

EL REQUERIMIENTO DE INSTRUCCION: ¿ES SIEMPRE NECESARIA SU EXISTENCIA?

ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LA JURISPRUDENCIA DE
LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL

RODRIGO DIEGO BORDA

I - INTRODUCCION. PLANTEO DEL PROBLEMA.

Podríamos señalar en principio, que el problema principal que se suscita con relación a la necesidad del requerimiento fiscal de instrucción jurisdiccional se halla en la dificultad que le provoca al intérprete de la ley otorgarle un sentido armónico a dos de las normas en juego, el art. 188 y el 195 del CPPN.

Por un lado el art. 195 del Código Procesal Penal de la Nación establece que “la instrucción será iniciada en virtud de un requerimiento fiscal, o de una prevención o información policial, según lo dispuesto en los arts. 188 y 186, respectivamente...”. Al parecer, según la cruda literalidad del enunciado, puede señalarse que se autoriza la iniciación de la instrucción por vía de la “prevención o información policial” como alternativa al requerimiento fiscal, tal como se desprendería claramente del uso de la conjunción disyuntiva “o” en el precepto en análisis. Dicha interpretación se basa a su vez en la idea de que dicha norma seguiría al modelo del Código de Córdoba de 1939, que trata este tema de una manera muy particular, pues tal como lo apunta D’Albora (1), cuando Soler y Vélez Mariconde confeccionaron el proyecto cordobés, si bien se inspiraron en el código italiano —el cual sólo hacía viable la iniciación del sumario mediante el requerimiento del Ministerio Público—, tuvieron presente toda nuestra tradición de raigambre hispánica, conforme a la cual se reconocía aptitud promotora a la denuncia y a la prevención policial. Así suprimieron aquélla como acto eficaz para ser evaluada directamente por el juez y en cambio, al no poder soslayarse el impedimento que las enormes distancias significaban

(1) D’Albora, Francisco, “Curso de Derecho Procesal Penal”, t. 1, Ed. Policial, Bs. As., 1986, pág. 110.

—agudizadas entonces por la carencia de medios de comunicación—, concedieron aptitud a la prevención policial para que el juez pudiese tratarla directamente. De esta manera se constituyó un sistema ecléctico que buscó salvaguardar sólo en parte el principio acusatorio.

Pero a pesar de lo expuesto precedentemente, el art. 188 del mismo cuerpo legal, al establecer que “el agente fiscal requerirá al juez competente la instrucción, cuando la denuncia se formula directamente ante el magistrado **o la policía y las fuerzas de seguridad...**”, pareciera restarle legitimidad como acto promotor de la instrucción al sumario iniciado por la autoridad policial sobre la base de una denuncia, exigiéndose también en estos casos la necesaria exteriorización persecutoria del fiscal, con miras a la promoción de la acción penal pública.

En consonancia con esto puede citarse lo establecido en los arts. 5 y 65 del CPPN, según los cuales se determina que es el Ministerio Fiscal el órgano encargado de ejercer la acción penal pública. En este sentido, resulta muy explícito el propio autor del actual Código Procesal, Ricardo Levene (h.) cuando señala que “...éste (el Ministerio Público) es el órgano encargado de impulsar la acción penal, ya que conforme al principio *ne procedat iudex ex officio* se quita al juez este rol (el de actuar de oficio) o sea que no podrá ordenar directamente el procedimiento” (2).

Desde esta óptica puede decirse que, sin perjuicio de haberse mantenido la figura del “Juez de Instrucción”, y también, sin perjuicio de haberse establecido, en el art. 348 del CPPN, el procedimiento del “control jurisdiccional”, la nueva ley tendría una impronta acusatoria que permitiría enmarcarla dentro de los modelos de procedimientos mixtos donde la acción penal es ejercida por un órgano estatal, el Ministerio Público, y la jurisdicción por jueces técnicos, sin que una y otra función se vean confundidas (3).

Atento a lo expuesto, la contradicción surge en forma clara, pues mientras que el art. 188 prescribe que a toda denuncia presentada ante las fuerzas de seguridad debería acompañarse el requerimiento fiscal de instrucción para dar inicio legalmente a la

(2) Levene (h.) y otros, “Código Procesal Penal comentado y concordado”, Depalma, Bs. As., 2º Ed. 1993, pág. 143.

(3) Gustavo Bruzzone y Miguel G. Pons, “El modelo acusatorio en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Bs. As., N° 0, pág. 221.

causa, el art. 195 autoriza la iniciación a través de una prevención —la que conforme al art. 183, podría originarse en una denuncia— y aun por simple “información policial”.

Este problema se origina seguramente en el hecho de que al proyecto del Doctor Levene (h.) se le realizaron algunas modificaciones, a propuesta del Ministerio de Justicia, en su paso por el parlamento. Entre los cambios realizados al proyecto original, se encuentra el agregado de la norma del art. 188, la cual tampoco se hallaba contemplada en el Código de Córdoba de 1939 —fuente del proyecto Levene—. Al parecer dicha norma, junto con la del art. 196 del CPPN, implicaron una fractura de la estructura del código dispuesta en su proyecto original, respecto a la forma de dar inicio a la actividad instructora (4), y la intención en el Ministerio de Justicia de la Nación al introducir dichos cambios habría sido la de acentuar la orientación acusatoria de la nueva ley procesal (Nº 23.984), procurando a su vez que se vayan amoldando las “costumbres judiciales” al cambio que en definitiva se avizora como ineludible: el procedimiento de citación directa en manos del ministerio público (5).

Pero como bien advierte Maier (6) “estas modificaciones de último momento tienen el defecto técnico de haber sido insertadas en un contexto normativo no previsto para ellas, y por esta razón provocan dificultades de interpretación insuperables...”, “...sin embargo, esos problemas técnicos se ven agravados, fundamentalmente, por una interpretación judicial dependiente de las rutinas y vicios prácticos adquiridos en la aplicación del CPCrim. Nacional (1889), realidad que expresa la resistencia de los funcionarios judiciales a admitir nuevas instituciones e, incluso, a la interpretación progresiva de instituciones antiguas”.

Y es frente a este tipo de problemas en donde se debe reparar en que la búsqueda del “espíritu” de la ley, o bien de la “voluntad del

(4) Cf. Fedel Daniel Bladimiro, “El requerimiento de instrucción: ¿Es necesaria su existencia respecto a las prevenciones policiales iniciadas por denuncia?”, L.L., t. 1993-C, pág. 67.

(5) Gustavo A. Bruzzone y Miguel G. Pons, op. cit., pág. 221.

Es un modelo de investigación preliminar en el cual el órgano encargado de la persecución penal (el fiscal), distinto a aquel que controlará la legalidad de sus actos (Juez de garantías), recoge en forma ágil e informal, aquellos elementos que le permiten fundar **solamente** su pretensión de llevar al investigado a juicio.

(6) Maier, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal, Tomo I. Fundamentos”, Ed. Del Puerto, 2º ed., Bs. As. 1996, págs. 433 y 434.

legislador”, como métodos interpretativos, no nos conducen a ninguna parte, pues ¿cuál es el “espíritu” del Código Procesal Penal de la Nación?, ¿debería prevalecer la estructura del proyecto original, inspirada en el código cordobés de 1939?, o bien ¿debería hacerse prevalecer la ideología que impulsó al Ministerio de Justicia a proponer las modificaciones señaladas? (7). Además, debe tenerse en cuenta que el llamado “legislador” no es una persona real, individual, de carne y hueso, sino una corporación, compuesta por muchos miembros, con un procedimiento complicado para sancionar la ley, miembros que en muchas ocasiones sólo votan afirmativa o negativamente según instrucciones, sin comprender totalmente, incluso, aquello que sancionan (8), o bien que están guiados por distintas motivaciones ideológicas y/o políticas, pudiendo llegar incluso a votar conjuntamente una ley, como en este caso la N° 23.984, pero por distintas razones o fundamentos. Lo cual se presenta comúnmente en el quehacer parlamentario, debido a que la mayoría de las leyes son fruto de largas negociaciones, y estas negociaciones traen aparejadas agregados o supresiones al proyecto original, los cuales impiden definitivamente que se pueda afirmar sin lugar a dudas cuáles fueron las motivaciones que guiaron al llamado “legislador”, pues la intención de los distintos miembros del parlamento que votaron por la afirmativa estaría guiada por distintos objetivos, y en este caso ¿la intención de que legislador debe prevalecer?

Debe resaltarse además la vacuidad de la llamada “interpretación armónica”, pues ¿cómo puede armonizarse lo literalmente contradictorio?

A la luz de lo señalado, entiendo que corresponde encarar el análisis sistemático de las interpretaciones dadas por la Cámara Nacional de Casación Penal a las normas señaladas desde una óptica que nos permita su evaluación teniendo en cuenta las siguientes dos cuestiones:

A) Consolidación de un modelo de enjuiciamiento penal que responda a lo prescripto por nuestra Constitución Nacional.

B) Determinación del rol institucional que le corresponde al Ministerio Público como titular exclusivo de la acción penal (arts. 5 y 65 del CPPN; 120 de la Const. Nac.).

(7) Sobre el informe del Sr. Ministro de Justicia y su discusión parlamentaria, ver Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación del 28/8/91, págs. 2176 y ss.

(8) Maier, Julio B. J., op. cit., pág. 234.

A) El modelo constitucional de enjuiciamiento penal.

En referencia a esta primera cuestión, debe señalarse que se parte del presupuesto de que nuestra Constitución Nacional (1853/60/1994), inspirada en el modelo estadounidense del siglo XVIII, otorga pautas claras para la formulación de un determinado tipo de procedimiento en materia penal. Dichas pautas habrían sido ignoradas a raíz de fuertes condicionamientos culturales de naturaleza inquisitiva, respecto de los cuales a nuestro país le resulta dificultoso desembarazarse por razones histórico-políticas.

Nuestro modelo constitucional fue elaborado en consonancia con una cultura, la norteamericana, que utilizaba el sistema acusatorio como instrumento para canalizar y resolver los conflictos de carácter penal. De allí que los constituyentes hayan previsto el juicio por jurados (arts. 24, 118 y 75 inc. 12, CN) lo que no puede imaginarse sin el modelo acusatorio; ello se encuentra reafirmado a su vez, por la totalidad de los artículos que se refieren a la regulación del juicio político (arts. 53, 59, 60 y 114 inc. 5º, CN), donde la estructura siempre consiste en un órgano que acusa y otro que juzga (9).

La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso, por un lado es el acusador quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro se presenta el imputado, como sujeto de derechos colocado en una posición de igualdad con el acusador, quien puede resistir la imputación ejerciendo su derecho de defensa, y finalmente es el tribunal quien tiene en sus manos el poder de decidir, pero los límites de su decisión, como así también su actuación misma, se encuentran condicionados al reclamo (acción) del acusador, al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado.

No es casualidad que este sistema de enjuiciamiento haya sido aplicado en épocas de apogeo de las repúblicas, tanto antiguas (Grecia, Roma) como las modernas (Francia y el movimiento reformador del siglo XIX), pues su correspondencia con el sistema republicano de poder político resulta evidente (10). Dicho sistema republi-

(9) Gustavo A. Bruzzone, "Sobre la garantía del juez imparcial", Nueva Doctrina Penal, Ed. Del Puerto, t. 1996/A, págs. 542 y 547.

(10) Maier, Julio B. J., op. cit., pág. 444.

cano, acogido por nuestra carta magna, pretende que quien ejerza un determinado poder no se controle él mismo, sino que el freno y equilibrio provenga del enfrentamiento externo con otro (el llamado sistema de “frenos y contrapesos”). En este sentido señala correctamente Maximiliano A. Rusconi (11) que “si se coincide con que la concepción de los sistemas republicanos y también la idea de la división del ‘poder’ estuvo siempre destinada al reconocimiento de la garantía de la libertad individual, es fácilmente observable cómo el proceso penal debe estar en consonancia con el sistema político constitucional, de otro modo es seguro que la función del texto constitucional allí donde con más firmeza debe influir (frente al ***ius punendi estatal***), sólo quedará relegada a una sistemática y ordenada expresión de deseos que el desarrollo institucional del Estado se encargará de remarcar su carácter utópico”. Pues si lo que se pretende es asegurar los derechos individuales frente al poder del Estado, debe repararse en que allí donde se intenta reglamentar el uso de la violencia estatal es donde específicamente se debe ser más consecuente con el sistema republicano prescripto por la Constitución, pues como señala Maier (12) “...por estar más cerca del hombre y su realidad concreta, al tratarse de reglas jurídicas directamente dirigidas a la realización del poder penal del Estado, la correlación entre el sistema político imperante y el contenido del derecho procesal penal es aún más directa e inmediata que en cualquier otra rama jurídica, incluido el derecho penal material”.

Por lo tanto, si lo que se busca es asegurar el respeto por las garantías constitucionales precisamente en donde corren mayor peligro de ser vulneradas, esto es en la etapa instructora, no puede prescindirse del requerimiento fiscal como instrumento para salvaguardar la imparcialidad del órgano jurisdiccional, imponiéndosele de esta manera el objeto procesal y limitándosele su campo de conocimiento desde el inicio de las actuaciones.

Debe evitarse que el juzgador se encuentre comprometido con la imputación penal, pues no es posible que un mismo órgano actúe y se controle a sí mismo, y a su vez evite la parcialidad que dicha concentración o superposición de tareas implica.

La existencia de un requerimiento de instrucción tiende a garantizar no sólo la imparcialidad del Juez interviniente (cf. art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y art. 8

(11) Maximiliano A. Rusconi, “División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público”, L.L., t. 1991-D, pág. 1133.

(12) Maier, Julio B. J., op. cit., pág. 260.

Nº 1 del Pacto de San José de Costa Rica), sino también el derecho de defensa en juicio del imputado (art. 18, CN) (13), en tanto dicho principio constitucional impone, como base de todo enjuiciamiento penal, la existencia de una acusación clara, precisa y debidamente intimada.

Si bien nuestro sistema procesal merece el calificativo de “mixto” por el hecho de que el Juez de Instrucción conserva aún facultades investigativas, cuando su situación debiera ser la de mero garante del respeto a las garantías individuales durante la instrucción, que debería quedar enteramente en manos del fiscal, donde decididamente no es “híbrido” nuestro sistema sino claramente acusatorio es precisamente en el momento de la promoción de la acción penal, donde se ha eliminado definitiva y contundentemente la posibilidad de que el juez inicie de oficio una causa. Esto impone la imperiosa necesidad de dejar a salvo lo poco que de acusatorio tiene nuestra ley procesal, que por el mismo hecho de ser “mixta” “...el esfuerzo por interpretarla conforme al modelo constitucional debería ser un imperativo de cada mañana” (14).

B) El rol institucional del Ministerio Público.

En lo que respecta a esta segunda pauta señalada, la determinación del rol institucional del Ministerio Público, es de capital importancia remarcar la existencia de la llamada “selectividad espontánea” en todo sistema penal, que conduce a una aplicación irracional y poco igualitaria de la potestad punitiva estatal, frente a lo cual resulta imperioso ajustar dicha selectividad intrínseca de la persecución penal a criterios predeterminados, uniformes y racionales que permitan una mejor asignación de los recursos judiciales, reservándose los medios y las energías para la persecución penal de aquellos casos en los cuales se juzga imprescindible la aplicación del poder penal del Estado, procurándose de esta manera una mayor efectividad en determinadas áreas del derecho penal (por ej. la corrupción de funcionarios públicos, los llamados delitos de “cuello blanco”, el llamado derecho penal económico y la protección del medio ambiente (15) que por sus características requieren esfuerzos adicionales de parte del aparato punitivo estatal.

(13) Maier, Julio B. J., op. cit., págs. 553 y ss.

(14) Gustavo A. Bruzzone, op. cit., pág. 548.

(15) Maier, Julio B. J., op. cit., pág. 459.

En tanto la realidad nos señala claramente que resulta imposible evitar transgredir el Principio de Legalidad (art. 71, CP), debe procurarse establecer la forma de hacerlo de la manera menos ilegítima y arbitraria.

El éxito de este intento podrá asegurarse en la medida en que se organice la persecución penal a partir de la fijación de políticas en materia criminal y mediante la orientación de los procedimientos que sean idóneos para alcanzar aquellos objetivos preestablecidos convenientemente. Para esto es necesario que dichos criterios de oportunidad sean aplicados centralizadamente por un órgano específicamente determinado a tal fin, que no debe ser otro que el Ministerio Público Fiscal, pues su estructuración jerárquica le permite actuar en forma coordinada siguiendo criterios político-criminales fijados de antemano.

Resulta claro que no sería factible ni mucho menos deseable que sea el Poder Judicial quien se encargue de realizar ese trabajo de selección, estableciendo reglas previsibles, de los casos susceptibles de ser llevados a juicio, pues su propia organización interna impide que sus órganos (jueces y tribunales) puedan establecer estrategias de antemano sobre este tema, ya que la propia independencia que debe existir hacia adentro les impide establecer criterios de actuación en conjunto (16). Además, por una cuestión elemental de imparcialidad no parece adecuado que sean los jueces los encargados de resolver este problema. La única misión del Poder Judicial en el trazado de la política criminal del estado reside en su control de constitucionalidad y se advierte nitidamente en la interpretación de la ley penal —material y formal— mecanismo por el cual se ampliará o limitará el campo de punibilidad y, en consecuencia, el de persecución e investigación (17).

En este sentido el verdadero rol que debería desempeñar el agente fiscal es el de selector de los conflictos que ameritan ser dilucida-

(16) Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Consideraciones Políticas sobre el Poder Judicial argentino", en "Actores e Instituciones. Sistema Político y Constitución en la Argentina", Héctor Muzzopappa (CEPNA), Catalina Smulovitz (CEDES) y Mario Wainfeld (UNIDOS) compiladores, Ed. Legasa, Bs. As. 1989, pág. 250. Este autor, al hablar de independencia "interna" de la magistratura, se refiere a la independencia del Juez respecto de las instancias de Alzada y Extraordinaria. Dicha independencia se vería afectada por medio de la jurisprudencia obligatoria, que le impone al juez resolver en forma diferente a lo que le señala su ciencia y conciencia, como también por medio de la instancia de superintendencia, que es otra forma de presionar a los jueces.

(17) Gustavo A. Bruzzone, "Fiscales y política criminal", en "El Ministerio Público en el proceso penal", Ed. Ad-Hoc, Bs. As., pág. 255.

dos ante la justicia, a partir de su calidad de “representante de la sociedad” y titular exclusivo de la acción penal pública (arts. 5 y 65 del CPPN), y más allá de la configuración del Ministerio Público como órgano extrapoder a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 120, CN), solución que entiendo resulta muy conveniente (18), la Dirección Nacional de Política Criminal —Ministerio de Justicia— podría dar las pautas de orientación en materia de política criminal, indicando sobre qué asuntos se deben destinar la mayor cantidad de recursos materiales y esfuerzos humanos, pues estas previsiones pareciera que sólo pueden ser trazadas por técnicos que, en base a datos empíricos establezcan pautas claras de acción y no, como ya se criticó, a través de la discrecionalidad de los jueces (19).

Coincido de esta manera con lo sostenido por Bruzzone, pues ciertamente “conducir la política criminal es una necesidad del órgano político para acompañar los objetivos que se persiguen en otras áreas de la política global (económica, demográfica, sanitaria, etc.)” (20), pero la autonomía funcional que le otorga el art. 120 de la Constitución Nacional al Ministerio Público no debe interpretarse como un obstáculo en este sentido, sino que debe entenderse que cuando se prescribe que su actuación deberá ser “en coordinación con las demás autoridades de la república” se está sosteniendo que debe actuar como ejecutor de la política criminal implementada por el poder ejecutivo, en base a objetivos políticos claramente planteados en forma pública, y en el marco normativo impuesto por el poder legislativo.

Planteadas de esta manera las cosas, debe concluirse que el rol que le cabe a la policía prevencional es el de “órgano auxiliar de persecución penal y de esclarecimiento, sin derecho de acusar” (21),

(18) Sostengo esto porque entiendo que debe repararse que en nuestro país la administración de justicia está pasando por una grave crisis de credibilidad debido, entre otras cosas, al alto grado de impunidad existente en los delitos de corrupción o los relacionados de alguna manera con el poder económico y/o político, debiéndose tener en cuenta que en realidad en nuestro país muy pocas veces, por no decir nunca, existió una administración de justicia (en sentido amplio) realmente independiente, por lo que otorgarle un grado importante de independencia de criterio al órgano encargado de la persecución penal resulta esperanzador.

(19) Gustavo A. Bruzzone, “Fiscales y política criminal”, op. cit.

(20) Gustavo A. Bruzzone, “Fiscales y política criminal”, op. cit., pág. 202.

(21) Baumann, Jürgen, “Derecho Procesal Penal, Conceptos fundamentales y principios procesales”, Ed. Depalma, Bs. As., 1986, pág. 183; cf. Cerletti, Marco L. y Folgueiro, Hernán L., “Ministerio Público en el nuevo Código Procesal de la Nación”, en “el Ministerio Público...”, op. cit., pág. 128; y Bruzzone, Gustavo A., op. cit., págs. 165 y ss.

pues como bien establece el art. 183 del CPPN las fuerzas de seguridad deben reunir pruebas “para dar base a la acusación”, a partir de lo cual resulta claro que deben actuar en apoyo del órgano encargado de la acusación, es decir, bajo la dirección de Ministerio Público Fiscal (art. 186 CPPN).

II - CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL.

La sala II de la C.N.C.P. (votos de los Dres. Pedro R. David, Juan E. Fégoli y Esteban R. Vergara) fue la primera en haber sentado la doctrina de que “cuando se inician las actuaciones por instrucción policial, no es necesario el requerimiento fiscal”. Primero lo señaló “*obiter dictum*” al fallar en la causa “Avila, Blanca” (22), del 2 de julio de 1993, y luego sí como “*materia decidendi*” en la causa “Guillén Varela” (23), del 18 de noviembre del mismo año.

En el primero de los fallos mencionados se limitan a señalar que tanto el requerimiento fiscal como la prevención o información policial “provocarán el avocamiento instructorio” (24), en cambio en el fallo “Guillén Varela” se desarrollan distinciones conceptuales muy importantes que ameritan un análisis detallado.

Distinciones relevantes. Denuncia y “notitia criminis”.

Se distingue, en dicho fallo, a los sumarios iniciados por denuncias presentadas ante la prevención, de los casos en que la prevención policial actúa por sí, excitada por un “mero anoticiamiento”, en un caso de flagrancia.

La distinción que realiza el tribunal entre denuncia y “mero anoticiamiento” resulta sumamente esclarecedora, entendiéndose por “mero anoticiamiento” o “*notitia criminis*” a toda comunicación por medio de la cual las autoridades de prevención toman conocimiento de un hecho delictivo sin que se den los requisitos exigidos para una denuncia en los arts. 175 y 176 del CPPN. De esta manera al plantearse la discusión en estos términos, la primera conclu-

(22) L.L., t. 1994-A, pág. 363.

(23) J.A., t. 1994-II, pág. 629.

(24) Agregándose además que “... ante la circunstancia de que la Cámara pueda intervenir ... por consulta del Juez, se crea una tercera forma...” de iniciar la instrucción.

sión que puede extraerse del fallo parecería positiva, pues debe entenderse que en los casos en que se recibiera en sede prevencional una denuncia formal, es decir en los términos y condiciones de los arts. 175 y 176 del CPPN, independientemente de la actividad que pueda disponer el órgano preventor, por razones de urgencia, o el anoticiado juez de instrucción —limitada exclusivamente a la recepción formal de la denuncia—, una vez recibido el sumario en el Juzgado se debe correr necesariamente la vista prevista en los arts. 180 y 188 del CPPN para que sea el fiscal el que defina el objeto de la investigación, atento a que toda medida tomada sin el requerimiento instructor puede ser atacada de nulidad de “orden general”, por contravenir disposiciones que hacen a la intervención del Ministerio Público (art. 167, inc. 2º del CPPN).

Se señala acertadamente que por esta vía, a su vez, se pone un freno, aunque no se la elimina, a la posibilidad del llamado “*forum shopping*”, es decir a la alteración del orden de los sorteos para la asignación del trabajo (25).

Sin embargo el problema se circunscribe a los casos en que las fuerzas de seguridad actúan por sí en respuesta a una “*notitia criminis*” y frente a un caso de flagrancia. El conflicto parece enmarcarse pues en la calidad del acto que hubo de excitar a la labor policial.

Creo conveniente aclarar, en este sentido, que la flagrancia sólo es uno de los supuestos de necesidad y urgencia que desencadenan la llamada prevención policial. A su vez debe considerarse que no toda actuación de la policía constituye “prevención”. Sólo cabe asignarle tal naturaleza a la actividad de cautela desarrollada por las fuerzas de seguridad en los casos de urgencia, tendiente a asegurar la posesión y la incolumidad de los objetos y órganos de prueba y la obtención coercitiva de los mismos.

De acuerdo a lo manifestado, le asiste la razón a Fedel (26) cuando señala que esta diferenciación que se realiza en el fallo en análisis deviene en insustancial, pues se ignoran las prevenciones que, urgencia mediante, son provocadas por la denuncia formal de cualquier particular, pretendiéndose extraerlas en su totalidad del marco de la prevención. Es correcto afirmar entonces, que resulta irrazonable la diferenciación realizada, pues la urgencia que se presenta

(25) Gustavo A. Bruzzone y Miguel G. Pons, op. cit., pág. 224.

(26) Fedel, Daniel Bladimiro, op. cit., pág. 75.

en los casos de flagrancia no difiere de la que se presentaría en las hipótesis de los arts. 184 incs. 2º, 3º, 4º, 5º y 6º; 205; 284 inc. 3º del CPPN, y además cabe remarcar que, según surge de los arts. 182, 183 y 186 del código citado, las fuerzas de seguridad tienen la obligación de investigar todos los delitos de acción pública que le fueren denunciados, sin hacer distingo alguno según se den o no requisitos de forma.

Ahora bien, según lo expuesto y tal como se concluyó en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en La Plata en 1981, “la prevención es de naturaleza preprocesal y cautelar” (27), por lo que transcurrida la flagrancia y cuando no exista la urgencia de proceder a los actos cautelares a los que se ha hecho mención, debe cesar la iniciativa policial y comenzar la del Ministerio Público, pues una vez que el sumario prevencional es elevado al Juez de Instrucción la urgencia por actuar desaparece, es decir que ésta ya fue salvada, por lo que nada obstaría a la existencia del pertinente requerimiento fiscal.

Pero la distinción que se realiza entre denuncia formal y casos de flagrancia no sólo sería ineficaz por el hecho de que no se compecede con lo que normalmente se entiende por “prevención”, sino también por el hecho de que en el art. 195 también se menciona a la “información policial”, y esta “comunicación” podría proceder no sólo en los casos de actuación de las fuerzas de seguridad por razones de urgencia y necesidad (prevención), sino en todos los casos. Por lo que si el fundamento principal que se da resulta de la necesidad de respetar la letra de la ley (art. 195 CPPN), tal “respeto” no sería del todo sincero si por un lado se señala que la conjunción disyuntiva “o” cumple la función de presentar a la “prevención” como alternativa al requerimiento fiscal y por el otro se le niega carácter alternativo a la “información policial” con respecto a la “prevención”, como forma excitante directa de la jurisdicción, ante la existencia de la misma conjunción disyuntiva.

Igualmente resultaría menos comprensible y totalmente inaceptable que se sostenga que si el sumario se inició por iniciativa de la propia policía, sin darse ninguna de las urgencias señaladas, no se necesita la requisitoria de instrucción que si se requiere para esos supuestos de urgencia y necesidad ajenos a la flagrancia, pues otorgarle tal carácter promotor a toda “comunicación policial” significa,

(27) Chiara Díaz, Carlos A., “Síntesis comentada sobre la actividad cumplida en la comisión II de Derecho Procesal Penal en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal de La Plata”, Zeus, t. 28, Julio-Setiembre/1982, p. D-34.

en primer lugar, equiparar al Ministerio Público con los órganos de prevención, equiparación que no hace más que desdibujar el rol institucional que le corresponde al Ministerio Público (arts. 5 y 65, CPPN; y 120 CN), tal como se señaló en la introducción, y también el que le corresponde a la policía como auxiliar judicial-administrativo (arts. 183 y 186, CPPN) (28), y por otro lado significa también violar lo prescripto por la Constitución, pues “si el Juez no puede instruir de oficio, pero sí puede hacerlo luego de una intervención oficiosa de la autoridad de prevención, en los hechos se permite lo que se dice prohibir” (29), es decir, esto es inquisición pura.

Denuncia anónima.

Fue desarrollado posteriormente por la sala II de la C.N.C.P. (votos de los Dres. Pedro R. David, Juan E. Fégoli y Ana M. Capolupo de Durañona y Vedia), en el caso “Batalla” (30), del 28/9/94, el concepto de “*notitia criminis*”, señalándose que debe considerarse como un “mero anoticiamiento” a la denuncia anónima recibida a través de una llamada telefónica, por no reunir los requisitos que la ley procesal impone para las denuncias. Por este motivo, y siguiendo la línea argumental de “Avila” y “Guillén Varela”, se sostuvo que “la prevención policial, excitada de este modo, desplaza al requerimiento fiscal (art. 195)”.

El razonamiento realizado no me parece correcto pues no sólo se legitima de alguna manera la iniciación del proceso por una denuncia anónima, lo cual “se encuentra en pugna con garantías que emergen de la forma republicana de gobierno y el derecho de defensa en juicio” (31), sino que a tal irregularidad se le añade que en dichos casos se permite obviar el requerimiento fiscal. Por lo que no sólo se permitiría la práctica de las delaciones anónimas, pese a lo prescripto en la última parte del art. 175 del CPPN, sino que además en estos casos se permitiría la instrucción oficiosa. Es decir que no sólo se posibilita obviar los requisitos de forma establecidos por la

(28) “La policía judicial actúa al servicio del Tribunal y del Ministerio Fiscal para cumplir sus órdenes, preparar los elementos de la investigación mediante la reunión y conservación de pruebas y abrir el camino de la actividad represiva. Por tanto su función es de naturaleza administrativa-judicial y preventiva”. CFed. Mendoza, Sala A, Enero, 21-994, “Lucero, Héctor y otro”, L.L. t. 1995-B-639.

(29) Darritchon, Luis, “Cómo es el nuevo proceso penal”, T. IV, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, págs. 19/20.

(30) J.A., t. 1996-II, pág. 551.

(31) CNPE, sala A, L.L. del 24/XI/93, f. 91.783.

ley con el objeto de evitar el peligro que encierran para la tranquilidad de los habitantes las denuncias anónimas (32), sino que todavía ante tal proceder se permite lo que se prohíbe en los casos de denuncias formales, la violación del principio acusatorio. De esta manera tendríamos que sumar a la autorización de una práctica, la de las delaciones anónimas, que representa “una característica indefendible del sistema inquisitivo del procedimiento” (33), otra práctica inquisitiva, la promoción de la acción de oficio, configurándose una transgresión clara a lo prescripto por nuestra Constitución.

Y luego habló la Sala III.

A su turno la Sala III señaló en el caso “Veisaga” (34) (voto de los Dres. Guillermo Tragant, Eduardo Riggi y Raúl Madueño) que tanto es posible provocar el avocamiento instructorio en forma directa por vía del requerimiento fiscal, **como por vía del “la actividad informativa de la policía (judicial o común) por medio de la comunicación o información dirigida al Juez inmediatamente después de tomar conocimiento de un hecho o al remitirle la prevención policial practicada”**, siguiendo de esta manera a la doctrina sentada por la Sala II.

Pero al parecer (35) los integrantes de esta sala fueron más lejos que sus colegas, pues llegaron a sostener que “la información policial promotora de la instrucción jurisdiccional es un acto cumplido por las autoridades de la policía en cuanto desempeñan funciones judiciales, por el que se anoticia oficialmente al órgano correspondiente de la instrucción del proceso acerca de la comisión de un hecho considerado delictuoso, **del cual han tenido conocimiento por sus propios medios** o por una denuncia, para que se abra la causa con respecto a él”. De esta forma pareciera que se establece la innecesidad del requerimiento fiscal en todos los casos de actuación policial previa, ya sea que actúen por simple prevención, por denuncia formal de un particular (que se trataría también, como

(32) De Luca, Javier A., “Denuncia anónima”, L.L., t. 1991-D-894.

(33) Del voto del Dr. Hendler, CNPE, Sala A, julio 8-993, “Informática Sudamericana SRL”, L.L., t. 1993-D-445; cfr. Fallo “Assad” del 28/9/92 de la Sala II.

(34) L.L., t. 1995-B, pág. 58.

(35) Digo al parecer, porque en el caso “Veisaga” la actividad policial se inició también con motivo de una “*notitia criminis*”, por lo que resulta dificultoso precisar el alcance en concreto de la doctrina sentada.

señalamos, de una prevención policial genuina), o bien simplemente de oficio y sin ninguna urgencia (36).

Esta exégesis resulta inaceptable pues, dejando de lado que es poco razonable que se establezca que el Juez no pueda disponer medida alguna sin previa vista al fiscal frente a la denuncia ante él presentada (art. 180) y si pueda hacerlo de modo directo en caso de que la denuncia se curse en sede policial, es inconcebible concluir que los preventores pueden fijarle al Juez el objeto procesal (37), pues dicha facultad jamás podría conciliarse con la imposición del art. 69 del CPPN en cuanto requiere motivar —léase razonar o fundamentar— los requerimiento del Ministerio Fiscal. Además debe repararse en que en la mayor parte de los casos los organismos de prevención actúan bajo la dirección del órgano jurisdiccional debido a la obligación que tienen de comunicar la iniciación de una investigación, por lo que la violación al principio *ne procedat iudex ex officio* resulta palmaria.

Delimitación del objeto procesal.

Sostener que la acción penal es objetivamente divisible y subjetivamente indivisible, es decir que la limitación objetiva no impide al juez que de modo directo amplíe subjetivamente la instrucción a cualquier persona que considere participe del hecho puesto en su

(36) Esto se confirmó en un fallo posterior de la sala III (“Rodríguez Andrés y/u otros del 22/9/97, Suplemento de Jurisprudencia Penal, La Ley, Bs. As., 29/5/98, pág. 43) en donde se sostiene que “(...) la policía procede a actuar preventionalmente por iniciativa propia, o en virtud de denuncia presentada ante ella (art. 183, Cód. Procesal Penal). En consecuencia, éstos son los dos medios previstos como idóneos por la ley procesal para el inicio de la prevención policial (...) no es correcto, pues, distinguir como medios diversos la comunicación policial inmediata y la elevación al Juez de las actuaciones de prevención policial (...)”, señalándose además, en lo que respecta a lo prescripto en los arts. 188 y 195, “(...) que en tales condiciones, **ante la contradicción existente, debe prescindirse de la interpretación literal y aislada del art. 188, o bien de su supremacía sobre el resto del artículo (...)**”.

(37) Cf. D’Albora, Francisco J., “Código Procesal de la Nación”, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996, pág. 218. Es dable remarcar la contradicción en la que incurre este autor al señalar que en los casos de los arts. 252, 371, 390 y 401 del CPPN no es necesario el requerimiento fiscal, op. cit., págs. 168, 172 y 173. Como bien destaca Marcelo Solimine en “Las fuerzas de seguridad y sus facultades promotoras de la instrucción” (D.J., t. 1995-I, pág. 173), los supuestos mencionados en los citados artículos del código no constituyen medios legítimos de promoción de la acción, sino supuestos de denuncias obligatorias (art. 177, inc. 1º), que deberán ser cursadas al Agente Fiscal a los fines del art. 180. La posibilidad de detención que refieren dichas normas no es más que el ejercicio por parte del Juez o del Tribunal denunciante de la facultad de aprehensión del art. 287 en función de los arts. 284 inc. 4º y 285.

conocimiento, implica renunciar en parte al respeto del *ne procedat iudex ex officio*, ya que el Juez asume sin excitación de parte algo del objeto procesal (38).

Entiendo particularmente que si bien no puede dejarse de reconocer que nuestra ley procesal pone en cabeza del órgano jurisdiccional la dirección de la etapa instructoria (arts. 26, 29 inc. 1º, 33 inc. 1º y 194) con todas las implicancias que esto tiene, "... esta circunstancia no debería de ninguna manera paralizarnos y todos los días de nuestro trabajo judicial debemos replantearnos hasta qué punto seguimos inmersos en la cultura inquisitiva, que sólo engendra confusión, ineficiencia, arbitrariedad y negación de garantías básicas" (39).

Lo que quiero significar en este punto es que, dadas así las cosas, tenemos dos opciones, una de "máxima", que es la de plantear la absoluta inconstitucionalidad de la ley procesal penal Nº 23.984, y otra de "mínima", que es la de intentar armonizarla lo más posible con el programa constitucional.

Sobre la base de la última opción señalada es que pienso que no sólo debe exigirse la delimitación objetiva en el requerimiento de instrucción, sino también la individualización del o los imputados (40). Por ende, si el objeto procesal se "agranda" deberá ampliarse el requerimiento fiscal en lo objetivo; si por el contrario, se "agrandan" el número de imputados, el requerimiento de instrucción deberá ampliarse en lo subjetivo. De otro modo carecería de sentido la institución misma del requerimiento, pues no entiendo cómo puede sostenerse que el principio *ne procedat iudex ex officio* resulta menos afectado por el hecho de que se le delimiten al juez los hechos objeto de la investigación, si éste podrá después imputar, investigar o acusar de tales hechos a cualquier persona, con todas las consecuencias ya mencionadas que esto acarrea.

Extensión del concepto de prevención.

Cuando se habla de prevención, ¿a quién se hace referencia?, ¿a la Policía Federal solamente, o puede extenderse dicho concepto

(38) Maier, Julio B. J., "La ordenanza penal alemana", t. II, Ed. Depalma, Bs. As., 1982, pág. 123.

(39) Bruzzone, Gustavo A., "Sobre la garantía...", op. cit., págs. 547/548.

(40) Cfr. Díaz Cantón, Fernando, "Crítica a un proyecto de reforma al Código Procesal Penal de la Nación", L.L., t. 1996-C, pág. 942; en contra: Donna, Edgardo A. y Maiza, María C., Código Procesal Penal y disposiciones complementarias, Astrea, Bs. As., 1994, pág. 225; y Bruzzone, Gustavo A. y Pons, Miguel G., op. cit., pág. 226.

a todos los organismos con facultades para prevenir y reprimir delitos, tales como Gendarmería, D.G.I., Prefectura, entre otros?

Si alguna duda cabía a este respecto resulta de utilidad lo dicho por la Sala I de la C.N.C.P. en el caso “Musimundo” (41), del 23/3/96 (voto de los Dres. Raúl Madueño, Liliana Catucci y Juan C. Rodríguez Basavilbaso), donde se le reconoció a la Administración Nacional de Aduanas aptitud estimulante de la instrucción, a partir de las facultades preventivas con que los arts. 23 y 1118 del Código aduanero la invisten para la sustanciación de las actuaciones de prevención en las causas por los delitos previstos en el código citado.

Se le otorga un sentido amplio a la expresión “actividad preventiva” (42), pudiendo en consecuencia entenderse que también a los funcionarios de la A.N.A., como podría ser también a la Policía Aeronáutica o a los miembros de la D.G.I., debería reconocérseles las facultades atribuidas en los arts. 184 y sig., o en el art. 227 del CPPN. Por lo demás, si a un particular se le reconoce la facultad de practicar detenciones en ciertos supuesto (arts. 287 y 284 incs. 1º, 2º y 4º del CPPN) no puede dudarse que esa facultad también se le debe reconocer a un funcionario de la A.N.A., a un gendarme, o a un guardaparque en el ámbito de un parque nacional, aunque podría concluirse también, a partir de lo dicho en el fallo aquí analizado, que podrían realizar también detenciones igualmente en los casos del inc. 3º del art. 284 del CPPN.

Mas allá de esto, lo que cuadra remarcar en este caso es que sostener que la actividad preventiva realizada por estos organismos suple la exigencia del requerimiento fiscal, implica permitirle a un funcionario de Aduana, a un miembro de la Prefectura, o a un guardaparque definir el objeto del proceso, y esto es claramente inaceptable.

(41) L.L., t. 1996-B, pág. 450.

(42) Este criterio queda claro en un fallo posterior, en donde se señala que “(...) cuando el art. 224 del Cód. Procesal Penal de la Nación emplea la palabra ‘Policía’, indica más bien una función y no una repartición creada por la ley, como lo es la Policía Federal (...)” (“Oca S.A. s/Recurso de Casación”, reg. 1682 del 17/7/97, sala I —La Ley, 1997-E, 958—), concluyéndose que al gozar la Dirección Gral. Impositiva de facultades preventivas, se torna aplicable lo dispuesto en el art. 195 del CPPN.

En igual sentido se pronuncia la sala III (causa “Rodríguez, Andrés”, op. cit.) al sostener que “(...) integran las denominadas fuerzas de seguridad además de la policía federal o provinciales, otros organismos tales como Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policía Aeronáutica y otros a los que se le reconocen facultades preventivas como la Administración Nacional de Aduanas, la Dirección General Impositiva, entre otros (...)”.

Con relación a esto, resulta valioso transcribir un pasaje del fallo en análisis, en donde se refiere lo siguiente: "...si se objeta el carácter prevencional de las actuaciones que en el caso cumplió la Administración Nacional de Aduanas; se ha señalado, **con alguna razón**, que las actuaciones, a más de escasas, no han sido instrumentadas en la forma que impondrían los arts. 138, 139 y 140 del Cód. Procesal Penal. Pero deberá repararse en que por sobre las particulares características que este tipo de investigación presenta, el quehacer prevencional se ha visto naturalmente limitado en sus posibilidades, por lo que **parece conveniente —sino necesario— que aquella prevención se haya complementado con la actividad jurisdiccional... sin que ello signifique devaluar la naturaleza prevencional de esa etapa del procedimiento o considerarla como una actividad instructoria autónoma**".

Lo que se denota aquí claramente es que, tal como se señaló con anterioridad, en estos casos lo que existe es una instrucción de oficio, violatoria de los preceptos constitucionales y que desdibuja el rol institucional del Ministerio Público, que se convierte de esta manera, utilizando expresiones del fallo, **en un órgano que "convalida tácitamente el progreso causídico" (sic)**.

Para finalizar, creo que resulta de importancia hacer una referencia a la interpretación que se hace en el fallo del nuevo art. 120 de la CN (43).

Con respecto a esta nueva norma constitucional se sostiene que de ninguna manera existe incompatibilidad entre ella y la interpretación que se le da al art. 195 del CPPN, pues el art. 120 de la CN "ninguna mención concreta contiene respecto a la promoción o impulsión de la acción penal", y además, en tanto ordena que las funciones del Ministerio Público habrán de coordinarse con la de las demás autoridades de la república, da por tierra, de inicio, con la exclusividad que se pretende otorgar al Ministerio Público como promotor de la instrucción.

Estimo que no es correcta la interpretación realizada, pues la norma mencionada vino a insertarse en una constitución que, desde nuestra fundación institucional como nación, establece como mandato la adopción del modelo acusatorio para la resolución de los conflictos penales, y de esta manera la reforma de 1994 no hizo más que acentuar el carácter de las cosas establecidas: la distin-

(43) Este tema no es tratado en los demás fallos por razones obvias, es que no se había reformado la Constitución Nacional entonces.

ción de las funciones de **juzgar**, la cual le corresponde al **Poder Judicial**, de la de **acusar**, que se ubica en cabeza del **Ministerio Público**, entendiendo la palabra acusar en el sentido amplio de “ejercicio de la acción penal pública”.

Por otra parte, no debe interpretarse que cuando se requiere que el Ministerio Público actúe en coordinación con las demás autoridades de la república se lo está equiparando con distintos funcionarios administrativos (A.N.A., D.G.I., Policía), pues no es conveniente darle este sentido a lo prescripto constitucionalmente, ya que debe procurarse que sea el Ministerio Público el que actúe como ejecutor de lo dictaminado en materia de política criminal por el Poder Ejecutivo Nacional —Ministerio de Justicia - Dirección Nacional de Política Criminal—, y seleccione los hechos que llegarán a juicio. Para esto es necesario que tenga una mayor comunicación con todos los organismos de seguridad y control, pero realizando una tarea **supervisora y de dirección** sobre todos ellos, en lo que se refiere a la persecución penal, que permita la obtención de los objetivos políticos que cada área en concreto persiga, intentando compatibilizarlos de esta manera con los que surgen del diseño de la política en la esfera criminal.

III - CONCLUSIONES.

a) Nuestra Constitución Nacional impone una estructura procesal claramente acusatoria. Dicho mandato ha sido desoído por todas las autoridades del poder constituido, tanto legisladores como jueces, imbuidos éstos por una ideología “inquisitiva” fuertemente arraigada en sus conciencias por razones culturales e históricas.

b) Una aplicación más racional, equitativa y eficiente del derecho penal implica la posibilidad de formulación de pautas político-criminales claras y concretas en base a las cuales debe organizarse la persecución penal, y en este sentido son los fiscales, como titulares exclusivos de la acción penal pública (arts. 5 y 65 del CPPN), los encargados de realizar la ejecución de la “política criminal” del Estado.

c) Las fuerzas preventivas, en su carácter de auxiliares administrativos-judiciales (arts. 183 y 186 del CPPN), deben actuar bajo la supervisión del Ministerio Público, con el objeto de compatibilizar los objetivos “particulares” de cada organismo con los objetivos político-criminales “generales”.

d) La reforma de la Constitución reafirmó la dirección impuesta al proceso penal nacional en donde es el fiscal el encargado de

promover la acción (art. 120 CN), siendo los jueces los que tienen a su cargo el conocimiento y la decisión de los asuntos que el Ministerio Público promueve, siguiendo éste las pautas políticas emanadas del Ministerio de Justicia —P.E.N.—, con quien deberá trabajar en forma “coordinada”.

e) La línea jurisprudencial sentada por la Cámara Nacional de Casación Penal no reconoce la estructura procesal que surge de la Constitución y desdibuja sistemáticamente el rol institucional que le corresponde al Ministerio Público.

f) Si bien como planteo de “máxima” puede llegar a postularse la declaración de la inconstitucionalidad de toda la normativa procesal penal (ley 23.984), como planteo de “mínima” debe procurarse llevar a cabo una aplicación de la criticada ley en la mayor consonancia posible con el programa constitucional. En este sentido, un respeto cabal del principio *ne procedat iudex ex officio* exige que se realice una delimitación tanto objetiva como subjetiva en el requerimiento fiscal de instrucción.