

INSTRUCCIÓN POR EL FISCAL

José I. CAFFERATA NORES

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *La acentuación del método acusatorio*; III. *La investigación preparatoria*.

I. INTRODUCCIÓN

En términos generales puede decirse que la noticia sobre la posible comisión de un hecho delictivo debe generar la reacción oficial tendente a verificarla, que se expresa en un procedimiento de investigación en procura de establecer si la *noticia criminis* tiene suficiente fundamento probatorio como para acusar formalmente al sospechoso ante un tribunal que, en tal caso, deberá juzgar en definitiva sobre la culpabilidad o inocencia de aquél.

a) Esta secuencia puede descomponerse, como se ve, en dos momentos: El primero (investigación preparatoria), procurará establecer si existen elementos probatorios suficientes para fundar una acusación contra la persona investigada; caso contrario, corresponde clausurar el procedimiento (sobreseimiento).

El segundo (juicio), intentará verificar si puede probarse en forma cierta que la persona acusada es penalmente responsable del delito que se le atribuye, lo que determinará su condena, o si tal convencimiento no se logra, la existencia de dudas obligará a su absolución.

También se autoriza la posibilidad de que la sentencia sea re-examinada con el propósito de controlar —y sanear— la existencia de errores que la hagan injusta (recursos).

b) Los códigos procesales mantienen en general esta secuencia aun cuando varían en orden a diferentes aspectos, como por ejemplo, si la investigación previa a la acusación la debe realizar un fiscal o un juez, o si el juicio posterior a ella debe desarrollarse en

forma escrita o en forma oral, o si los recursos contra la decisión final deben permitir una revisión de los hechos, o restringirse a un mero control de la correcta aplicación de la ley.

Como hemos tomado posiciones sobre estas alternativas de política procesal, nos ha parecido útil expresarlas en el marco de este evento. Adelantándonos diremos que (dadas ciertas condiciones de naturaleza institucional) es conveniente colocar en manos del Ministerio Fiscal la investigación preliminar de los hechos delictivos con el auxilio de la policía judicial y bajo el control de un juez. La acusación que como consecuencia se produzca, deberá ventilarse en un juicio oral y público. En todo momento deberán respetarse los derechos del sujeto sometido al procedimiento.

II. LA ACENTUACIÓN DEL MÉTODO ACUSATORIO

Lo expuesto requiere un nuevo perfil del proceso penal mediante la acentuación del método acusatorio.

Este principio que en

la antigüedad tuvo un valor material al hacer depender la sanción a una infracción de un acto voluntario de una persona privada, tiene hoy un valor meramente formal: consiste en separar las funciones que el Estado desarrolla en materia penal mediante el simple expediente ritual de instituir dos organizaciones diferenciadas de funcionarios —el Ministerio Público y los tribunales— otorgando a los dictámenes de un significado jurídico requirente y a los otros valor de decisión e impidiendo que esta última tarea se ponga en movimiento sin un requerimiento previo de los funcionarios del Ministerio Público.¹

Pero a nuestro parecer la estructura general del nuevo procedimiento debe procurar, además, que el órgano jurisdiccional, durante todo el proceso, deje de ser un protagonista activo y oficioso de la búsqueda de la verdad (inquisidor) y trasladar esa responsabilidad al órgano requirente. Se propone así un nuevo diseño en la distribución de roles entre ambos tipos de funcionarios, mucho más acorde con la naturaleza de la potestad que ejercitan.

¹ Maier, Julio B., *La Ordenanza procesal penal alemana*, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 64.

Así, el Ministerio Fiscal deberá tener a su cargo la investigación preparatoria destinada a reunir las pruebas necesarias para fundar la acusación, mientras que un juez (y un tribunal de alzada por vía de recurso) sólo controlará la observancia de las garantías individuales y el sustento probatorio de aquélla cuando sea cuestionado por la defensa, sin tener atribuciones probatorias propias.

Durante el juicio, el Ministerio Fiscal tendrá bajo su responsabilidad la iniciativa probatoria para el descubrimiento de la verdad, debiendo quedar condicionado a su previo pedido (o al de las otras partes), el ejercicio de la mayoría de las facultades probatorias que hoy las leyes acuerdan autónomamente al tribunal (instrucción suplementaria, incorporación de oficio de nuevas pruebas, etcétera (véase IV, e).

Se posibilitará de este modo, que el perfil de la actuación de los jueces se compadezca mejor con la esencia de su función, que es la de juzgar, decidiendo sobre la observancia de garantías y el fundamento probatoria de la acusación (durante la investigación) o en forma definitiva sobre la responsabilidad penal del acusado, con base en las pruebas aportadas (juicio), evitándose en todo caso que deba buscarlas primero y juzgar sobre su eficacia después.

III. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Con arreglo a lo dispuesto por las constituciones, la acusación es requisito indispensable para la validez del juicio que puede culminar con la imposición de una pena.

Pero es cuestión de política procesal determinar si las pruebas en las que el fiscal fundará su acusación serán buscadas y seleccionadas por él mismo (investigación fiscal preparatoria),² o si por el contrario, aquellas probanzas deberán ser recogidas por el juez (instrucción).³

Hemos optado por la primera posibilidad, porque creemos que presenta las siguientes ventajas, si se combinan ciertas condiciones:

² Véase Cafferata Nores, José I., "La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional", en *Doctrina Penal*, 1987, pp. 675 y ss. En igual sentido Vázquez Rossi, Jorge, "Crisis de la justicia penal-pronóstico y propuestas", en *Doctrina Penal*, 1987, núm. 39.

³ Sobre la constitucionalidad de la investigación fiscal preparatoria. Véase los argumentos de Jorge Montero y colaboradores "Sustitución de la instrucción formal por la investigación fiscal preparatoria", en *Actas del XVI Congreso Argentino de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1991.

a) Bajo un criterio puramente técnico o científico, se puede señalar que el desempeño de tareas de investigación que cumple el juez en la instrucción no se corresponde con la imparcialidad que debe presidir el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Si bien históricamente la investigación fue puesta a su cargo para buscar mayores garantías para el sospechoso, los resultados, en este aspecto, no han sido precisamente paradigmáticos. La triple función asignada al juez de instrucción (investigador del imputado, contralor de la observancia de las garantías de éste, y evaluador del mérito probatorio de su propia investigación) es menos una utopía institucional que una práctica hipócrita.⁴

Además, parece artificial que el fiscal base su acusación en pruebas que no son recibidas por él y para cuya selección carece, generalmente, de toda iniciativa vinculante, pues sólo puede proponer diligencias que el juez cumple si, a su exclusivo criterio, resultan pertinentes y útiles.

También es criticable la inversión de funciones, ya que el fiscal que debe investigar, se limita a controlar la investigación y el juez que la debe controlar, la realiza personalmente.

Creemos entonces más conveniente establecer un procedimiento de investigación a cargo del Ministerio Fiscal, eficaz, ágil, y garantizador, reduciendo la actividad del juez sólo a algunas instancias de autorización o control, impuestas por requisitos constitucionales. Con él, además de un mayor resguardo de aquellos principios, se procura obtener también ventajas prácticas en orden a la eficacia, al evitar cierta pomposidad de la instrucción jurisdiccional para fundar la acusación, y al aprovechar la actividad policial dirigida por el fiscal (que en aquel sistema se reproduce ante el juez), acordándole al Ministerio Público la estrategia de la investigación.

b) La agilidad y la eficacia de la investigación fiscal preparatoria, dependerá fundamentalmente de las atribuciones que se otorguen al fiscal, pues mientras mayor sea la autonomía que tenga de los jueces en orden a los poderes de investigación y coerción, ma-

⁴ El juez de instrucción incumplió "la utopía institucional del control propio" dice Maier, Julio B., "Exposición de motivos del anteproyecto. . .", *cit.*, *Doctrina Penal*, año 11, núm. 42, p. 343. Además, el "que había reunido las pruebas, sólo raras veces estaba en condiciones de apreciar su resultado en forma imparcial" concluye Baumann, Jurgen, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 49. "La imparcialidad de un juez o de cualquier órgano pesquisidor, es un estado que la psiquiatría ha rotulado como esquizofrenia. . .", Rodríguez, Mariano, "Los sujetos procesales, en *Semanario Jurídico*, 30-XI-89.

yores serán las posibilidades de éxito. Ello sin trasponer los límites infranqueables que imponen las garantías constitucionales. También tiene influencia en la eficacia el sistema de división del trabajo que se imagine para los fiscales.

Pero, para fijar posición sobre este problema, es imprescindible reparar en la situación institucional del Ministerio Fiscal.⁵ Sin dudas que no es lo mismo el marco de imparcialidad e independencia funcional que ofrece, por ejemplo, la pertenencia de este organismo al Poder Judicial que su dependencia del Poder Ejecutivo, por cuanto la inserción del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial, hace partícipes a sus miembros de las cláusulas sobre designación, estabilidad absoluta, remoción y otras previstas para los jueces.

Es que las garantías de imparcialidad, legalidad e independencia no derivan sólo de la naturaleza jurídica de la potestad que se ejerce —jurisdiccional o requirente—, sino más bien de la situación institucional de quien la ejerce y de los principios que gobiernan su actuación. Si el Ministerio Fiscal integra el Poder Judicial, es libre de influencias de los otros poderes, partidos políticos o grupo de intereses, y debe buscar objetivamente la verdad, ofrece suficientes garantías como para alcanzar un grado de confiabilidad que haga razonable otorgarle facultades autónomas de investigación y coerción, que permitan que su tarea sea desempeñada con eficacia y agilidad. Por cierto que, en todo caso, debe asegurarse la autorización o el control jurisdiccional —según sea el caso— de los actos que afectan derechos del imputado o de terceros.

1. En orden a las atribuciones probatorias, el fiscal, debe ser el dueño de la estrategia de la investigación y estar facultado para recibir todas las pruebas, aun las definitivas e irreproducibles, siempre que en este último caso se garantice la intervención de la defensa. Pero los elementos de convicción que recoja durante la investigación preparatoria sólo tendrán valor para dar fundamento a la acusación o al sobreseimiento, en su caso.

Si se pretendiera utilizar esas pruebas para fundar la sentencia habrá que reproducirlas durante el juicio, bajo el régimen del contradictorio pleno, salvo que hubiesen sido cumplimentadas con arreglo al régimen de los actos definitivos e irreproducibles (que importa un verdadero anticipo de contradicción). Sólo en casos

⁵ Estas son las condiciones institucionales a que nos hemos referido al principio.

sumamente excepcionales, los actos cumplidos por el fiscal podrán ser utilizados directamente (es decir, sin ser reproducidos) para dar base a la sentencia (*v.gr.* declaración de un testigo que fallece antes del juicio).

2. Respecto a las medidas de coerción, si bien consideramos que la intervención jurisdiccional —aun en las más fugaces— resulta insoslayable, también creemos que, salvo casos especiales, es de pura política procesal establecer si esa intervención debe ser anterior y obligatoria a la medida o si, por el contrario, puede ser inmediatamente posterior a su imposición por el fiscal y a instancia del imputado o de su defensor.

Admitimos que la primera hipótesis parecería ser la más simétrica. Pero estimamos, sin duda, que sería de engorrosa aplicación. La segunda, en cambio, ha demostrado en algunos lugares,⁶ ser práctica e inocua.

Por cierto que si se acuerdan al fiscal atribuciones coercitivas autónomas, deben estar siempre sujetas al contralor del juez y de un tribunal de alzada (por vía de recurso).

3. Finalmente el resguardo del derecho de defensa del imputado exige que no pueda ser acusado sin antes tener oportunidad de ser oído, con asistencia de su defensor; que se le permita hacer aportes probatorios y participar en su incorporación al proceso y que pueda criticar el fundamento fáctico y jurídico de la acusación, procurando evitar la apertura a juicio.

Esto último responde no sólo a una conveniencia práctica —evitar el costo que representa que todas las acusaciones pasen directamente a juicio— sino, y principalmente, a dar mayores garantías al imputado.

Creemos que el examen jurisdiccional sobre el fundamento de la acusación no es una derivación necesaria de la garantía de defensa en juicio o del debido proceso. Por ello es que no la proponemos como obligatoria para todos los casos, sino que la prevemos, únicamente, a instancias del defensor. En tal sentido, a éste se le acuerda

⁶ *Vgr.* en la provincia de Córdoba, República Argentina, existe desde hace más de cincuenta años la investigación fiscal preparatoria para delitos leves, pues el ejercicio por parte de los fiscales de sus atribuciones coercitivas no ha sido arbitrario, al punto que se registran muy pocos casos en que los imputados hayan pedido el control jurisdiccional de su privación de libertad y, entre ellos, es mínimo el porcentaje de sulturas ordenadas por el juez. Esta especie de regla de experiencia, vigente por medio siglo, no puede ser desaprovechada a la hora de resolver sobre estos temas.

el derecho de oponerse al progreso de la acusación cuando alegue que ella es infundada desde el punto de vista fáctico o legal. La oposición se ventilará ante el juez, cuya decisión será controlable —vía recurso— por el tribunal de alzada.

La distribución de la tarea de los fiscales con un criterio temporal (sistema de “turnos”) conspira contra su intervención personal en la investigación, diluye la posibilidad de contralor de los actos de la policía y reduce el marco de las responsabilidades funcionales.

Para evitar estos problemas, se propone cambiar este criterio por uno de carácter especial, disponiendo que cada fiscal, tenga un ámbito territorial permanente para el cumplimiento de sus tareas.

La sustitución del sistema cronológico por el geográfico tendrá gran importancia, fundamentalmente en las grandes ciudades, pues permitirá controlar mucho más de cerca el delito y habrá un solo responsable de su investigación, lo que redundará en eficacia.

Para facilitar este propósito, la regulación orgánica debe autorizar a la cabeza del Ministerio Fiscal a impartir instrucciones a los inferiores, a disponer la rotación de fiscales o la afectación de varios fiscales o de uno o más funcionarios inferiores al tratamiento e investigación de un solo caso, cuando su importancia lo justifique, o la intervención en el mismo de un fiscal superior que pueda asumir su dirección. También deberá poder disponer que uno o más funcionarios del Ministerio Público presten servicios en determinadas dependencias.

No podemos olvidar, finalmente que el proceso penal moderno esgrime entre sus principales propuestas la de jerarquizar el juicio plenario, reduciendo la investigación previa a una función meramente “preparatoria”.

Sin embargo, este propósito no se logra acabadamente, pues la instrucción jurisdiccional opera como un verdadero “caballo de Troya”⁷ del viejo sistema, y amparada por una mentalidad, hija de muchos años de rutinaria práctica se resiste a adaptarse a su nuevo papel. El juicio queda reducido, en muchos casos, a un ejercicio de comprobación acerca de la eficacia de las pruebas (que no debían ser definitivas), en orden a la certeza necesaria para conde-

⁷ Una argumentación similar realicé ante la “Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación” al tratar el proyecto de Código procesal penal que fuera finalmente sancionado.

nar: “Los jueces de instrucción se han convertido en verdaderos tribunales de sentencia”.⁸

La investigación fiscal propuesta debe ser verdaderamente “preparatoria” facilitando que el juicio plenario vuelva a ser, como corresponde por sus conocidas ventajas y virtudes, la estrella de primera magnitud del proceso penal.

⁸ Montero, Jorge, *et. al., op. cit.*