulta un extremo permitir la autodefensa sin el cimiento de los conocimientos jurídicos por parte del ejercitante, pero restaría eficacia, o, cuanto menos, eficiencia, el ejercicio de una defensa amplia con el uso de toda la gama de recursos y planteos que podría abonar el buen conocimiento de la ciencia penal, en este caso. En otros términos, no puede existir una decisión absoluta en este contexto, pero sí una postura -como la consignada precedentemente-, también fundada en cimientos constitucionales que permiten razonabilidad y sustentabilidad a la decisión adoptada por los legisladores con relación al CÓDIGO PROCESAL PENAL en lo que atañe a la prohibición de la auto defensa del imputado que no dispone de los conocimientos técnicos para su ejercicio.

6.1 Facultades del defensor técnico.

6.1 Situación del imputado privado de libertad.

Cuando el imputado esté privado de su libertad, cualquier persona podrá proponer, por escrito, ante la autoridad competente, la designación de un defensor, la que será puesta a conocimiento del imputado inmediatamente; en caso de urgencia, comenzará a actuar provisionalmente el defensor propuesto. También, el imputado podrá designar nuevo defensor, pero el anterior no podrá renunciar a la defensa, hasta que el nombrado acepte el cargo.

Si bien podrá designar los defensores que considere convenientes, no podrá ser defendido *simultáneamente por más de dos abogados en las audiencias orales o en un mismo acto*. Cuando intervengan dos o más defensores, la notificación realizada a uno de ellos tendrá validez respecto a todos.

6.2 Defensor que actúa con mandato o poder especial.

Cuando se trate de hechos punibles de acción privada o en aquellos que no prevén pena privativa de libertad, el imputado podrá ser representado por un defensor con poder especial para el caso, quien lo podrá reemplazar en todos los actos.

Bastará, entonces, la presentación escrita o las manifestaciones orales que efectúe este defensor para considerarse las propias manifestaciones del imputado, ya que el cargo de defensor bajo estas condiciones, implica facultad para contestar declaraciones como si el propio imputado prestara declaración en cualquiera de los aspectos que prevé el Código Procesal Penal.

6.3 La defensa pública.

El defensor público tendrá todas las facultades y deberes previstos por este código y por su ley de organización, aunque lo positivo que se puede extractar es que finalmente desde el año 2012 entró en vigencia la Ley Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública.

6.4 Los asistentes no letrados.

Si las partes pretendan valerse de asistentes no letrados que colaboren en su tarea, darán a conocer sus datos personales, expresando que asumen la responsabilidad por su elección y vigilancia.

Corresponderá a los *asistentes no letrados* el cumplimiento de tareas accesorias y no podrán sustituir a las personas a quienes asiste en los actos propios de su función. Se permitirá que asistan en las audiencias bajo control de la parte que está usufructuando esta figura, pero no podrán intervenir en los actos procesales que se verifiquen en las audiencias.

Esta norma regirá también para la participación de los estudiantes que realizan su práctica jurídica.

6.5 Los consultores técnicos.

Si alguna de las partes considere necesario ser asistida por un *consultor* (*experto en una ciencia, arte o técnica*) deberá proponérselo al juez o tribunal, el que lo designará según las reglas aplicables analógicamente para los peritos, sin que esta circunstancia pueda considerarse que asumen tal carácter. El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales, hacer observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen y se dejará constancia de sus observaciones en el acta del juicio. En las audiencias podrá acompañar a la parte con quien colabora, auxiliarla en los actos propios de su función, interrogar directamente a los peritos, traductores o intérpretes, y concluir sobre la prueba pericial, siempre bajo la dirección de la parte a la que asiste. En el caso del Ministerio Público que requiera la asistencia de un *consultor técnico*, los designará directamente y sin necesidad de resolución judicial.

Lo que debe quedar claro en este punto, es que el consultor técnico más allá que disponga los conocimientos técnicos propios de un perito –*muchas veces, son peritos de otras causas los que asisten en dicha condición a las partes*–, la conclusión del mismo no equivale a un dictamen pericial, porque carece de las atribuciones para dicho menester, y, fundamentalmente, porque no siguieron una secuencia procedimental (*formal*) con estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1 (párrafo final) del Código Procesal Penal que garantice el control y participación de las partes de la experiencia técnica.

6.6 Deberes u obligaciones del defensor técnico.

6.6.1 Renuncia y abandono de la defensa.

El defensor podrá renunciar al ejercicio de la defensa, sin mayores fundamentos de tal determinación. En este caso, el juez fijará un plazo para que el imputado nombre a otro, aunque mientras no se produzca la sustitución, el anterior defensor seguirá actuando. En el caso que el imputado no designe un nuevo defensor, el juez de oficio designará a un defensor público.

La renuncia del defensor en el juicio oral y público no está permitida, salvo causas graves advertidas y consideradas por el tribunal de sentencia.

Si a pesar de esta protección a favor del imputado, el defensor abandona su cometido durante la audiencia oral y pública podrá ser condenado al pago de las costas del procedimiento, sin perjuicio de otras sanciones administrativas y legales que pueda soportar.

En cuanto al nuevo defensor que deba asumir la intervención en el juicio oral y público, éste podrá solicitar la suspensión de la vista por un lapso que no superará los tres días para discernir la defensa del representado.

6.7 Exclusión del defensor técnico.

6.7.1 Casos de sustitución y del defensor común.

La sustitución de uno de ellos no alterará trámites ni plazos. No se admitirá la defensa de varios imputados en un mismo procedimiento por un *defensor común*, salvo cuando

el juez lo permita porque entiende que no existen incompatibilidades para el ejercicio del ministerio en tales condiciones. No obstante y en cualquier momento, si el juez advierte la existencia de incompatibilidades las corregirá de oficio, disponiendo todo lo necesario para la sustitución del defensor común.

Capítulo 9

La Estructura del Procedimiento Ordinario y la Etapa Preparatoria

1. Comprensión del modelo acusatorio y la necesidad de configurar diferentes etapas.

El procedimiento ordinario está dividido *-desde su inicio hasta el dictado de una sentencia definitiva-* en **tres etapas** (en sentido estricto), lo que, *contrariu sensu* y con un sentido lato *-ya que no todas las veces, la actividad de las partes culmina con aquellas-*, nos obliga a incorporar otras dos etapas más a las antes señaladas, de cuya sumatoria se tienen *cinco etapas*, las cuales cumplen finalidades diferenciadas (consideradas individualmente), pero sin perder de vista la idea unificadora de redefinir el conflicto derivado del hecho punible de la manera más sencilla, económica y ajustada a las exigencias constitucionales del juicio previo.

Una primera etapa que denominamos **preparatoria** en la que prevalece la dirección de la investigación del hecho y de las personas vinculadas con aquél a cargo de un órgano estatal y oficial llamado Ministerio Público.

La segunda etapa que llamamos **intermedia** que como su denominación lo indica, constituye un *cedazo o actividad preliminar de control a cargo de las demás partes -la defensa técnica, principalmente-* a los efectos de corregir las deficiencias de la acumulación informativa de la etapa anterior y sobre cuya base se perfeccionan los presupuestos para garantizar la seriedad de la pretensión del órgano fiscal, claro está, sin perder de vista la trascendencia de las posiciones que puedan adoptar las demás partes. Esta etapa, en la doctrina también recibe el nombre de *crítica de la investigación fiscal o crítica de la instrucción*, tarea que se efectúa bajo la conducción del Juez Penal de Garantías.

La tercera etapa es la más importante y trascendente en el modelo de proceso que propone el Código y que es la del **juicio oral y público**, secuencia a la que se puede acceder, siempre y cuando la acusación analizada horizontalmente por las partes en la etapa anterior *-la intermedia-*, haya sorteado positivamente las objeciones (*vicios o cuestionamientos formales o sustanciales u otras salidas que precisamente pretenden extinguir o concluir el proceso antes de ir al juicio oral y público*) que esgrimieran las partes, por lo que en este momento procesal cobran plena y absoluta vigencia los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, economía, progresividad, concentración, contradicción y congruencia.

La culminación de este momento procesal *-el punto central hacia el cual debe tender el esfuerzo jurídico del órgano de acusación-*, permite colmar las expectativas constitucionales en forma coherente con el diseño republicano y democrático de resolución de conflictos de naturaleza penal. No obstante y así anticipábamos, añadimos otras dos etapas no menos importantes que las precitadas, pero cuya realización dependerá de lo que se produzca en las dos anteriores, por lo que estrictamen-

te muchos doctrinarios no la ubican en el contexto de lo que se entiende por *etapas del procedimiento ordinario*. Y esto es así, porque no hablamos de *procedimiento* solamente, sino del *debido proceso penal que abarca no sólo la aplicación del derecho, sino el hacer ejecutar lo juzgado por el juez o tribunal que dictó la sentencia*.

En este orden de ideas, si es que alguna de las partes considera que la sentencia del juicio oral y público no satisface sus expectativas o intereses por razones expresamente coincidentes con las permitidas en la ley procesal penal, puede poner en movimiento nuevas instituciones que proveen fundamento a la *cuarta etapa* que se conoce propiamente como *recursiva*, permitiendo a las partes impugnar las decisiones en la forma y tiempo que expresamente el Código prevé.

Finalmente, si la sentencia no es impugnada o, directamente no se altera por efecto de la impugnación no admitida, aquélla adquiere *autoridad de cosa juzgada* y por ende, corresponde dar inicio a la *quinta etapa de ejecución penal*. Dicho de un modo más técnico, lo que persigue como finalidad dicha etapa es la de monitorear la forma, condiciones y circunstancias sobre las cuales se cumpla el *contenido punitivo* de la decisión y en ese sentido se conmina dicha labor a un órgano jurisdiccional que tomará a su cargo el seguimiento y control de todo lo que concierne al cumplimiento de la pena.

2. La Etapa Preparatoria o la fase de investigación.

Es la primera de las secuencias que comprende el procedimiento ordinario y como las normas del Código las definen, tiene por objeto la realización de una serie de actos (diligencias) para descubrir la verdad del hecho investigado, si a la luz de las tareas de investigación efectuadas se puede inferir razonablemente la presencia de un delito o crimen (según las categorías del Código Penal) y con estos elementos establecer el nexo de relación entre *delito y personas imputadas*, todo esto, a los efectos de individualizar del modo más concreto y seguro posibles, el grado de participación que los mismos tuvieron en el hecho punible. Esas informaciones reunidas en esta etapa servirán como “*elementos de convicción*” o “*caudal probatorio*” que usará el Ministerio Público para sostener una acusación que también podría servir para la querrela adhesiva que necesariamente deberá ceñirse a los requisitos previstos en el Código para la acusación fiscal. Sin embargo, si al culminar la investigación -*la etapa que estamos analizando propiamente*- esos elementos de convicción no le permiten formular una acusación seria y fundada, podrá usarlos en un sentido distinto, vale decir, requiriendo otros actos conclusivos a la investigación desplegada y que pueden consistir en *Salidas Alternativas* (aplicación de criterios de oportunidad, suspensión condicional del procedimiento, la conciliación, la abreviación del juicio) o solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional, según las circunstancias del caso.

De la descripción antedicha, se puede colegir que el sujeto esencial encargado de esta investigación es el Ministerio Público que bien sabemos, debe conducir su labor en forma *objetiva*, sin perder de vista que no es un órgano de acusación, sino un representante de la sociedad que coadyuva en procurar la averiguación real de los hechos puestos a su consideración, recabando todos los elementos y del estudio desapasionado de la información que obligatoriamente debe recabar para la averiguación de lo realmente acaecido, debe medir qué aspectos de los recolectado permiten sindicar o imputar y qué resultan más bien como descargo respecto a la persona del o los imputados.

En esta etapa, además, el Ministerio Público no actúa en forma aislada, porque activamente es asistido por la Policía Nacional en su actividad preventiva y con el agregado importantísimo de sus cuadros orgánicos especializados integrado por auxiliares técnicos y una Policía Judicial que, si bien a la fecha no está debidamente organizada (*alguna vez fue desplegada -aunque sea en forma incipiente- por el Centro de Investigación Judicial dependiente de la Fiscalía General del Estado*),

pero que es trascendental su conformación a los efectos de contribuir con la “civilidad” y “funcionalidad” de la investigación. Esto no significa que el Ministerio Público en la etapa de investigación olvide al verdadero y directo afectado por el hecho punible *-la víctima-*. Al contrario, el régimen previsto en el CPP le brinda posibilidades efectivas que antes no disponía y que mejoran su posición, aunque del cotejo entre ventajas y desventajas, la desproporción sigue siendo manifiestamente negativa para la víctima (*principalmente la de escasos recursos que en los hechos tiene vedada el acceso eficaz y eficiente al sistema judicial*).

En este nivel, la víctima puede intervenir en el procedimiento (*en forma voluntaria y a veces obligatoria en la dilucidación del caso*) y hasta sustituir la ausencia de su denuncia *-en los hechos punibles de acción pública dependiente de instancia-* cuando el damnificado sea una persona incapaz o un menor. Asimismo, la víctima tendrá derecho a una información preliminar en su primera solicitud de intervención y consecutivamente *-siempre que lo solicite-* ser informada del avance de la investigación a más de proveer indicaciones que estime conducentes para la averiguación del hecho y de las personas imputadas.

Si bien la etapa preparatoria incorrectamente se la asimila a la del juicio propiamente, ello no es así y por efecto de esta particular naturaleza, se pueden extraer dos posibilidades concretas:

- a) *No es pública, lo que no equivale a decir que es “secreta”, ya que las partes que intervienen formal o informalmente pueden acceder al conocimiento esencial de los actos de investigación mediante la información que los fiscales les provean, ya que la Constitución prohíbe que las personas imputadas sean presentadas públicamente en la calidad que revisten, todo esto, en aras a una mejor preservación de la presunción de inocencia;*
- b) *En ciertos casos -que son excepcionales- el Ministerio Público puede disponer la reserva parcial de las actuaciones para las partes siempre y cuando fundamente razonablemente tal solicitud, que el Juez Penal le autorice para una sola ocasión, que se trate de uno o varios actos concretamente, que su duración no exceda los diez días corridos (se computan días inhábiles, también) y que tal decisión jamás podrá afectar la comunicación entre el imputado y su defensor técnico;*
- c) *Por el principio adquisitivo de la verdad real, el Ministerio Público deberá velar por el cumplimiento irrestricto de los derechos y garantías de las partes, en especial, del imputado, ya que su actuación objetiva no permite estrategias “sorpresivas” tendientes a debilitar la defensa.*

La CN en su artículo 17.10 establece que el sumario no podrá durar más del plazo fijado en la ley, de lo permite discernir que la expresión *sumario (utilizada por el sistema inquisitivo y más propiamente por el CPP de 1890)* se asimila a la *investigación a cargo del fiscal* en el nuevo proceso, todo esto, por virtud del Artículo 45 del mismo texto de la Ley Fundamental que hace *extensiva la interpretación de otros derechos y garantías no enunciadas que implícitamente están comprendidos en el contexto del sistema declarativo y expreso de las garantías del debido proceso consignados en el catálogo del artículo 17 de la CN*. De ahí, entonces, que por un imperativo constitucional, el plazo máximo de investigación a cargo del fiscal quede reglamentado en el Código Procesal Penal, señalando que el mismo no podrá exceder los seis meses.

Ahora bien, el problema *-realmente no debe entenderse como tal, porque las garantías de la duración limitada del proceso y consecuentemente de todas las etapas que contiene, no pueden interpretarse restrictivamente-* del cómputo del plazo de los seis meses, debe sujetarse a los siguientes parámetros legales:

- a) *El Libro Preliminar cuyo acápite es contundente cuando dice: “Principios y Fundamentos”, establece en su artículo 6° el momento a partir del cual se inicia el cómputo de la investigación*

- a los efectos del ejercicio de los derechos del imputado en el procedimiento penal, que lógicamente debe producirse en el marco de una investigación fiscal, prescindiendo para ello de una posterior o concomitante formalización y comunicación de la imputación al juez penal;*
- b) El acto formal de “comunicación del inicio de la investigación fiscal” se debe producir en un lapso de seis horas a partir del conocimiento fehaciente de la noticia del hecho (denuncia, intervención policial preventiva, etc.);*
 - c) Transcurrido dicho plazo (de seis horas), el procedimiento de investigación fiscal se consolida y cualquier persona contra la cual se sindique como participante en el hecho comunicado por el fiscal al juez penal puede presentarse a ejercer todos los derechos y garantías que le reconocen la Constitución, el Derecho Internacional vigente y este Código;*
 - d) La confusión surge por una distinción que ni la doctrina ni la ley efectúan, cuando se pretende señalar que la perentoriedad del plazo máximo de duración del proceso es de tres años a contarse desde el primer acto del procedimiento, con lo cual se busca cercenar -a manera de ejemplo- los miembros de un cuerpo. En otras palabras, proceso y etapa preparatoria serían cosas distintas, cuando que realmente una es el continente y la otra uno de sus contenidos. De esta manera, la suerte de un elemento accesorio debe seguir la suerte del principal y aun más, por aplicación del principio que “ahí donde la ley no distingue, el intérprete no tiene que distinguir”, cae de maduro que el cómputo de los plazos de duración máxima del proceso y consecuentemente de la etapa preparatoria se inicia después de las seis horas de producirse la comunicación formal de la investigación fiscal al juez penal;*
 - e) Aparentemente quedaría descolgada el “acta de imputación” que formula el fiscal ante el juez penal, subentendiéndose que aquélla es una suerte de equivalencia al “procesamiento” previsto en el derogado CPP de 1890. Empero, el acta de imputación no es otra cosa que una “simple comunicación” con el detalle sucinto de los hechos y el derecho que pretende sostener al culminar su investigación el Fiscal para acusar a una persona imputada y la constatación de esta naturaleza se da con la informalidad de dicho acto procesal que no debiera provocar alguna impugnación (aspecto formal y típico de los actos susceptibles de ser recurridos);*
 - f) De esta manera, el acta de imputación fiscal que se realiza ante el Juez Penal y las normas que señalan que por dicho acto procesal de “tiene por iniciado el procedimiento”, no hace otra cosa que poner a conocimiento del órgano jurisdiccional una situación anteriormente acontecida y ya comunicada también a éste (dentro de las seis horas), pero con una finalidad distinta: señalando que de su investigación preliminar tiene sospechas serias para imputar a una persona y que su actividad la desplegará en ese sentido, prometiendo que en el lapso que propone tendrá por finalizada su investigación y acusará al sindicado;*
 - g) Este “conocimiento formal” y la posterior manifestación del Juez Penal de “tener por iniciado el procedimiento”, responden a la garantía de “certeza” y “seguridad” que deben proveer los magistrados a los justiciables, ya que por este conducto, es el Juez Penal el que “fijará el plazo razonable para la presentación eventual de la acusación prometida por el fiscal a la luz de su imputación”, pero esa fijación no la puede computar –en detrimento de lo que disponen todas las reglas procesales relativas al ejercicio de las garantías, entre las cuales, se encuentra a la duración máxima de la investigación (artículo 17.10 de la Constitución Nacional)- desde un momento posterior a la presentación de la imputación, ya que la investigación fiscal comenzó mucho antes y que formalmente se produce con la comunicación del inicio de la investigación fiscal al mismo Juez Penal, y;*
 - h) Es por este motivo que si tenemos dos formas de cómputo (una, que parte desde el inicio de la investigación luego de las seis horas de la noticia del hecho y la otra desde el comienzo del procedimiento por decisión judicial tras la presentación del acta de imputación), se debe interpretar la primera de las formas consignadas, todo esto, en estricta aplicación de lo que rezan los artículos 16, 17.1, 17.10 de la Constitución Nacional y 5 (duda) y 10 (interpretación) del CPP, respectivamente.*

Sin embargo, a pesar de la sencillez de las reglas señaladas, es importante efectuar una última ponderación para que el lector tenga una clara convicción de los distintos niveles en que se podrían producir *conflictos* de interpretación acerca del cómputo del plazo de duración máxima del procedimiento y de la etapa preparatoria, propiamente:

- a) *El plazo máximo de duración del procedimiento de **cuatro años**, se computa desde el primer acto del procedimiento, es decir, luego de cumplirse las seis horas de comunicado el hecho al juez penal o al Ministerio Público, según el caso.*
- b) *Desde principios del año 2004, la jurisprudencia de los tribunales alteró esta modalidad –que resulta incompatible con los principios de garantía, en el sentido de dicho cómputo se inicia recién desde la formulación del Acta de Imputación, tal como lo prevé el artículo 303 del CPP, aunque no resulta ocioso advertir que esta es una postura compartida por los Tribunales de la República -en la mayoría de los casos-, pero conforme a lo acotado precedentemente, la doctrina republicana y constitucional tendría que ajustarse al inicio de la investigación (luego de transcurrir seis horas desde que el hecho ingrese al sistema judicial por cualquiera de los conductos, tal como lo prescribe el artículo 6 del CPP).*
- c) *El plazo de duración de la etapa preparatoria **6 (seis meses)** comienza a operar, desde la formulación del Acta de Imputación (artículo 303 del CPP); dicho momento podría iniciarse mucho antes de dicha presentación, si es que el Ministerio Público dictó –con anterioridad al acta de imputación- una medida de coerción directa contra una persona (detención preventiva, aprehensión, allanamientos y secuestros de evidencias, etcétera), siempre que la persona afectada por el acto pueda ser individualizada y atribuida como eventual autor o partícipe de un hecho punible.*

En consecuencia, con estricto apego a la ley procesal penal (*sin adentrarnos a las variantes señaladas precedentemente por la jurisprudencia nacional*), si ha transcurrido un lapso desde la comunicación dentro de las seis horas del inicio de la investigación fiscal al Juez Penal (con individualización de la persona imputada a la cual se sindicó la autoría de un hecho punible) y el requerimiento formal de atribución del hecho al imputado (Acta de Imputación), el órgano jurisdiccional deberá fijar la fecha en la cual el Fiscal presentará la acusación tomando en consideración la importancia y naturaleza del hecho y sobre la base del cómputo iniciado después de las seis horas de conocimiento del inicio de la investigación que le proveyera el funcionario del Ministerio Público. Más en la práctica por la distorsión de la jurisprudencia -*si así se la puede denominar*-, se ha sentado el criterio de que el cómputo del plazo de la etapa preparatoria (hasta seis meses) principia desde la notificación del Acta de Imputación, en los términos del artículo 303 del CPP. Si bien esta no es la postura del infrascripto, no puedo menos que advertir al estudiante que este es uno de los aspectos sensibles entre “*teoría*” y “*praxis*” que enfrenta un auténtico divorcio entre la ciencia y lo meramente pragmático y forense.

Lo importante es que el lector pueda interpretar la discrepancia y que en estricto prurito académico, el plazo de duración de la etapa preparatoria tendría que ir desde que exista una sindicación directa hacia la persona sospechosa en forma razonable, y, esto último, precisamente, no coincide o no ocurre concomitantemente con la formulación del Acta de Imputación, pudiendo darse con mucha antelación entre la “*comunicación del inicio de la investigación*” y la “*presentación y posterior notificación del Acta de Imputación*”.

Ahora bien, ese plazo máximo ordinario que puede durar la investigación fiscal puede extenderse bajo dos circunstancias específicas:

- a) *Por medio de una **prórroga del plazo ordinario** que la concede el Juez Penal, siempre que no haya transcurrido el plazo máximo previsto de seis meses y lo podrá presentar hasta la fecha fijada para formular su eventual acusación.*

En este punto conviene aclarar que la solicitud de prórroga debe formularse por escrito fundado del Ministerio Público y en el cual señale clara y razonablemente los motivos que impidieron culminar los actos de investigación, señalando en forma sucinta cuáles serían algunos elementos determinantes pendientes de diligenciamiento. La concesión de la prórroga requiere una previa audiencia con el imputado (no es necesaria la presencia personal del mismo, salvo que así lo exprese la convocatoria del Juez Penal, ya que los defensores técnicos son los autorizados para fundar la pretensión de aceptación u oposición a la pretensión del Fiscal) en un plazo no inferior de **cinco días (como surge de la norma genérica de audiencias, según el artículo 163 del CPP)**, en la que oyendo la posición de la parte imputada -como debe ocurrir en todos los casos de audiencias orales en cualquiera de las etapas del proceso-, el Juez Penal resolverá inmediatamente acerca de la procedencia o no de lo requerido por el Fiscal. Ante la posibilidad de la existencia de un agravio, las partes afectadas por la resolución, se podría recurrir por vía de apelación general. También podría darse el caso en que la solicitud de prórroga carezca de fundamento o la misma sea insuficiente –como lo exige taxativamente el artículo 55 del Código Procesal Penal-, el Juez Penal también observará el trámite de la audiencia oral con la parte imputada e inmediatamente resolverá lo que corresponde, aunque la posibilidad de una desestimación es altamente probable por la inobservancia del precepto antes señalado;

*b) Por medio de una **prórroga extraordinaria** que deberá plantearse directamente ante el Tribunal de Apelación en lo Criminal por el Ministerio Público y cumpliendo con los mismos presupuestos que antes se indicaron para la prórroga ordinaria.*

En este caso, el plazo máximo ordinario resulta insuficiente para culminar la investigación, pero su concesión está prevista solamente para dos casos:

- 1) la naturaleza compleja de las causas por varios hechos punibles investigados (el Código habla de multiplicidad, aunque lo importante podría ser la magnitud del valor de las cosas y bienes en juego, la conexidad que también implica una mayor concentración de esfuerzos para culminar la investigación, etc.) o por la existencia de varios imputados (sin importar que algunos hayan sido imputados concretamente ante el Juez Penal, bastando que la investigación se dirija hacia varias personas), y;
- 2) la necesidad de realizar una o varias pruebas en el extranjero (lo que impide asegurar el cumplimiento de los plazos, porque se trata de casos en los cuales la voluntad de celeridad no depende de los órganos judiciales de la República) o que una o varias pruebas de complejidad técnica o que requiera estudios pormenorizados, pongan en peligro por lo exiguo del plazo ordinario su frustración o culminación en forma correcta.

Es lógico que la solicitud de prórroga extraordinaria prevé otros requisitos no contemplados en la ordinaria, tales como: la indicación precisa del tiempo que se necesita para culminar la investigación, que la solicitud se efectúe indefectiblemente a más tardar con una antelación de quince días de la fecha fijada para acusar originariamente y que el Tribunal de Apelaciones en lo Criminal fijará la prórroga extraordinaria directamente, vale decir, sin necesidad de una audiencia previa con el imputado. Demás está decir que la concesión de la prórroga extraordinaria sólo se podrá requerir y otorgar por una sola vez y nunca podrá constituir ampliación del plazo máximo de duración del procedimiento previsto por el Código.

3. La actividad durante la Etapa Preparatoria.

3.1 Funciones otorgadas al Ministerio Público.

En todos los casos, la investigación que despliega el Ministerio Público con el auxilio de la Policía Nacional (*también tendríamos que hacer mención aquí de la Policía Judicial, pero dada la ausencia de articulación hasta el presente resulta inoportuna tal extensión*) se sujetarán al control judicial.

Así lo estipulan los siguientes preceptos del Código Procesal Penal que comentaremos, sin orden cronológico, sino en lo sustancial y temático:

Artículo 56. 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.

Artículo 316. Facultades del Ministerio Público. *El Ministerio Público practicará todas las diligencias y actuaciones de la Etapa Preparatoria que no precisen autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional.*

El Ministerio Público podrá exigir informaciones de cualquier funcionario o empleado público, emplazándolos conforme a las circunstancias del caso.

Todas las autoridades públicas están obligadas a colaborar con la investigación, según sus respectivas competencias y a cumplir las solicitudes o pedidos de informes que se realicen conforme a la ley.

Esta disposición es objeto de controversia, fundamentalmente, porque en la práctica el órgano fiscal encargado de la investigación realiza actos que requerirían orden judicial (solicitud de informes, remisión de datos que podrían comprometer la confidencialidad de las instituciones que cautelan información de las personas, operaciones técnicas, etcétera), por lo que el poder coercitivo debe entenderse con el límite que le impone la misma norma en cuestión, es decir, sin sustituir actos que exigen intervención necesariamente jurisdiccional.

Ejemplo: un pedido de informe a una entidad pública o privada requiriendo la remisión de documentos para una investigación abierta (informalmente, cuanto menos y con los alcances expuestos entre actos de mera investigación y formalización de la investigación con imputación), no equivale a la intromisión en facultades jurisdiccionales, claro está, siempre que el órgano fiscal guarde la reserva de las actuaciones como lo exige uno de los preceptos que también se transcribe en este cúmulo.

Se dirá que esta es la regla vulnerada por el Ministerio Público, pero también la vulnera el Poder Judicial, de ahí que el problema no sea con el exceso de atribuciones o facultades, sino con la práctica nefasta de filtrar información confidencial y relevante por cuestiones ajenas a la funcionalidad de la institución, sino por la corrupción en cualquiera de sus manifestaciones.

Artículo 52. Funciones. *Corresponde al Ministerio Público, por medio de los agentes fiscales, funcionarios designados y de sus órganos auxiliares, dirigir la investigación de los hechos punibles y promover la acción penal pública. Con este propósito realizará todos los actos necesarios para preparar la acusación y participar en el procedimiento, conforme a las disposiciones previstas en este código y en su ley orgánica.*

Tendrá a su cargo la dirección funcional y el control de los funcionarios y de las reparticiones de la Policía Nacional, en tanto se los asigne a la investigación de determinados hechos punibles.

Artículo 315. Investigación Fiscal. *Cuando el Ministerio Público, de oficio, tenga conocimiento de un supuesto hecho punible, por cualquier medio fehaciente, o por denuncia, querrela, intervención policial preliminar, impedirá que el mismo produzca consecuencias, promoverá y dirigirá su investigación, con el auxilio directo de la Policía Nacional o de la Policía Judicial.*

El Ministerio Público investigará para tratar de fundar la solicitud de apertura a juicio, pero se abstendrá de acusar cuando no encuentre fundamento para ello o los elementos que haya recogido no sean suficientes para lograr una condena.

Artículo 319. Conflicto de Competencia. *El trámite de un conflicto de competencia no eximirá al Ministerio Público del deber de practicar los actos de investigación.*

Estos dispositivos ponen en práctica el criterio *objetivo de actuación del Ministerio Público*, destacando dos cuestiones puntuales: a) *la obligatoriedad del ejercicio de la acción pública, cuando existan elementos de sospecha razonable sobre la existencia de un hecho punible (con la posterior carga de imputar, cuando logre identificar o individualizar al o los sindicados), y; b) dirigir su investigación hacia la construcción de un caso racional y sustentable, tratando, primeramente, de fundar una solicitud de apertura a juicio, y, de no ser posible esto, promoverá la clausura anticipada del procedimiento por cualquiera de las vías que analizaremos más adelante.*

Con relación al *conflicto de competencia* merecen puntualizarse dos situaciones, a menuda, propias en las investigaciones fiscales: a) *la indeterminación del juez competente para entender en el control judicial de los actos que requieran su pronunciamiento durante la investigación, y; b) la recusación del o los fiscales encargados de la investigación que no determinan quién o quiénes serán los funcionarios finalmente asignados a la tarea de continuar o formalizar los actos de investigación.*

En el primer supuesto, recuérdese que las reglas formales concernientes a la competencia no pueden prevalecer sobre la necesidad y urgencia de ciertos actos que requieran autorización judicial para evitar la frustración de la investigación, por lo que no existe justificativa jurídica para incursionar en el engorroso trámite de esperar la *firmeza de decisiones que permitan emitir auxilios judiciales para actos trascendentales de investigación* (Ejemplo: anticipos jurisdiccionales en casos de urgencia, medios auxiliares y coercitivos para obtener información -*allanamiento, cateo, secuestros, interceptación de correspondencia, etcétera*-).

En el segundo supuesto, el fiscal recusado hasta tanto no sea separado o confirmado debe continuar la investigación, o, en su defecto, en usufructo del poder reglamentario que dispone el Fiscal General del Estado, debe emitir órdenes que inmediatamente permitan la continuidad de las investigaciones a cargo de fiscales provisorios, claro está, cuidando que dicha designación recaiga sobre personas afines a la naturaleza del acto, principalmente, en los hechos punibles complejos o cualificados.

Artículo 317. Participación en los Actos. *El Ministerio Público permitirá la presencia de las partes en los actos que practique, velando que su participación no obstruya el desarrollo de las actividades.*

En el entendimiento forense tradicional, la expresión “*partes*” concita una limitación estrictamente a términos formales, por lo que siguiendo la filosofía garantista y participativa del CPP en consonancia con idénticos postulados plasmados en el preámbulo de la CN, la interpretación de estas normas -*en concurso con los artículos 9 y 10 del mismo*

texto ritual- cuando se pretenda construir supuestos criterios de exclusión de las partes con relación a los actos de investigación, dicha inferencia se efectuará con criterio *restrictivo*. Obviamente, que las facultades del artículo 68.1 y 68.2 del CPP (*derechos de la víctima de intervenir en el procedimiento, aunque no proponga querrela adhesiva*) adquirirán prevalencia sobre lo que señalábamos al principio como criterio *tradicional y restringente de lo que se entiende como “parte”* con el consabido impedimento de entenderlo como prohibición para proponer diligencias o señalar objeciones a ciertos actos procesales.

De todas maneras, de la lectura del mentado precepto se puntualizan dos aspectos objetivos: *a) la participación de las partes (en el sentido amplio del vocablo) se refiere a la presencia en los actos, que no implica “intervención activa”, y; b) que dicha presencia no obstaculice ni desnaturalice el objeto de la investigación fiscal.*

¿Qué se entiende por obstaculización o entorpecimiento de la investigación de una de las partes?

Primeramente, excluye al imputado, porque su participación no sólo es necesaria, sino esencial para garantizar la eficacia de su defensa global, por lo que el CPP se encarga de descifrar las amplias potestades que dispone en el tópico concerniente. En segundo término, es importante que el funcionario del Ministerio Público haga conocer con precisión los derechos que asiste a la víctima (*el sujeto que informalmente puede intervenir en el procedimiento, sin mostrarse parte como querellante adhesivo*), ya que en la medida que comprenda con claridad y sencillez sus facultades, sus peticiones o su presencia en los actos de investigación no generará mayores inconvenientes. En tal sentido, la oficina de asistencia a víctimas debe cumplir un rol prevalente de contención, ya que sólo con un tratamiento digno e integral, se podrán disipar las dificultades y naturales desconfianzas de las víctimas hacia el sistema penal, ya que la matriz del desconocimiento es el germen que acumula sospechas, y, por ende, insatisfacción generalizada.

Artículo 318. Proposición de Diligencias. *Cualquiera de las partes podrá proponer diligencias en cualquier momento de la investigación. El Ministerio Público deberá realizarlas si las considera pertinentes y útiles, debiendo hacer constar las razones de su negativa, a los efectos que ulteriormente correspondan.*

Artículo 322. Carácter de las Actuaciones. *La etapa preparatoria no será pública para los terceros. Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por las partes, directamente o a través de sus representantes.*

El Ministerio Público podrá disponer las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar indicios de prueba en los lugares donde se investigue un hecho punible, a fin de evitar la desaparición o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales.

Los abogados que invoquen un interés legítimo serán informados por el Ministerio Público sobre el estado de la investigación y sobre los imputados o detenidos que existan, con el fin de que puedan discernir la aceptación del caso.

Las partes y los funcionarios que participen de la investigación y las demás personas que por cualquier motivo tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas, tendrán la obligación de guardar secreto.

El incumplimiento de esta obligación será considerado falta grave y podrá ser sancionada conforme a las disposiciones previstas en este código o en los reglamentos disciplinarios.

Desechando criterios tradicionales de partes, se podrá interpretar de mejor maneras los dos preceptos transcritos precedentemente. Por un lado, la demostración de la actuación objetiva del Ministerio Público se demostrará en las etapas posteriores, si es que una de las partes propuso diligencias y el órgano investigador sustentó fundadamente su negativa a realizarlas (Artículo 55 del CPP). Esta es la prueba fehaciente de que la fiscalía no cejó sus esfuerzos en acumular información objetiva para la dilucidación del o los hechos relevantes y su conformación con la verdad histórica, real o material; más el mero capricho de una de las partes saldrá a la luz, si es que en ocasión de sustanciarse las etapas posteriores, el cuestionamiento de la parte “*afectada*” no logra conformar razonablemente lo que el Ministerio Público plasma a través de la realización o denegación de diligencias mediante decisiones o resoluciones fundadas. Por el otro, el acceso a la información de la investigación también debe cuidar el investigador, pero este celo no debe extremar limitaciones que cortapisas a las facultades inherentes a las partes (*principalmente, el imputado*) que quiere disponer de información oral, sencilla y eficaz sobre los actos que guardan relación con un sindicado, todo ello, a fin de discernir la aceptación del caso y adoptar las medidas pertinentes para la inmediata puesta en marcha de una estrategia defensiva.

Entiéndase que esta potestad tampoco es una cláusula abierta de que basta invocar este dispositivo legal para que los funcionarios responsables de la investigación otorguen información sobre la marcha de la misma, sino que se debe tratar de un *interés legítimo* (como el que resulta del abogado que se constituye hasta el despacho fiscal y requiere saber el estado actual de una investigación con imputados o que, según información fehaciente, permita discernir que es inminente una imputación), fuera del cual, la norma no abreva otras circunstancias que permitan al interesado valerse o ampararse en esta norma. Tampoco este abuso del que podría hacer uso el profesional para acceder a información (*los datos deben ser sintéticos, pero esenciales para que el abogado pueda tener cierta ubicación procesal, y nada más*), se debe externar en idéntico temperamento por parte del Ministerio Público, ya que bajo el pretexto de que las actuaciones son secretas para los terceros, conforman verdaderas investigaciones paralelas (*sin imputados formalmente*), con imputados que, de hecho, están perfectamente sindicados, pero que se demora en la presentación del Acta de Imputación, precisamente para evitar el “control” de un defensor técnico.

Recuérdese que el litigio (*con predilección, la investigación*) debe concitar una labor sostenida en la búsqueda de la verdad y en la buena fe de las partes, lo que implica, a su vez, la evitación de una distorsión del precepto transcrito para subalternarlos a los objetivos parciales de cada interviniente. La “*chicana tramposa no es más que el atentado al sentido común en el uso de las herramientas legales para la defensa de los derechos*” y en esta empresa se embarcan *todas las partes*, según sus conveniencias coyunturales.

Artículo 323. Reserva de las Actuaciones. *El Ministerio Público podrá solicitar al juez, sólo una vez, la reserva parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá exceder los diez días corridos, siempre que sea imprescindible para la eficacia de un acto durante la investigación. La reserva de las actuaciones establecidas en este código, sólo podrá ser invocada a beneficio de la investigación y nunca en perjuicio del ejercicio de la defensa.*

¿Cómo se conservarán las actuaciones fiscales para coleccionar los datos e informaciones relevantes que culminarán requerimiento conclusivo?

En una carpeta fiscal que materialmente deberá tener cierto orden (sin el formalismo de los legajos en la expresión típica del sistema inquisitivo escrito) y que, tras la culminación de la investigación y la presentación de un requerimiento conclusivo por parte del Ministerio Público, deberá adjuntarse al escrito, poniéndose a disposición de las partes para su revisión y eventual señalamiento de vicios formales y sustanciales.

3.2 Funciones del Juez Penal de Garantías.

Existe una falsa apreciación sobre el rol que deben desempeñar los Juzgados Penales de Garantías durante la sustanciación de la Etapa Preparatoria, la cual, reiteramos, está a cargo del Ministerio Público, lo que constituye, a su vez, un mensaje político-criminal bien claro: los jueces penales no podrán interferir, ni inmiscuirse en actos propios de la investigación correspondiente a los fiscales del Ministerio Público. Sin embargo, el Código Procesal Penal le reserva una labor esencial y prevalente al Juez Penal de Garantías, consistente en la preservación de los derechos de las partes, principalmente, del imputado, aspecto que podría traducirse en un control de legalidad de los actos desarrollados por el Ministerio Público que podrían afectar los derechos procesales del imputado, más precisamente, los catalogados entre los artículos 11 al 19 de la Constitución Nacional y los artículos 1 al 12 del Código Procesal, respectivamente, sin perjuicio de otros que guardan íntima relación con los preconizados en los preceptos antes individualizados.

De esta manera, el Juez Penal de Garantías tiene varias atribuciones y controles durante la Etapa Preparatoria, ilustrando algunas que resultan sumamente relevantes:

- a) Desde el punto de vista de la formalización y del cómputo del máximo de la Etapa Preparatoria, por virtud del artículo 301 tiene por iniciado el procedimiento, reiteramos, en esta secuencia, fijando al Ministerio Público la fecha en que deberá concluir la investigación.
- b) Debe disponer todo lo concerniente a los registros y notificaciones del Acta de Imputación, así como disponer las diligencias y audiencias relacionadas con las salidas alternativas al procedimiento ordinario.
- c) Convocar a la audiencia del artículo 242 del CPP para la imposición de medidas cautelares, resolver sobre su procedencia y convocar a las revisiones oficiosas cada tres meses para ratificar o rectificar las medidas cautelares impuestas.
- d) Otorgar la prórroga ordinaria, previa audiencia al imputado y cuando concurran los presupuestos del artículo 325 del CPP.
- e) Disponer el diligenciamiento de las medidas coercitivas para obtención de información que requiera fundadamente el Ministerio Público (allanamientos, cateos, registros, secuestros e interceptaciones), así como toda incidencia que se plantee en torno a estas cuestiones.
- f) Tramitar y resolver los incidentes nominados, innominados y las excepciones que se le planteen.
- g) Dar los trámites de oposición a los requerimientos fiscales, de acuerdo a los supuestos de los artículos 314 y 358 del CPP.
- h) Toda actuación que afecte el ejercicio de un derecho o garantía procesal, entendiéndose que este detalle es al sólo efecto enunciativo.

Una pregunta más que merece respuesta en este apartado: y los Jueces Penales de Garantías *¿Cómo ordenarán los actos procesales durante la Etapa Preparatoria?* Mediante un expediente judicial que contendrá las actuaciones principales que atañen al Juzgado, con la individualización de las partes (*en especial del imputado*), a cuyo efecto, sólo se incluirán las presentaciones de las partes, las resoluciones que dicten en el proceso así como las actas de anticipos de prueba que decidan conservar en su poder. Evitarán conservar en ese expediente, notificaciones, citaciones, presentaciones de mero trámite o cualquier clase de escritos de menor importancia. Igualmente, los Secretarios establecerán el modo de conservar las diligencias de notificación, citación o trámite que puedan revestir algún interés.

4. Maneras de comenzar la investigación.

El inicio de la Etapa Preparatoria del procedimiento ordinario *-el evento que se pone a conocimiento de las autoridades pertinentes y que preliminarmente podría motivar la sospecha que amerite una investigación (notitia criminis)-* se puede verificar de tres maneras, a saber:

- a) La **actuación policial preliminar o preventiva** que, de ordinario, contempla la mayoría del universo de casos, fundamentalmente porque la gente se comunica con dicha autoridad ante un suceso que podría erigirse en hecho punible;
- b) La **denuncia** efectuada por la víctima o cualquier persona que conozca un hecho supuestamente punible;
- c) La presentación de una **querrela adhesiva** propuesta por la víctima de un supuesto hecho punible, que genera el trámite posterior, pero que se erige también en otra modalidad de ingresar la información de un suceso al sistema judicial para el inicio de la investigación, y;
- d) De **oficio**, como acontece en la mayoría de los casos que motiva la intervención e investigación del órgano requirente.

4.1 La actuación policial preventiva.

Como señalábamos, al principiar este tópico, *la actuación policial en prevención* frente al suceso acaecido o puesto a su conocimiento constituye un alto porcentaje de la totalidad de causas que ingresan a la maquinaria judicial, ya que normalmente el ciudadano recurre a la instancia policial cuando se perpetran hechos punibles flagrantes o que requieren un auxilio inmediato para evitar mayores perjuicios a los ocasionados por el delito o crimen. La Policía Nacional dispone de amplias facultades para realizar actos de prevención con la finalidad de asegurar los elementos y evidencias dejadas por el ilícito, sin que por ello se subrogue atribuciones de investigación penal que competen única y exclusivamente al Ministerio Público.

De ahí que el Código Procesal Penal indica como **imperativo** a las autoridades policiales intervinientes en un hecho *la comunicación en el plazo máximo de seis horas al Fiscal y al Juez Penal de haber realizado su primera intervención.*

Entre las **facultades** de prevención que dispone la Policía Nacional se pueden mencionar las siguientes:

- a) *Recibir denuncias escritas o verbales, en cuyo caso, adoptarán los recaudos previstos para tales formalidades;*
- b) *Recabar información preliminar e informal de las personas que intervinieran o presenciaron el hecho que motiva su intervención, sin que por ello se arroguen facultades de tomar declaraciones a los imputados o sindicados de participar en el hecho;*
- c) *Realizar las diligencias indispensables que requieran inmediata labor para individualizar y recabar mayores datos que permitan la determinación de los autores del hecho, para lo cual podrán aprehender a las personas halladas en situación de flagrancia, practicarán registros de personas, prestar el auxilio indispensable a las víctimas, vigilar y proteger que los rastros y lugar de los hechos puedan desvirtuarse, para lo cual también disponen de facultades de aprehensión a las personas que habidas en el lugar de los hechos pretendan sustraerse del mismo sin aportar los datos indispensables para deslindar responsabilidades;*
- d) *Levantarán planos, tomas fotográficas, grabaciones y demás operaciones técnicas a través de sus personales especializados que permitan una mejor dilucidación de los hechos en los cuales previno su actividad, y;*
- e) *Reunir toda la información que sea trascendente al fiscal para que pueda continuar con su investigación penal.*
- f) *Se abstendrá, en lo posible, de usar la fuerza reservándola para los casos indispensables. En tal sentido, el uso de las armas se considerará como último elemento persuasivo, salvo los casos de gravedad y violencia manifiestas que requieran una intervención especial con el uso de armas convencionales;*
- g) *Si proceden a la captura de una persona en cualquier carácter (en su labor preventiva) deberán individualizarse correctamente así como informar sobre sus derechos procesales, sin perder de vista el deber que tienen de dar aviso inmediato a los parientes y demás autoridades que puedan interesarse sobre la suerte del prevenido. Para evitar suspicacias, se conmina a la Policía Nacional asentar en un registro inalterable la fecha, hora y circunstancias en que se produjo la aprehensión de una persona.*

Es importante aclarar al lector, uno de los puntos más críticos que se refiere a las supuestas limitaciones de tiempo que impone el CPP con relación a la redacción del anteriormente denominado Parte Policial, figura que en la perspectiva del sistema inquisitivo constituía la cabeza del procedimiento. Pues bien, tal figura no desaparece como tal, sino que simplemente se diseña un mecanismo de coordinación con la actuación de los fiscales que son los encargados de reunir la información necesaria y requerir lo que corresponda conforme a derecho.

En este sentido, es importante acotar que las actuaciones policiales deberán asentarse en un archivo sin mayores formalidades, aunque no por ello deben omitir el detalle y significación de todas las evidencias e informaciones útiles para la prosecución de la labor de investigación, al mismo tiempo de individualizar correctamente el encargado de la prevención y los demás oficiales o personas que intervinieran en el procedimiento policial, así como de los terceros que suministraran información relevante para la dilucidación del hecho. Estas actuaciones registradas en un archivo *deberán culminar y consecuentemente serán remitidas al Ministerio Público en el plazo máximo de cinco días contados desde la intervención policial, lapso que se podría prorrogar por única vez y con autorización expresa del Ministerio Público por otros cinco días*, aunque también podrá requerir la remisión de las actuaciones en cualquier momento, aún antes del plazo predicho.

4.2 La denuncia.

La *denuncia* es una comunicación escrita o verbal que realiza la víctima, sus familiares, los representantes legales de las personas físicas o jurídicas y en fin, cualquier persona física que haya tomado conocimiento en forma directa o indirecta de la realización de un hecho reputado como delito o crimen. La presentación no requiere de mayores formalidades, aunque como mínimo deberá consignar los datos suficientes para individualizar al denunciante, a la persona denunciada, los hechos que relata y su calificación jurídica y la mención de los elementos que servirán de sustento para acreditar lo que está sosteniendo con su denuncia.

Si se realiza verbalmente, la misma deberá presentarse ante la autoridad policial o la fiscalía, según el caso, y los datos antes citados deberán consignarse en el acta labrada con la firma de la persona que se presenta a denunciar. Si se efectúa por escrito, debe contener los mismos requisitos y la firma de los denunciantes (*recuérdese que si se trata de una persona jurídica o de un abogado que invoca una representación, la denuncia debe efectuarse mediante poder especial*). *En ningún caso se admitirá la denuncia anónima o sin determinación del responsable.*

Una vez presentada o recibida la comunicación de su presentación, el Fiscal deberá comunicar, a su vez, al Juez Penal dentro de las seis horas y realizar la investigación con el auxilio de las autoridades policiales y de la Policía Judicial, respectivamente. Si del resultado de la denuncia, el Fiscal observa que se individualiza perfectamente al imputado y que los hechos conocidos adquieren entidad suficiente para sospechar que se trata de un delito o crimen, presentará *Acta De Imputación* inmediatamente -tal como lo prevé el artículo 30.1 de la Ley 1562/2000 Orgánica del Ministerio Público- ante el Juez Penal cumpliendo con los recaudos previstos para el mismo. Si de la recepción de la denuncia y las evidencias obtenidas inicialmente encuentra que el imputado todavía no puede ser individualizado o restan actuaciones elementales para fundar la sospecha razonable que amerite la imputación, procederá a realizar inmediatamente y sin demora, los actos pendientes con la ayuda de la Policía Judicial y de los Asistentes Fiscal a su cargo, los cuales, una vez completados motivará la formulación inmediata del Acta de Imputación -artículo 30.2 de la Ley 1562/2000-.

En lo relativo a la carga de la presentación de una Denuncia, el CPP no se aparta en lo esencial de las normas tradicionales que estaban previstas en la anterior legislación ritual de 1890, aunque incorpora algunas cuestiones que merecen destaque:

- a) *La exoneración del deber de denunciar por vínculo conyugal o de convivencia, incluyendo a los parientes dentro del segundo grado de afinidad y cuatro por consanguinidad;*
- b) *La excepción a esta facultad, se da en el caso en que la denuncia que pueda efectuar el interesado ponga en peligro su propia persecución penal o la de su cónyuge o conviviente y familiares.*
- c) *Se exceptúa esta regla de Exoneración del Deber de Denunciar con relación al hecho conocido bajo la modalidad del secreto profesional o del parentesco (en la nómina precedentemente expuesta), cuando sea relevante el conocimiento de un hecho punible porque se trata de un ámbito de difícil acceso para prevenir o perseguir el o los hechos punibles (situaciones que involucran el interior del ámbito familiar, por ejemplo), que la falta de denuncia equivaldría a una suerte de complicidad. En este caso, es deber del receptor de la información, denunciar el hecho, siempre que se vincule con el ámbito y que por la situación particular (guardador, tutor o pariente) también la ley le obligue a preservar la situación de la víctima.*

Por una confusión acerca de la verdadera función del denunciante, se ha pretendido que la simple desestimación de la denuncia acarrea responsabilidad personal de la pretendida víctima. Dicha posición no se ajusta a la realidad jurídica, ya que si bien el denunciante no es parte en el procedimiento, como víctima puede intervenir en la forma prevista en el Código y hasta impugnar decisiones que pongan fin al procedimiento, por lo que bajo tales presupuestos el damnificado por el hecho denunciado *-en principio-* no contrae responsabilidad (*ya que una posición exagerada en cuanto a su alcance, implicaría en los hechos una confabulación de orden legal con la impunidad de hechos ante el temor que tenga el ciudadano de comunicarlos a las autoridades por las represiones eventuales que le acarrearía su denuncia*), salvo que se comprueba que haya obrado con *notoria temeridad o falseamiento de los hechos*, aspectos que están previstos en el Código Penal bajo la figura de la **denuncia falsa, simulación de un hecho punible o persecución penal de inocentes** (si se trata de un funcionario). No está demás señalar a los efectos de una evaluación sobre esta circunstancia, que el Código Procesal Penal requiere expresamente que la decisión judicial que desestime la denuncia, sobresea definitivamente o lo absuelva *-según el caso-*, consigne el carácter de la denuncia en ese sentido.

4.3 La querrela adhesiva.

Es la presentación escrita que efectúa la persona particularmente damnificada por un supuesto hecho punible (víctima) contra los participantes (imputados) ante el Juez Penal o el Juez de Paz, según el caso, reclamando de éstos la iniciación de una investigación penal (proponiendo elementos de convicción sobre los cuales funda su pretensión, aportando información concreta y cumpliendo con las exigencias legales de capacidad jurídica, individualización correcta de su persona así como la de los imputados), con la promesa expresa de formular la acusación y demandar la sanción correspondiente por el hecho punible a los sindicados.

La querrela criminal ha sido una de las instituciones que mayores complicaciones han tenido en cuanto a su cabal comprensión en el marco del diseño del nuevo proceso penal, principalmente porque se abordaron aspectos relativos a su naturaleza jurídica y correspondiente normativa conforme a la doctrina imperante.

Dos posiciones doctrinarias se tienen respecto a la función de la querrela en el proceso penal de acción pública a cargo del Ministerio Público:

- a) *Una postura estatalista con predominio de la intervención del órgano oficial encargado de la persecución pública y en la cual la víctima que propone querrela se adhiere a la pretensión punitiva del fiscal con cierta independencia en cuanto a imputación de personas, hechos y calificación jurídica, salvo algunas excepciones de instancia autónoma cuando se trate de hechos punibles de escasa repercusión o reprochabilidad, y;*
- b) *Otra que combina la voluntad estatal de persecución mediante una previa investigación objetiva a cargo del órgano oficial representado por el Ministerio Público con la función coadyuvante de la víctima que propone QUERRELLA, actuando con total independencia y autonomía de la posición de la fiscalía, o bien, adhiriéndose a la iniciación y clausura de la etapa de investigación desplegada por el Ministerio Público, sin cuyo concurso resultaría imposible la continuación de una causa penal en lo atinente al sostenimiento de la acusación por vía del juicio oral y público.*

Nuestro Código admite la segunda vía doctrinaria con unas limitaciones de actuación autónoma de la querrela que se notan con perfección en dos momentos procesales concretos de la investigación a cargo del Ministerio Público:

- *La primera, con previa formulación de una imputación por el órgano respectivo, y;*
- *La segunda, cuando concluye la investigación fiscal que debería motivar un requerimiento de acusación del ministerio público.*

Ante la ausencia de imputación o acusación pública *-en ambos supuestos-*, la querrela criminal sigue la suerte adherida de aquélla en cuanto a la imposibilidad de admisión de la pretensión punitiva particular o de la acusación particular, respectivamente.

La querrela criminal planteada por la víctima debe reunir ciertos requisitos elementales a saber:

- La individualización de la persona que funge de víctima o la correcta invocación de la representación legal o convencional mediante un poder especial que plenamente corrobore dicho extremo;*
- Una relación de los hechos que considera punibles así como una propuesta de calificación jurídica concreta;*
- Los elementos de prueba que considera vinculados con los hechos querellados;*
- La firma del responsable, y;*
- La reclamación punitiva de que la causa penal sea llevada al juicio oral y público.*

Sin estos mínimos recaudos, la querrela criminal carece de seriedad y mal se podría otorgar trámite a un planteamiento de tal naturaleza. No obstante, si los defectos que se observan son meramente formales, el Juez Penal podría disponer la devolución de las actuaciones al damnificado o víctima para que la corrija en el plazo de **tres días**. Si dentro de dicho lapso no completa la intimación, se tendrá por abandonada la querrela en atención a la inobservancia de una carga que le compete única y exclusivamente al solicitante.

Si el Juez Penal considera que se hallan reunidos los requisitos formales señalados en el CPP, otorgará el trámite procesal según se presenten diversas hipótesis a saber:

- Si ya existe acta de imputación**, podrá disponer la admisión o rechazo de la querrela sin necesidad de comunicación previa al Ministerio Público sobre las razones de su decisión;*
- Si todavía no existe acta de imputación (formalización de la investigación penal)**, el Juez Penal recibiendo la querrela con todas las evidencias o pruebas que sustenta la pretensión remite a conocimiento del Ministerio Público para que en el plazo de TRES DÍAS formule requerimiento solicitando la admisión o la desestimación de la querrela, y;*
- Aunque las normas no son taxativas en este caso**, por aplicación analógica a favor del imputado (artículo 10 del CPP), si no existe acta de imputación previa, el Juez Penal dando el mismo trámite de correr vista a dicho órgano para que se expida conforme a lo señalado en el apartado b) incorporará a la persona imputada para que pueda ejercer sus derechos reconocidos en la Constitución Nacional (artículo 6 del CPP) ejerciendo las excepciones que se opongan eventualmente al progreso hipotético de la pretendida persecución particular.*

Esta última hipótesis tendría que verificarse en todos los hechos punibles de acción pública y, con mayor razón, en los de acción privada atendiendo a que en este proceso especial prima en plenitud los principios de contradicción, bilateralidad y disponibilidad de las partes (*Querrela e Imputado, respectivamente*).

Dijimos que la *Querella Adhesiva*, permite la intervención formal de la víctima en el procedimiento ordinario para los hechos punibles de acción pública, con un nivel de autonomía en cuanto a los hechos, derecho (calificación y expectativa de pena reclamada), pero con dos límites precisos a saber:

- ✓ *Si es que no existe acta de imputación fiscal previamente formulada por el ministerio público, la querella criminal estará sujeta a la actitud que adopte aquél, vale decir, mientras no impute no procede la admisión de la querella. Lo único que le queda a la víctima en la hipótesis que el fiscal solicite la desestimación de la querella adhesiva, es el recurso de apelación general contra la decisión que adopte el juez penal admitiendo el planteamiento de la fiscalía, y;*
- ✓ *Terminada la investigación en el plazo señalado por el juez penal, si el Ministerio Público se abstiene de acusar en la fecha señalada o formula otros actos conclusivos que no impliquen acusación (sobreseimiento definitivo o provisional, extinción de la acción penal, criterios de oportunidad, etc.), la resolución que dicte en ese sentido el Juez Penal admitiendo la propuesta de la fiscalía, también podrá ser recurrida por vía de apelación general.*

Fuera de las dos circunstancias, la querella adhesiva tiene amplias libertades en cuanto a su pretensión (*derecho penal aplicable en cuanto a los hechos y la expectativa de sanción*), aunque no se debe perder de vista que en este aspecto, hay una restricción más: la autonomía cede al momento de la acusación, ya que el concepto de adherencia significa que la posición de la querella no puede prevalecer sobre la del Ministerio Público, por lo que la total libertad que el Código prevé para la querella en el sentido de calificar los hechos y solicitar las sanciones respectivas está reservada para los casos de hechos punibles de acción privada y no los de acción pública, circunstancia ésta que implica la necesaria afinación que debe existir entre pretensión del fiscal (*al momento de acusar*) con la del querellante adhesivo, salvo las variantes que razonablemente se puedan verificar durante el juicio oral y público, en cuyo caso, la pretensión de la querella puede ser admitida *-con apartamiento a la del Ministerio Público-* con una calificación jurídica distinta por parte del Tribunal de Sentencia, siempre que se advierta previamente de esto al imputado y su defensor para que puedan preparar adecuadamente su defensa en cuanto a las variaciones verificadas a petición de la víctima que inter venga por vía de querella en la última etapa del procedimiento ordinario.

En cuanto al momento que dispone la víctima para proponer querella criminal, la misma puede motivar el inicio de la Etapa Preparatoria porque constituye el primer acto de procedimiento, o bien se la puede presentar en cualquier momento hasta la fecha fijada por el Juez Penal para la acusación, en cuyo caso, deberá cumplir con todas las cargas que la ley procesal impone al Ministerio Público para presentar su acusación pública.

Las figuras del desistimiento y del abandono se asimilan en cuanto a su trámite y efectos en el Código, sin perder de vista que ambas se producen de maneras diferentes.

El desistimiento surge de una conducta desplegada por el querellante en forma expresa o tácita y surte sus efectos con relación a su objetivo, cual es, la de continuar mostrándose como parte querellante en un proceso penal ordinario, sin cuya presencia no obsta la continuación de la causa, ya que su participación es adhesiva y no obligatoria. Mientras que el abandono es una omisión concreta al cumplimiento de ciertas cargas y deberes que se exteriorizan en ciertos momentos del proceso y que producen *ipso jure (de pleno derecho)* la extinción de la acción respecto a los hechos y personas imputadas en la pretensión del particularmente damnificado.

Dice el **artículo 294** del CPP:

“El querellante podrá desistir o abandonar su querrela en cualquier momento del procedimiento. En este caso, tomará a su cargo las costas propias y quedará sujeto a la decisión final.

Se considerará que ha abandonado la querrela:

- 1) cuando, citado a prestar declaración testimonial, no concurra sin justa causa;*
- 2) cuando no acuse o no asista a la audiencia preliminar sin justa causa;*
- 3) cuando no ofrezca prueba para fundar su acusación; y,*
- 4) cuando no concurra al juicio o se ausente de él sin autorización del tribunal.*

El abandono será declarado de oficio o a petición de cualquiera de las partes.

La resolución será apelable.

El desistimiento y el abandono impedirán toda posterior persecución por parte del querellante, en virtud del mismo hecho que constituyó el objeto de su querrela y con relación a los imputados que participaron en el procedimiento”.

Un aspecto procesal discutido es si el abandono de la querrela criminal adhesiva o autónoma, según la naturaleza del hecho punible, se extiende a todas las personas imputadas que participaron del procedimiento. La cuestión no puede generar discusiones, ya que la acción penal es indivisible en el sentido que todo hecho imputado da lugar a una investigación y que si posteriormente existieren otros conectados en las formas previstas por el Código (casos de conexidad) con el ya investigado, se debe proceder a la acumulación subjetiva de acciones o de los procesos a fin evitar el escándalo jurídico. De esta manera, cualquier efecto procesal que se produzca en proceso *-el abandono de la querrela adhesiva, por ejemplo-* se transmite a todos los partícipes o personas que hayan intervenido de alguna manera en el procedimiento en calidad de imputados (contados a partir del primer acto del procedimiento).

En cualquier circunstancia, el abandono de la querrela criminal adhesiva que se declare judicialmente en nada repercutirá en la continuación de la causa penal, ya que mientras el Ministerio Público cumpla con las cargas que le imponen la ley procesal penal, la acción pública quedará incólume. No obstante, el abandono declarado repercutirá en la responsabilidad que contrae el querellante particular, quien quedará ligado al resultado final del procedimiento, cualquiera sea la forma adoptada para su terminación.

No debe confundirse la individualización del reproche penal que prevén los artículos 32 y 33 del Código Penal y en cuyo contexto se regulan institutos procesales tales como la aplicación de los criterios de oportunidad y la suspensión condicional del procedimiento que prevé como regla el beneficio de estas salidas alternativas (*prescindiendo o suspendiendo la persecución penal por vía de la acción pública*) solamente para las personas imputadas concretamente (*significando esto que si existen varios imputados y se aplican estas salidas respecto a uno o más pero no a todos los partícipes, la extinción beneficia solamente a los que aceptan la aplicación de la suspensión condicional o los criterios de oportunidad, respectivamente*) y como excepción la aplicación a favor de uno de los partícipes alcanza a los demás como señalan los artículos 19.1 y 20 del Código Procesal Penal.

5. El requerimiento fiscal y el Acta de Imputación.

La actuación *formal* del Ministerio Público, ordinariamente, se expresa con el *requerimiento fiscal*, que es el modo en que debe manifestarse el Ministerio Público en el proceso, y en especial, en la etapa preparatoria.

Dicha formulación se puede expresar en varios sentidos, claro está, bajo la égida de una actuación *objetiva*, constituyéndose en el norte en todos los actos procesales, y con mayor particularidad, en la Etapa Preparatoria. Entonces, el requerimiento no se limita a la primera expresión formal ante el Juez Penal, sino genéricamente debe entenderse como el modo normal de expresar la posición del órgano oficial de representación social a los efectos de solicitar lo que corresponda, conforme al cúmulo de evidencias o actos reunidos para progresar, cesar, suspender o limitar la persecución penal pública.

Según vimos las maneras de iniciarse el procedimiento (*contemplado desde la óptica de la no formalización de dicha secuencia del procedimiento ordinario*), luego de la obtención de la información del suceso (*actuación policial preventiva, denuncia o querrela adhesiva*, comienza un conjunto de actividades de orden procesal a cargo exclusivo del Ministerio Público, tendientes a obtener la mayor cantidad de información calificada a fin de procurar construir un caso susceptible de ser sostenido a través de una acusación, o, si no es posible arribar a dicho estadio por efecto de la insuficiencia probatoria, una conclusión requiriendo una salida alternativa al procedimiento ordinario o el sobreseimiento (*definitivo o provisional*) que es una absolución anticipada y excepcional (*analizaremos más adelante estas hipótesis*). Se incursiona así en la investigación fiscal de la Etapa Preparatoria. La tarea que significa la investigación preliminar de un hecho punible de acción pública.

En la exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Penal de Guatemala presentado por **Maier y Binder**, se explica con respecto al Ministerio Público y su actuación impulsiva procesal que: «*Con ello se pretende acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal, y simplificar y dinamizar la tarea de investigación que actualmente se halla encerrada en formalidades que no cumplen una función eficaz, tanto a la averiguación de la verdad, como a una decisión rápida acerca de la promoción del juicio o del sobreseimiento, incluso en beneficio del imputado*».

Es así como durante la Etapa Preparatoria, existen básicamente cuatro clases de actos:

1. *las diligencias propias de investigación;*
2. *Las resoluciones que adoptan los fiscales que buscan impulsar justamente los actos de investigación;*
3. *La realización de anticipos jurisdiccionales de prueba, es decir, la realización de pruebas que no podrán ser producidas en el juicio propiamente, y;*
4. *Las resoluciones o autorizaciones jurisdiccionales, referidas a actos que puedan afectar garantías procesales o derechos constitucionales y que como tales requieren un control del Juez Penal de Garantías.*

Dentro del primer grupo de actos trascendentes e impulsivos de la investigación penal a cargo exclusivo del Ministerio Público, está el PRIMER REQUERIMIENTO que puede integrar varias hipótesis, entre las cuales merecen destacarse al sólo efecto *enunciativo* (*atendiendo al carácter informal de esta etapa*):

- a) La **Notificación** Acta de Imputación;
- b) La **Suspensión Condicional del Procedimiento**;
- c) La **Aplicación de Criterios de Oportunidad**;
- d) La **Desestimación de las actuaciones policiales preventivas, de la denuncia y de la querrela**;
- e) La **Conciliación y los Acuerdos Reparatorios**.

Debe advertirse que el Acta de Imputación, taxativamente no figura en el artículo 301 del CPP, ya que en este precepto, se hace referencia a la *notificación del Acta de Imputación* que requiere el Ministerio Público al Juez Penal.

De esta manera, se puede concluir que el *Acta de Imputación no es un requerimiento fiscal formal como impropriamente se enseña desde las cátedras o se maneja en la práctica forense, es un dictamen del Ministerio Público que debe contener unos requisitos como los presupuestados en el artículo 302 del CPP*, que se comunica o informa (*este es verdaderamente el requerimiento como solicitud formal y expresa que “requiere” la fiscalía al Juez Penal*) a fin de que dicho órgano tenga por iniciado el procedimiento concerniente a la Etapa Preparatoria (más concretamente sirve para definir el lapso que como máximo –ordinariamente- puede durar dicha fase que es de hasta seis meses) y disponga la notificación del contenido del acta de imputación a las demás partes.

En consecuencia el Acta de Imputación no es un requerimiento formal del Ministerio Público y conforme a dicha naturaleza mal podría inmiscuirse el Juez Penal de Garantías en una tarea exclusivamente del órgano investigador que corresponde al Ministerio Público. En la praxis los jueces penales de garantía incurren en el exceso de controlar el acta de imputación, llegando a casos en que rechazan por resolución judicial, lo que constituye un claro menoscabo con el sistema de división de funciones, y, al mismo tiempo, un resabio inquisitorial en el cual el juez de instrucción era el que dirigía y disponía discrecionalmente todo lo concerniente al proceso penal, desnaturalizando su rol de órgano imparcial en el caso.

Precisamente, esta errónea concepción se pretendió eliminar con la asignación al Ministerio Público de las funciones de investigación diferenciándose del rol exclusivo de juzgar y aplicar la ley a los jueces y tribunales. Esta visión de división funcional y el aseguramiento del principio de imparcialidad del magistrado es el que inspiró la idea de excluir al juez penal de garantías de realizar labores de investigación.

¿Y qué es el Acta de Imputación?

El Ministerio Público se puede encontrar frente a una hipótesis que acredite la existencia de una *sospecha razonable* acerca de un hecho punible con la correspondientes individualización del imputado, en cuyo caso, debe presentar Acta de Imputación con una enunciación sucinta del hecho punible (*calificación y relación fáctica que respondan a un determinado tipo penal*) y el plazo que considere oportuno para culminar el trabajo de investigación preliminar a cuyo término efectuará un *Nuevo Requerimiento* consistente en cualquiera de las salidas previstas en el artículo 301 del CPP en concordancia con el artículo 351 del mismo cuerpo legal o, en su defecto, formular la acusación a juicio oral y público cumpliendo con los requisitos previstos en el artículo 347 del CPP.

Un tópico más: se instaló una polémica relacionada sobre la necesidad de que el Acta de Imputación incorpore una calificación jurídica del o los hechos sindicados.

Un sector del ámbito forense señala que no es necesaria la calificación del o los hechos imputados, ya que la determinación del hecho punible es una exigencia prevista en el artículo 347 del CPP, es decir, al culminar la Etapa Preparatoria, ya que la transformación de una potestad en un deber que no deriva de la ley ritual penal y antes que favore-

cer investigaciones correctas, repercute negativamente en el progreso y eficaz culminación del proceso penal. Es más, se profundiza esta postura señalando que la exigencia de una calificación jurídica del o los hechos descritos en el Acta de Imputación, provocaría *-desde la perspectiva de la defensa técnica-* en una fácil estrategia de impugnar la eventual acusación del Ministerio Público, precisamente por alguna falencia derivada de la discordancia entre el hecho descrito con los presupuestos de una o varias conductas punibles incorporados en el Acta de Imputación, aspecto fundamental para declarar la hipotética nulidad del acto conclusivo por la inobservancia del artículo 17.7 de la CN. Otro sector señala que, precisamente por la exigencia del *artículo 17.7 de la CN y su correlato artículo 10 (segundo párrafo) del CPP*, es fundamental que el Acta de Imputación contenga una calificación jurídica *-independientemente cuál sea la fórmula adecuada que se adopte, como calificaciones alternativas que permitan al Ministerio Público no ingresar por el riesgo inminente de una nulidad de su acusación por la dificultad de una coincidencia fáctica con la jurídica-*, tal como lo consolida el *artículo 304 del CPP* que señala que el dictado de una medida cautelar deberá estar previamente sostenida en un *Acta de Imputación* debidamente fundada, lo que también vuelve a corroborar el artículo 55 del mismo cuerpo ritual penal.

Dejando de lado la discusión sobre el contenido de una calificación jurídica del Acta de Imputación, avancemos en la descripción de la formalización de la Etapa Preparatoria: si el Ministerio Público formula Acta de Imputación, el Juez Penal será *informado* de tal determinación y en tal sentido, dispondrá la correspondiente *toma de razón de dicho extremo* registrado en su expediente judicial y fijará el plazo para culminar la investigación dentro del lapso previsto por el artículo 139 del CPP.

En estricto sentido jurídico, debe entenderse aquí *-a pesar que las sucesivas “jurisprudencias” emanadas de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se encargaron de tergiversar y hacer trizas de las herramientas legales del control de la duración máxima del procedimiento-* que el estudiante debe recibir la información veraz y ajustada a parámetros académicos estricto y no a prácticas que bien podrían enriquecer su visión para *aggionarse* al status quo judicial, por lo que en este nivel la posición es eminentemente técnica y sustentada en una hermenéutica republicana y limitadora del poder.

De ahí que la *fijación de la fecha para que el Ministerio Público presente su requerimiento conclusivo, si bien está a cargo del Juez Penal*, ello no significa que se erija *en un legislador y establezca el punto de partida del cómputo de la duración máxima del procedimiento, situación que lamentablemente se está verificando por la distorsión derivada de las variables jurisprudenciales de la máxima instancia judicial y de las políticas de emergencia que pretenden pergeñar soluciones sobre la base de interpretaciones de normas totalmente ajenas a su contexto y naturaleza.*

Recuérdese que el Juez Penal fue informado del *inicio de la investigación* luego de las seis horas de producido el evento que motiva su labor investigativa (*artículo 6 del CPP*) con la individualización de la persona contra la cual se da comienzo a la investigación, el Juez Penal tendrá en cuenta este aspecto para evaluar el tiempo transcurrido entre el inicio de la investigación y la formulación del acta de imputación, para determinar cuál es el plazo razonable que puede utilizar la fiscalía, conforme a lo que dispone el artículo 139 del CPP.

6. El archivo fiscal.

Si el imputado no está precisamente individualizado (*esta circunstancia objetivamente podrá constatar preliminarmente el receptor de la información sobre el acontecimiento -por vía de denuncia, querrela adhesiva o la intervención policial preventiva- adoptando las medidas inmediatas para procurar la identificación del o los eventuales responsables del hecho relevante*), aparte de comunicar -el Ministerio Público- el inicio de la investigación no podría constituirse válidamente *-ni siquiera de manera informal como señalábamos al principiar este tópico-* porque la mentada comunicación que efectúa el funcionario del inicio de la investigación no podría conectarse, a su vez, con el ejercicio del derecho a la defensa previsto en el *artículo 6 del CPP*, ya que se carece de sindicado, indiciado o señalado como supuesto autor o partícipe de un hipotético hecho punible (*recuérdese que estamos recién en los prolegómenos de una investigación informal*), y tal coyuntura, imposibilita sostener que estamos frente al *primer acto de procedimiento en conexión con la calidad de imputado (artículo 74 del CPP -la persona señala como supuesto autor o partícipe de un hecho punible- y el derecho a la defensa que implementa su ejercicio luego de las seis horas de la comunicación efectuada por el fiscal al juez penal del inicio de la investigación, según el artículo 6 del mismo texto ritual)* porque se carece de un imputado, por lo menos, en sentido *genérico*.

Esta circunstancia objetiva es que fundamenta la potestad conferida por el CPP al Ministerio Público de implementar *-frente a la hipótesis expuesta-* una decisión (*resolución fundada, según lo exige, a su vez, el artículo 55 del CPP*) consistente en el **archivo de la investigación** por falta de individualización del imputado. Obviamente que esta determinación, no significa que cierre la investigación, debiendo mantener un registro de causas archivadas, indicando cuáles serían los elementos que podrían incorporarse en el futuro para superar la imposibilidad de nominación o sindicación, y dejar sin efecto el archivo, apenas se disipe esta situación.

La decisión fundada emitida por el Fiscal será notificada a la víctima y ésta podrá acudir directamente ante el Juzgado Penal de Garantías *-si no está conforme con lo decidido-* reclamando un cambio de temperamento por parte del Ministerio Público. Aquí es importante sostener que el planteo debe efectuarse con patrocinio de abogado, con *indicación precisa de los elementos que entiende que el fiscal no consideró para concluir en el archivo y estableciendo, al mismo tiempo, cuáles son las diligencias que podrían variar el estado actual que imposibilita la falta de nominación del o los supuestos autores o partícipes del hecho punible*. Si estas dos condiciones (motivos del agravio y señalamiento de diligencias tendientes a superar la falta de nominación) no se adjuntan, el pedido deberá ser rechazado, fundamentalmente, porque el Juez debe cuidar con una intervención que ponga en riesgo su imparcialidad, evitando, sobre cualquier extremo, interferir o alterar la labor de investigación penal que recae exclusivamente en el Ministerio Público.

Si el Juez Penal admite la solicitud de la víctima (con prescindencia que asuma o no el rol de querelante adhesivo), le conminará al Ministerio Público para que realice las diligencias propuestas por la víctima y aquél, tras su conclusión, requerirá lo que corresponda. Si el Juez rechaza el planteo de la víctima, ésta podrá plantear recurso de apelación general, es decir, en el plazo de cinco días contados desde la notificación personal de la decisión.

7. La oposición jurisdiccional en esta etapa.

La expresión “*oposición jurisdiccional en la etapa preparatoria*” básicamente contempla dos situaciones concretas: a) con la presentación del primer requerimiento en los términos de los artículos 301 y 302 del CPP, en cuyo caso el Juez Penal de Garantías puede oponerse al planteo fiscal, en cuyo caso, imprimirá un trámite que denominaremos “*de oposición al requerimiento inicial del Ministerio Público*”, y; b) al culminar la Etapa Preparatoria y cuando el Ministerio Público no haya presentado acusación, y *el Juez Penal de Garantías estima que la cuestión amerita la derivación de la causa a un juicio oral y público*, se opondrá remitiendo el análisis de la causa a la Fiscalía General del Estado.

En ambos casos, existe una postura activa del Juzgado Penal de Garantías que desde el punto de vista estrictamente garantista -*sostenido en la preservación a rajatabla del principio de la imparcialidad del juez en la investigación fiscal*- controvierte severamente el principio de “*igualdad de armas*”, ya que el magistrado adopta un protagonismo para oponerse a dos cuestiones puntuales: a) la primera, a la ausencia del Acta de Imputación, ya que si la fiscalía presentara dicho requerimiento, no existe motivo para una oposición, y; b) a la segunda, cuando la fiscalía no acuse (es decir, haya solicitada un sobreseimiento provisional, definitivo o alguna de las salidas alternativas al procedimiento), se opondrá porque considera que la causa amerita su elevación a juicio oral y público. Nótese, entonces, que las actividades de oposición que impulsa *oficiosamente* el Juez Penal, sustituyen la iniciativa del Ministerio Público, que, después de todo, es la encargada de recolectar datos y sostener hipotéticamente una acusación (ya que esta carga la debe soportar durante todo el proceso), circunstancia que constriñe las posibilidades del imputado, menguando su igualdad ante la ley.

No obstante, analizaremos aquí la primera fórmula de oposición judicial y que se verifica cuando ejerce dicha potestad al prologar la investigación con la presentación de un requerimiento inicial. Si bien el cuestionamiento expuesto precedentemente se mantiene incólume, no es gravitante para tergiversar extremadamente en el principio de imparcialidad del magistrado, ya que nos encontramos posicionalmente en una temprana investigación que exigiría un mejor análisis por parte del Ministerio Público con un requerimiento primigenio, el cual, por vía de la oposición del Juez Penal, permitirá reevaluarlo para su ratificación o rectificación, según el caso.

A este respecto, dice el *Artículo 314 del CPP* que cuando el juez no admita lo solicitado por el fiscal en el requerimiento, le remitirá nuevamente las actuaciones para que modifique su petición en el plazo máximo de diez días. Si el fiscal ratifica su requerimiento y el juez insiste en dicha conclusión, se enviarán las actuaciones al Fiscal General del Estado, o al fiscal superior que él haya designado, para que peticione nuevamente o ratifique lo actuado por el fiscal inferior. Cuando el Ministerio Público insista en su solicitud, el juez deberá resolver conforme a lo peticionado, sin perjuicio de la impugnación de la decisión por el querellante o la víctima, en su caso.

De la lectura de dicho dispositivo, se pueden extraer los siguientes aspectos:

- a) Se refiere a cualquiera de los requerimientos reglados en el artículo 301 del CPP, no así en el artículo 302 del mismo cuerpo legal, ya que esta último no está nominado como requerimiento en forma expresa. Esto equivale a decir que el Acta de Imputación no es susceptible de oposición judicial. De ahí que se establezca el paralelismo de que el Acta de Imputación es irrecurrible e inimpugnable.
- b) El trámite contempla dos remisiones: la primera, al mismo fiscal que requirió para que rectifique (ya que el espíritu de la oposición en sí, es precisamente el cambio de postura inicial), y, la

segunda, en caso de que el fiscal ratifica su postura, le remitirá a los mismos efectos al Fiscal General del Estado.

- c) El plazo para la primera remisión es de diez días y por interpretación del mismo texto se entiende que la segunda remisión también lo sería por diez días, pero es importante acotar que este segundo plazo no se conmina expresamente en la norma, por lo que ciñéndonos a lo dispuesto en el artículo 10 del CPP análogamente no se podría verificar esta extensión interpretativa.
- d) Si el Ministerio Público -la Fiscalía General del Estado-, por segunda vez, ratifica el requerimiento primario, el Juez deberá resolver conforme a dicha solicitud, sin perjuicio de la impugnación que pueda ejercer la víctima o el querellante, según el caso.
- e) La decisión obligatoria del Juez Penal conforme a la “doble ratificación” del Ministerio Público también es contradictoria con la naturaleza del trámite de oposición, ya que implica una suerte de sumisión coyuntural a la postura fiscal, ignorando a la víctima, a la cual se le confiere solamente el derecho de impugnar, pero esta potestad es meramente declarativa, ya que un Tribunal de Apelaciones no modificará lo decidido, fundamentalmente por la preservación del principio de imparcialidad y de que las posturas adoptadas por el Ministerio Público respecto a sus facultades investigativas son inmutables, porque el CPP señala que a cargo de aquél se encuentra la investigación y eventual acusación para derivar una causa a juicio oral y público.

8. Naturaleza de los actos de investigación.

Con prescindencia expresa de los denominados *requerimientos nominados* que el Ministerio Público puede ejercer en los términos de los artículos 301 y 302 del CPP, gran parte de sus actuaciones son *informales o no formales*. En este sentido, la primera de las secuencias que comprende el procedimiento ordinario y como las normas del CPP las definen, tiene por objeto la realización de una serie de actos (diligencias) para la dilucidación de la verdad histórica, real o material del o los hechos investigados, de cuya realización, a la luz de las tareas de investigación efectuadas, se pueda sostener una sospecha razonable o fundada de que se trata de un hecho punible, de cuya constatación sucinta pueda establecer, a su vez, un nexo causal entre el hecho punible y la sindicación a una persona que se denomina “*imputada*”.

Entonces, esta tarea pretende *individualizar* de manera concreta y asertiva la existencia razonable de un hecho punible y de la participación del imputado en su realización. Esas informaciones reunidas en esta etapa servirán como *elementos de convicción o caudal probatorio* que usará el Ministerio Público para sostener una acusación que también podría servir para la querrela adhesiva que necesariamente deberá ceñirse a los requisitos previstos en el Código para la acusación fiscal. Sin embargo, si al culminar la investigación -la etapa que estamos analizando propiamente- esos elementos de convicción no le permiten formular una acusación seria y fundada, podrá usarlos en un sentido distinto, vale decir, requiriendo otros actos conclusivos a la investigación desplegada y que pueden consistir en las denominadas *Salidas Alternativas al Procedimiento Ordinario* (*aplicación de criterios de oportunidad, suspensión condicional del procedimiento, la conciliación, la abreviación del juicio*) o solicitar el *sobreseimiento definitivo o provisional*, según el caso.

Como se pudo describir sucintamente, las labores que puede realizar el Ministerio Público son amplias y no están sujetas a ritos o requisitos formales que exijan una suerte de predominio de la forma sobre la verdadera búsqueda objetiva de la verdad histórico por el órgano requirente. En tal sentido, las actuaciones del Ministerio Público *no son formales*, lo que no implica que deba observar ciertos presupuestos como la defensa y preservación de las garantías elementales en su investigación, porque después de todo lo que es bien investigado adquiere relevancia en su momento en calidad de prueba, y, es-

pecíficamente el Ministerio Público eso es lo que pretende como culminación eficaz de su tarea preliminar de recolectar información y evidencias.

9. Facultades de las partes.

Una vez que el Ministerio Público formuló el *Acta de Imputación*, se pueden encontrar otras circunstancias que limitan las facultades de dicho órgano, como el caso de los anticipos jurisdiccionales de prueba (*información indispensable que no se podrá reproducir en el juicio oral y público por un impedimento u obstáculo temporal justificado*) o las autorizaciones para realizar actos que pongan en juego las garantías elementales e individuales del o los imputados sometidos al procedimiento (*allanamientos, registros, cateos, secuestros, identificaciones, extracciones, reserva de las actuaciones, interceptación de cartas y documentos, comisos, exámenes físicos y psíquicos del imputado, etcétera*), para lo cual es indispensable contar con la *previa autorización judicial* la cual se expondrá por resolución *fundada* y para los casos expresamente determinados por la Constitución y las leyes.

También el imputado, preferentemente a través de su defensa técnica, podrá ejercer requerimientos al fiscal o al juez penal de garantías, según el caso. El defensor podrá requerir diligencias de investigación que puedan servir como descargo al imputado y el Ministerio Público debe expedirse, por resolución fundada, acerca de su procedencia o improcedencia.

Si la fiscalía se opone o rechaza expresamente la solicitud de la defensa, el afectado podrá recurrir al Juez Penal en *auxilio judicial* a los efectos de requerir la realización de la diligencia. Esta circunstancia no la contempla expresamente el CPP, pero del cotejo de varias disposiciones de dicho dispositivo legal se podría trasegar esta facultad en aras a la *ratificación del principio de igualdad de oportunidades procesales previstas en el artículo 9 del CPP*.

“Artículo 42. Jueces Penales. Los jueces penales serán competentes para actuar como juez de garantías y del control de la investigación, conforme a las facultades y deberes previstos por este código, y conocerán de: 1) las decisiones de naturaleza jurisdiccional que se deban tomar durante la etapa preparatoria (...).”

Esta norma contempla en su inciso 1º una cláusula que permite, por inferencia de otras normas, incluir las solicitudes o peticiones de las demás partes, en el sentido que es el juez penal quien debe admitir o rechazar un planteo que se le efectúa.

Las normas interconectadas entre sí con la prescripción antedicha, son las siguientes:

“ARTÍCULO 9. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PROCESALES. Se garantiza a las partes el pleno e irrestricto ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución, en el derecho internacional vigente y en este código.

Los jueces preservarán este principio debiendo allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten”.

“ARTÍCULO 10. INTERPRETACIÓN. Las normas procesales que coarten la libertad personal, limiten el ejercicio de las facultades conferidas a las partes o establezcan sanciones procesales se interpretarán restrictivamente.

La analogía y la interpretación extensiva estarán prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos y facultades”.

Pues bien, de la construcción interpretativa *favor rei* se puede colegir que ante la negativa del Ministerio Público de practicar diligencias propuestas por las partes (en particular, por el imputado), siempre que dicho órgano no de los motivos de tal denegación, puede acudir directamente al Juez

Penal para que lo auxilie en cuanto a que éste requiera informe sobre la negativa o falta de resolución respecto a un pedido concreto de la defensa en la investigación, claro está, al sólo efecto de que pueda existir una circunstancia objetiva fehaciente que permita acreditar, en la etapa ulterior, la omisión del Ministerio Público, con lo cual se preserva el principio rector durante la Etapa Preparatoria de que la investigación estará bajo su exclusivo cargo.

En cuanto a otros medios defensivos, el defensor puede oponer las excepciones previstas en el CPP entre las cuales se destacan la falta de acción, la extinción o prescripción de la acción penal o cualquier otro incidente innominado que permita una mejor demostración de los extremos sustentados por la defensa, sin que por esta amplitud se prescindiera del derecho a solicitar el sobreseimiento (provisional o definitivo) en cualquier momento de la investigación, siempre que la solicitud pretenda analizar cuestiones sustanciales o de fondo que justamente están reservadas eventualmente para su dilucidación en el juicio oral y público.

10. Modos de concluir la Etapa Preparatoria.

En la fecha señalada por el Juez *-o el Tribunal de Apelaciones, si es que se prorrogó extraordinariamente el plazo-* para que el Ministerio Público presente su requerimiento conclusivo (el artículo 303 del CPP al señalar la potestad del Juez Penal de Garantías para fijar la fecha de conclusión de la Etapa Preparatoria, habla de “presentar la acusación”, lo cual nos parece una redacción inexacta que contrastaría con la actuación *objetiva* del Ministerio Público en el sentido que al culminar su investigación necesariamente no tendría que concluir con la acusación, ya que lo que pretende es la averiguación -a través de la búsqueda de información relevante y objetiva- de la verdad histórica, real o material del o los hechos acaecidos) su investigación puede culminar de tres maneras hipotéticamente posibles:

- a) Requiriendo una acusación y solicitud de apertura a juicio oral y público (*cumpliendo los recaudos previstos en el artículo 347 del CPP*);
- b) Requiriendo una salida alternativa al procedimiento ordinario (*usufructuando, y, al mismo tiempo, cumpliendo con las mismas exigencias para aplicar las figuras alternativas que pudo requerir inicialmente conforme al artículo 301 del CPP*), y;
- c) Requiriendo el sobreseimiento provisional (*expresando taxativamente los motivos del artículo 362 del CPP*) o definitivo (*argumentando puntualmente cualquiera de los tres motivos que permitan plasmar dicha proposición, de acuerdo al artículo 359 del CPP*) del procesado.

La acusación, que es el acto mediante el cual el Ministerio Público o el querellante particular adhesivo, en su caso, requiere el auto de apertura a juicio, es la primera manera de finalizar la investigación y debe concitar la existencia de un fundamento serio derivado de una escrupulosa tarea investigativa del órgano pertinente, con estricto apego a la objetividad y legalidad.¹

Cuando no se ha encontrado fundamento serio para promover la acusación o cuando no se pudo identificar al imputado procederá alguna de las fórmulas de absolución anticipada o de clausura provisional del proceso que acabamos de referir como potestades también admitidas para su ejercicio a cargo de la defensa técnica. Entonces, este es el momento procesal para que el Ministerio Público *-como potestad propia y exclusiva-* solicite el sobreseimiento definitivo o provisional *-según el caso-*. Así como la Etapa Preparatoria se origina a través de actos iniciales perfectamente individualizados, también tiene señalados sus modos de conclusión.

¹ Léanse los trascritos artículos 268.1 de la Constitución Nacional y 54 (Objetividad) del Código Procesal Penal.

De esto se tiene que la investigación a cargo del Ministerio Público no puede quedar abierta *sine die*, indefinidamente, sin proceder a presentar la acusación, ya que la prolongación excesiva o irrazonable lesiona derechos humanos fundamentales, considerando los principios de seguridad jurídica y los derechos del imputado, en ese sentido se establece un plazo máximo de duración de la investigación.

Nos referimos en el mismo módulo que si el Ministerio Público no concluía su labor de investigación en el lapso ordinariamente trazado por el Juez Penal y según las pautas legales prefijadas, claro está, por causas no imputables a su actividad (que deben ser demostrables en la estación oportuna), disponía de las prórrogas ordinaria y extraordinaria por una sola vez *-para casos expresamente determinados en la ley-*. Fuera de esto, la conclusión de la Etapa Preparatoria a cargo exclusivo del Ministerio Público es la manera de pasar de la primera etapa que acabamos de explicar a la segunda etapa que algunos denominan como *crítica de la investigación*, pero que el Código Procesal Penal lo define expresamente como *Etapa Intermedia*.

No obstante, lo importante es que los anteriores códigos procesales no establecían una rigidez entre la conclusión de la investigación y el inicio de la crítica de la investigación o Etapa Intermedia, lo cual conspiraba con el correcto control de los actos conclusivos de la investigación y el ejercicio eficaz de la defensa en juicio.

Precisamente uno de los temas que generaron crispación entre los operadores de justicia penal es que la Etapa Preparatoria se convertía en una suerte de campo libre para la actividad investigativa y que un Ministerio Público con menos escrúpulos utilizaba el campo fértil de las mínimas formalidades para abusar de su poder coercitivo de investigación, trastornando los derechos y garantías elementales previstas a favor del imputado. Pero entiéndase que esta libertad de acción que dispone el Ministerio Público (que no es así, por el conjunto de reglas que operan y la necesidad de control jurisdiccional en actos trascendentales) durante el transcurso de la Etapa Preparatoria, tendrá que enfrentar con un control dialéctico y controversial de una Etapa Intermedia, en la que prevalecerá la crítica de sus conclusiones, y, obviamente, de sus actos de investigación que respaldarían su hipótesis fáctico-jurídica del caso.

Nótese, entonces, cómo es una afirmación apriorística falsa de pretender que el Ministerio Público puede prevalecer en una etapa y evitar los controles de su gestión durante la Etapa Intermedia, ya que ésta es la fase prevalente para gestionar las impugnaciones formales y materiales de una conclusión fiscal. El problema de la falta de funcionalidad o entendimiento de la naturaleza de la Etapa Intermedia es otro asunto, pero de ahí a sostener que la normativa no prevé mecanismos de control de los actos conclusivos nos parece un extremo infundado, y, por demás, exagerado.

10.1 La acusación y solicitud de apertura a juicio oral y público.

Lo dispuesto en el artículo 303 del CPP en su parte concreta que señala “...*En la notificación el juez indicará además, la fecha exacta en la que el fiscal deberá presentar su ACUSACIÓN, dentro del plazo máximo previsto para la etapa preparatoria; considerando un plazo prudencial en base a la naturaleza del hecho*”, nos da la pauta de que la principal forma de concluir la Etapa Preparatoria es a través de la acusación pública. Precisamente analizaremos este requerimiento conclusivo y sus implicancias con relación a las demás normas del ritual penal.

La norma que regula dicha figura surge del **artículo 347** del CPP que textualmente dice:

“Acusación y solicitud de apertura a juicio. Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputa-

do, en la fecha fijada por el juez, presentará la acusación, requiriendo la apertura a juicio.

La acusación deberá contener:

- 1) los datos que sirvan para identificar al imputado y su domicilio procesal;
- 2) la relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado;
- 3) la fundamentación de la acusación, con la expresión de los elementos de convicción que la motivan;
- 4) la expresión precisa de los preceptos jurídicos aplicables; y,
- 5) el ofrecimiento de la prueba que se presentará en el juicio.

Con la acusación el Ministerio Público remitirá al juez las actuaciones y las evidencias que tenga en su poder y pondrá a disposición de las partes el cuaderno de investigación”.

Alberto Martín Binder en su “Introducción al Derecho Procesal Penal” nos explica que: “...La acusación es un pedido de apertura a juicio, por un hecho determinado y contra una persona determinada, y contiene una promesa, que deberá tener fundamento, de que el hecho será probado en el juicio...”.

Lo expuesto coincide perfectamente con lo normado en la norma de referencia, permitiéndonos identificar varios aspectos significativos para una evaluación correcta acerca de las pautas obligatorias que debe contener una pretensión punitiva concreta del Ministerio Público y que dará base, hipotéticamente, al eventual juzgamiento del imputado (acusado) en el juicio oral y público, los cuales seguidamente exponemos:

- a) La justificación de la teoría del caso en una triple contención (proposición fáctica-conviccional, proposición jurídica y proposición probatoria), con la distinción que la primera de las proposiciones *-la fáctica-* debe erigirse en una tarea compleja y complementaria con las dos restantes proposiciones.
- b) El relato de los hechos por sí mismo es insuficiente, ya que si nos avenimos a la proposición meramente fáctica estaríamos repitiendo la exigencia prevista en el artículo 302 del CPP (Acta de Imputación), lo cual resulta incompatible con el deber de averiguación que compete al Ministerio Público. De ahí que la comparación entre Acta de Imputación y Acusación debe concitar una diferencia sustancial no sólo en calidad informativa, sino en la calificación de aquélla, es decir, que el acto conclusivo de pretender elevar la causa a un juicio oral y público permita inferir, de su lectura y posterior explicación oral en la Audiencia Preliminar, una pieza trascendente y relevante que le sirvan al órgano investigador una proposición positiva susceptible de ser probada en el juicio oral y público, mediante las pruebas a ser producidas oportunamente.
- c) En su interior, el Ministerio Público está convencido de que la causa reviste entidad y que los medios de información colectados durante la Etapa Preparatoria le permitirán probar con grado de certeza afirmativa (*más allá de cualquier duda razonable*) que el hecho punible existió y que el autor o partícipe del hecho punible es el acusado; más en su exterior conlleva una *promesa de que probará el hecho punible y la responsabilidad penal del acusado*, figura que en el derecho anglosajón se conoce como *probably cause*, estado mental suficiente para habilitar un juicio oral y público.
- d) Esa promesa de acreditar los dos extremos puntuales o ese convencimiento interno de que su certeza afirmativa se transmitirá sin mayores inconvenientes al criterio de los magistrados que juzgarán la causa, debe traslucirse en el relato coherente y cronológico de la historia fáctica. La credibilidad surgirá de la apoyatura de la información consolidada mediante la prueba identificada y ofrecida que se producirá, por regla, en el juicio oral y público. Entrelazando por reglas

lógicas y razonables entre el o los acontecimientos con los elementos de convicción (hacer hablar a las evidencias que anticipadamente permiten construir un caso creíble) la explicación no se traduce en una simple afirmación dogmática o en una cronología descriptiva, sino en una razonabilidad argumental que permita sortear cualquier dato trascendental que pueda concitar grietas en la construcción creíble de la teoría del caso.

- e) La puesta a consideración de las partes de las actuaciones que documentalmente sustentan la pretensión punitiva del Ministerio Público, con la elasticidad de que si se trata de actuaciones que conlleva gran volumen o dificultades para su traslado al Juzgado, es el órgano de acusación el que debe proponer la forma para que las partes puedan acceder, desde el primer momento, con tales actuaciones. Obviamente que la existencia de un impedimento material lo debe hacer saber el Ministerio Público, más si el mismo incumple en la fecha con esta carga, no lo puede enmendar, y, mucho menos, el Juez Penal de Garantías, suplir esta inobservancia.

10.2 Falta de acusación del Ministerio Público.

En este tópico analizaremos dos situaciones concretas que si bien son similares, no operan de manera idéntica, obviamente, partiendo de la situación de que el Ministerio Público no haya presentado la acusación y solicitud de apertura de la causa a juicio oral y público.

La primera es la que prevé el *Artículo 139 del CPP* que textualmente reza:

“Perentoriedad de la Etapa Preparatoria. Cuando el Ministerio Público no haya acusado ni presentado otro requerimiento en la fecha fijada por el Juez, y tampoco haya pedido prórroga o ella no corresponda, el Juez intimará al Fiscal General del Estado para que requiera lo que considere pertinente en el plazo de diez días.

Transcurrido este plazo sin que se presente una solicitud por parte del Ministerio Público, el juez declarará extinguida la acción penal, sin perjuicio de la responsabilidad personal del Fiscal General del Estado o del fiscal interviniente”.

La norma contempla la omisión del cumplimiento de la carga en la fecha fijada por el Juez Penal de presentar algún requerimiento conclusivo, no presentando una acusación ni cualquier otro requerimiento, o, si lo presentare, el planteo resulta claramente inadmisibile.

Cuando señalamos que se trata de una *falta de presentación*, nos referimos, como lo menciona el precepto de marras, la ausencia de todo requerimiento fiscal conclusivo (no se presentó acusación, alguna salida alternativa al procedimiento ordinario, sobreseimiento provisional o definitivo y la solicitud de prórroga ordinaria), mientras que cuando hace referencia a una petición notoriamente inviable para el momento procesal no hace referencia concreta, pero a modo de ejemplo, corresponde traer a colación el caso de la prórroga extraordinaria que se efectúa ante el Juez Penal, quien carece de competencia para entender en dicho planteo, aspecto que suficientemente motivará la inadmisibilidad del mismo.

La otra situación que se podría verificar es la del *Artículo 358 del CPP* que incorpora una situación específica diferente a la prescrita en el artículo 139 del ritual penal: existe un requerimiento conclusivo del Ministerio Público que no consiste en la acusación, por lo que se traduce en una auténtica oposición judicial a la pretensión de aquél, fundamentalmente en lo que concierne al criterio del magistrado de que la causa inexorablemente, desde su opinión, merecería una remisión a la etapa del juicio oral y público.

Dice el **artículo 358** del CPP: “**Falta de acusación.** Cuando el Ministerio Público no haya acusado y el juez considera admisible la apertura a juicio, ordenará que se remitan las actuaciones al Fiscal General del Estado para que acuse o ratifique el pronunciamiento del fiscal inferior. En este último caso, el juez resolverá conforme al pedido del Ministerio Público. En ningún caso el juez podrá decretar el auto de apertura a juicio si no existe acusación fiscal”

Nótese que la norma de oposición al requerimiento conclusivo final del Ministerio Público difiere de los casos del artículo 314 (oposición judicial a los requerimientos iniciales, con la excepción del Acta de Imputación que si bien no figura dentro de los requerimientos del artículo 301 del CPP, salvo en lo concerniente al acto de la notificación de dicha acta) y del artículo 139 (falta de cualquier presentación material del Ministerio Público en la fecha fijada por el Juez Penal). Estas diferencias se pueden extraer en los siguientes niveles:

- a) Existe un prejujuicio del Juez Penal cuando señala anticipadamente que el magistrado considera que la causa debe remitirse a la siguiente fase para la sustanciación de un juicio oral y público.
- b) Si bien se pueden efectuar varias disquisiciones respecto a dicha facultad (de hecho, esta circunstancia es suficiente ejemplo para poner de manifiesto que nuestro sistema es acusatorio mitigado), la norma postula esta coyuntura, aunque al final prevalecerá el temperamento del Ministerio Público, lo cual, también, en este nuevo escenario (la Fiscalía General del Estado ratifica el temperamento del inferior), subordina el criterio judicial al criterio de la acusación, cuando que la Etapa Intermedia está diseñada, precisamente, para que las partes en igualdad de oportunidades procesales puedan sostener sus pretensiones, extremo que se debilita cuando imperativamente dispone el mentado artículo 358 que el magistrado resolverá conforme a lo peticionado por la Fiscalía General del Estado.
- c) El plazo para tramitar la oposición no está previsto, ni se trata de un caso en que la ley autoriza a su fijación judicial, por lo que tendríamos que pautar la aplicación de la regla general en materia de traslados prevista en el artículo 164 del CPP –*el traslado es una figura que permite conocer a las demás partes de una presentación incidental o del ejercicio de una potestad judicial a los efectos de que se manifiesten los interesados con el planteo de una propuesta de solución (principio de bilateralidad y contradicción)*-, y que es de 3 (tres) días.

10.3 Imposibilidad material para acusar y elevar la causa a juicio oral y público.

Es el caso en que el Ministerio Público presenta una acusación que cumpla con las exigencias sustanciales que estipula el artículo 347 del CPP, pero adolece de un vicio formal que desnaturaliza el acto conclusivo de acusación y que se concentra en la falencia que presenta un acto propio de la Etapa Preparatoria a cargo del órgano de investigación consistente en la oportunidad que el imputado debió tener para prestar declaración indagatoria.

Nótese bien que pueden darse dos circunstancias posibles: *a) sencillamente que no existe forma de acreditar que el imputado prestó indagatoria o se le dio la oportunidad suficiente para hacerlo, y; b) existe un acto procesal como indagatoria, pero el mismo no cumple con las exigencias del Código Procesal Penal para reputarla como tal.*

En ambas coyunturas, el Ministerio Público no está autorizado para formular acusación, tal como lo instrumenta el artículo 350 del CPP que reza: “...si antes no se dio oportunidad suficiente para la declaración indagatoria del imputado, en la forma prevista por este código. En las causas por deli-

tos que no tengan prevista pena privativa de libertad, bastará darle oportunidad para que se manifieste por escrito, sin perjuicio de su derecho de declarar cuantas veces quiera”.

De la norma expuesta se pueden extraer las siguientes pautas:

- a) El aspecto central de la garantía puesta en controversia es la oportunidad del imputado para prestar declaración indagatoria, consistente en el derecho a la defensa (ejercicio de la materialidad de su defensa en juicio a través del acto de la declaración indagatoria) que está prevista en los artículos 16 y 17.5 de la CN.
- b) La forma prevista para acreditar el cumplimiento de la exigencia constitucional se ciñe a las advertencias preliminares del artículo 87 del CPP y las prohibiciones del artículo 88 del CPP.
- c) Si existe acusación del Ministerio Público con la falencia expuesta, el acto podría estar viciado y el interesado podrá plantear un caso de nulidad absoluta.
- d) Como se trata de una garantía fundamental, el juez o tribunal, en cualquier estado del procedimiento, podrán declarar el vicio y la consiguiente nulidad de las actuaciones que directa o indirectamente están conectadas al acto irregular.
- e) La demostración de que existió oportunidad suficiente para prestar declaración indagatoria constituye el núcleo de la cuestión puntualizada en el artículo 350 del CPP, por lo que si se atacan vicios concernientes al documento en el cual consta la declaración, pero se puede demostrar con otros medios que existió la oportunidad, prevalece ésta última circunstancia y el acta puede ser declarada nula, más no el acto que subsiste por los otros medios de acreditación.

10.4 Posición del querellante adhesivo.

Cuando analizamos el rol del querellante adhesivo en el procedimiento ordinario, anticipamos que dos limitaciones presentaba aquél con relación a la posición adoptada por el Ministerio Público, las cuales, justificaban la naturaleza *adhesiva*, pero, reiteramos, puntillosamente en dos momentos procesales. Pues bien, el segundo momento procesal se da con la lectura de la parte final del *artículo 358 del CPP* que establece que “*En ningún caso el juez podrá dictar el auto de apertura si no existe una acusación fiscal*”, por lo que si se da la circunstancia de que el querellante adhesivo efectivamente presentó su acusación en la fecha fijada por el juez penal para que la Fiscalía presente su requerimiento conclusivo, y, aquél no lo hiciera, la causa no podrá superar la fase intermedia, y, por ende, la imposibilidad material para la apertura de un juicio oral y público es absoluta. He aquí una clara evidencia de las facultades menguadas de la víctima que asume el rol de querellante en una causa penal de acción pública.

Fuera de esta característica, lo concreto es que el Ministerio Público debe presentar *-la expresión es imperativa-* una acusación con los mismos recaudos previstos en el artículo 347 del CPP. Debe consignarse que lo imperativo de la norma se da con relación a la presentación de una acusación, si es que decide asumir el rol de querellante adhesivo, reiterando que ésta última figura sigue siendo potestativa. Finalmente, la dependencia de la asunción de la querrela adhesiva y, luego, la obligación de presentar acusación particular, siempre, según vimos, queda sujeta, a la presentación PREVIA de la acusación pública con las exigencias del artículo 347 del CPP, claro está, que la norma está referida *-esencialmente-* al Ministerio Público. Cumplida dicha carga por el órgano de persecución oficial y público, el que pretenda ser querellante adhesivo, preserva su autonomía en cuanto a su pretensión punitiva, la relación fáctica y la calificación jurídica, respectivamente.

Nótese, entonces, que la adhesividad es coyuntural y supeditada tan sólo a la existencia de una acusación pública, la cual, una vez superada, automáticamente permite que la víctima foralmente con una acusación adquiera la triple dimensión para esbozar, autónomamente, su teoría fáctica, jurídica y probatoria sobre el o los hechos pretendidos para su juzgamiento.

10.5 Otras maneras de concluir la etapa preparatoria.

Dijimos que el Juez Penal tiene la potestad de señalar la fecha para que el Ministerio Público presente su acusación o formule otros requerimientos conclusivos, con lo cual, se quiere enfatizar que precisamente el órgano fiscal no tiene que culminar con una solicitud de acusación para derivar la causa a juicio oral y público; en este sentido tiene distintas alternativas que se pueden resumir en los siguientes numerales:

- a) *Si la investigación no proporciona fundamento serio para sostener una acusación pública, solicitará el sobreseimiento **definitivo** o **provisional**, según el caso. Será **definitivo**, cuando los hechos investigados denoten que los mismos no constituyen hecho punible, o que el hecho probado no reviste características penales, o que directamente el imputado no participó del hecho imputado; será **provisional**, cuando los elementos de investigación colectados durante la etapa preparatoria son insuficientes y se puede inferir razonablemente la realización de otras pesquisas que pudieran variar la probabilidad afirmativa de que el imputado pueda ser considerado como autor o partícipe del hecho imputado.*
- b) *Es importante tomar en consideración que el sobreseimiento **provisional** se justificará cuando la Fiscalía acredite que las diligencias pendientes no pudieron cumplirse por causas ajenas a su voluntad –casos de pruebas complejas o de evidencias que no se encuentren a disposición del Ministerio Público, etcétera-, sin cuyo requisito no se podría sostener válidamente tal requerimiento; a más de esto, si el juez penal accede a la solicitud el sobreseimiento provisional se convertirá automáticamente en **definitivo**, si es que luego de transcurrido **un año** o **tres años**, según se trate de delitos o crímenes, del decreto de tal situación no se incorporen o se produzcan las diligencias pendientes de cumplimiento.*
- c) *También podrá solicitar similares requerimientos a los expuestos en el **artículo 301** del CPP, es decir: la aplicación de un criterio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, el juicio abreviado, la conciliación, los acuerdos reparatorios y la revisión de las medidas cautelares ya impuestas.*
- d) *Fuera de estos supuestos, el Ministerio Público también podrá solicitar la acumulación o separación de procesos, plantear las excepciones previstas en la ley (aunque esta posibilidad es más difícil, ya que ordinariamente estas defensas deberán plantearlas las defensas técnicas, pero se recalca que esta alternativa podría verificarse para los casos de falta de competencia o falta de acción en el acusador particular por la naturaleza de los hechos punibles investigados, por citar algunos ejemplos puntuales).*