

LA INSTRUCCIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO

MARTA ANGÉLICA MACÍAS

I. INTRODUCCIÓN

El tema a abordar mediante este trabajo es el de la instrucción por el Ministerio Público. Este instituto aceptado en algunas legislaciones modernas, incluidas algunos códigos procesales de provincias argentinas, es víctima de serios reparos. Sin embargo, existe y se aplica, aunque con distintas modalidades. A pesar del rechazo que ha sufrido en nuestro país, no es posible dejar pasar por alto la influencia de autores que lo propician y de los códigos extranjeros que lo acogen como el de Francia, Italia y Alemania, por nombrar algunos.

Luego de introducir en el tema a través de una breve reseña histórica, nos proponemos estudiar la instrucción por el Ministerio Público como posibilidad de preparar el ejercicio de la acción penal, sus características, su procedencia, la naturaleza jurídica, conclusión y transformación. Para hacerlo es necesario tener en cuenta, además de la opinión de diversos autores, los códigos de Mendoza, Córdoba y el de Italia.

El tema más interesante estará dado por el hecho de que se ha objetado a la instrucción fiscal desde el punto de vista constitucional, nos proponemos demostrar que dichas críticas no son certeras y que reglamentado debidamente puede llegar a ser viable su implementación.

Tal vez al momento de este trabajo, los reparos que se le pudieran hacer a la instrucción por el Ministerio Público puedan parecer obsoletos. De hecho la institución ha evolucionado tanto que en algunas legislaciones ya no aparece en forma tímida y como modo excepcional frente a la instrucción jurisdiccional, sino como la que procede por regla general y hasta como la única con la que se inicia el procedimiento penal.

Indudablemente para su viabilidad habrán que asegurarse algunas formas o requisitos que resguarden los derechos del individuo que se enfrenta al proceso penal, pero bien fijados los límites a la actividad ins-

tructura por el Ministerio Público, la implementación de este instituto acerca el enjuiciamiento penal al sistema acusatorio.

Que proceda en forma excepcional o como regla para iniciar el procedimiento penal en los casos de delitos de acción pública será una cuestión a decidir políticamente.

1) Antecedentes históricos

La inquisición es el sistema que vinculado a la nueva forma de distribución política del poder, identifica la actuación del derecho penal como función del Estado. Este sistema se desarrolla durante los siglos XIII a XVIII y la transformación que produjo en el derecho penal consistió principalmente en expropiar de los ciudadanos el poder de reaccionar contra el ofensor, transmitiendo dicho poder al Estado que podía proceder aun de oficio. Imperan los principios de oficialidad de la persecución penal y el de legalidad que impone el deber de perseguir penalmente toda hipótesis delictiva conocida. Las máximas fundamentales de la Inquisición son la persecución penal pública de los delitos, siendo obligatorio su ejercicio y la instrumentación del procedimiento tendiente a averiguar la verdad histórica a través principalmente del tormento, como método para conocerla.

Con el arribo de la república constitucional y la finalización de la monarquía absoluta decae el sistema inquisitivo de enjuiciamiento penal y se intenta volver a las formas acusatorias, sin embargo algunas de las reglas de la Inquisición se mantuvieron vigentes y continuaron aplicándose. La Revolución Francesa y todo el movimiento reformista que ella introdujo y que alcanzó carácter general durante el siglo XIX, introdujo el sistema inquisitivo reformado. El nuevo sistema acoge los principios inquisitivos esenciales pero no en forma absoluta sino que ceden ante el reconocimiento de valores individuales como la dignidad humana.

"La mixtión resulta, entonces, de haber instaurado un procedimiento inquisitivo en esencia que se realiza a similitud de la forma acusatoria o, si se quiere, con límites para el Estado en el ejercicio del poder en homenaje a la persona humana"¹. El sistema mixto o inquisitivo reformado mantiene la realización pública y obligatoria del derecho penal a cargo del Estado, encomendando a un órgano estatal la misión de perseguir obligatoriamente y ejercer la acción penal iniciándola e impulsándola sin depender de la voluntad persecutoria de un sujeto privado. El respeto a las formas acusatorias consiste en asegurar al imputado una serie de garantías a su favor que lo resguarden en su dignidad humana, así se prohíben los tratos crueles como forma de obtener la verdad histórica y se reafirman los principios de juicio previo e inviolabilidad de la defensa.

¹ Maier, Julio, *La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público*, Lerner, Buenos Aires, 1973, pag. 17.

La inquisición con un solo órgano realizaba la investigación, el inquisidor reunía en su persona las funciones de perseguir y de decidir. En el sistema inquisitivo reformado, si bien es el Estado el que conserva todo el poder penal, su competencia se halla escindida entre órganos encargados de la persecución penal y otros con poder de decidir. "La separación formal de estas funciones fue necesaria para garantizar la defensa individual: ella se reputó imposible sin crear un acusador (contradictor) que circunscribiera la imputación concreta que el imputado estaba facultado a resistir y contestar, con todos los medios legítimos a su alcance, y sin dotar de un grado aceptable de imparcialidad al juzgador, consistente en evitar que él se comprometiera, antes del fallo, con la hipótesis delictiva, afirmándola desde la iniciación del procedimiento"².

La persecución de oficio que comienza en el siglo XIII, va a materializarse durante el siglo XIV en un órgano específico, al que se lo denominará más tarde Ministerio Público, cuyo antecedente son los procuradores del rey y procuradores fiscales, que se encargaban en un principio de la renta real, de perseguir las enmiendas y todos los derechos debidos al rey, luego con potestad de excitar la jurisdicción penal real por denuncia e injerir en el procedimiento penal. Más tarde, adquirieron la calidad de funcionarios permanentes y pasaron a intervenir en defensa del interés de la comunidad en los procedimientos criminales.

El Código Criminal francés de 1808, que recepciona el sistema inquisitivo reformado de enjuiciamiento penal, resultado de una mixción entre la Ordenanza Criminal de 1670 y la Ley de Enjuiciamiento de 1791, mantuvo el órgano público de perseguir obligatoriamente, adoptando un principio inquisitivo como es la actuación de oficio del derecho penal no bien conocido el hecho constitutivo de un probable delito.

En el derecho penal moderno los principios de legalidad y de oficialidad se mantienen vigentes. El Estado reacciona de oficio ante el conocimiento de la infracción penal, es decir no depende de la voluntad privada cuando se trata de delitos de acción pública. En la Argentina el artículo 71 del Código Penal establece que deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales con excepción de las que dependieren de instancia privada y las acciones privadas.

Se conserva la máxima inquisitiva de persecución penal pública pero ahora distinguiendo las funciones de requerir y de decidir, encargándolas a órganos estatales distintos, el Ministerio Público y el tribunal, respectivamente. Resurgen, entonces los aforismos de *neto corte acusatorio, ne procedat iudex ex officio y nemo iudex ex parte*. Al juez le está vedado actuar de oficio, ya que el ejercicio de la acción penal le co-

² Maier, Julia, *Derecho Procesal Penal Argentino*, T. I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, pag. 545.

responde al ministerio fiscal quien tiene el deber de requerir la actividad jurisdiccional salvo los casos en que en virtud del artículo 71 antes mencionado, la acción dependa de instancia privada. El artículo 5° del Código Procesal Penal de la Nación así lo establece: "La acción penal pública se ejercerá por el ministerio fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley".

De esta manera se logra que el órgano que decide se mantenga extraño al conflicto planteado, lo que va en resguardo del derecho de defensa del imputado y acerca el proceso penal al proceso de partes³. Es necesario que para que intervenga el juez haya previamente un requerimiento de la actividad jurisdiccional a cargo de un órgano distinto, que circunscriba el objeto de la imputación y permita que quien decide esté dotado de cierta imparcialidad. Lo más paradójico de todo esto es que un órgano que se originó en la inquisición, hoy está reformulado de tal manera que sirve a los fines acusatorios.

El procedimiento penal moderno se divide en etapas, por lo menos dos: una etapa preparatoria mediante la cual se reúnen los elementos necesarios para fundar la acusación y una etapa definitiva o final en la que se resuelve la cuestión y se aplica el derecho penal material. Es indudable que esta última etapa corresponde que sea presidida por un órgano jurisdiccional, la primera en cambio, puede ser realizada por un juez o por el Ministerio Público. Sobre esta última posibilidad versará este trabajo.

2) La instrucción

La instrucción es la etapa preparatoria, preliminar, de realización necesaria en los procesos de juzgamiento de los delitos de acción pública. Mediante ella se tiende a reunir los elementos de convicción necesarios para fundar el requerimiento de elevación a juicio (acusación)⁴ o evitar el juicio penal, precipiando el sobreseimiento del imputado en virtud de no haberse hallado elementos probatorios suficientes que acrediten la existencia del hecho o su responsabilidad en el mismo.

Con respecto al órgano encargado de realizarla, éste puede ser jurisdiccional, que en nuestra legislación nacional es el juez de instrucción,

³ Si bien se verá más adelante, no se puede asimilar el Ministerio Público como parte del proceso penal.

⁴ "El requerimiento de elevación a juicio es una cabal acusación donde se manifiesta la voluntad del representante de la acción pública de perseguir penalmente a una persona" (Tril. Oral Crim. Capital, Nro. 7, del 18-10-1993).

pero también puede estar a cargo del Ministerio Público Fiscal, como lo recepcionan algunos códigos de procedimiento provinciales (por ej. el Código de Córdoba, ley 8123 y el de la provincia de Mendoza, ley 1908) siguiendo al respecto la tendencia de legislaciones extranjeras.

El Código italiano de 1930 recepcionaba las dos clases de instrucción, la formal y la sumaria. La instrucción formal era la llevada a cabo por un órgano jurisdiccional en los casos de delitos de competencia de la *corte d'assise* o del tribunal. La instrucción sumaria la realizaba el Ministerio Público cuando la prueba era fácil o se trataba de delitos menores y concluía con el requerimiento de citación a juicio, de sobreseimiento o de archivo. Mediante ella se puede mandar al imputado al debate sin una decisión jurisdiccional instructoria.

En nuestro país, salvo los códigos provinciales que han recogido la instrucción por el Ministerio Público aunque adaptándola, hay resistencia a imponer un órgano sin funciones jurisdiccionales a cargo de una de las etapas del proceso. Como dice Clarif Olmedo: "no se trata de la investigación preliminar a cargo de los organismos policiales, destinada a integrar el sumario de prevención. Tampoco se refiere a los actos que pueden practicar algunas oficinas administrativas del Poder Ejecutivo para que sirvan de fundamento a la correspondiente denuncia ante la autoridad judicial. La cuestión se proyecta al proceso penal en su pleno desarrollo, vale decir cuando la actividad se dirige ya específicamente a obtener una acusación para dar base a un juicio plenario, o a evitar el inicio de ésta mediante un sobreseimiento." Así se la había estructurado también en Italia en donde "con el inicio de la instrucción sumaria coinciden la promoción de la acción penal y el inicio de la relación procesal"⁵.

El problema está en dilucidar si las críticas que esta institución merece son realmente obstáculo para su implementación. Previamente se debe introducir al lector en lo que es la instrucción por el Ministerio Público, cuándo procede, cuáles son sus límites y conclusión. Se advierte que no se ha dado en todas las legislaciones de manera igual, sin embargo hay notas comunes que la distinguen y caracterizan.

Por otra parte, la instrucción por el Ministerio Público se ha ido desarrollando y ya hay legislaciones que la recepcionan adoptándola como regla o que la instauran como única instrucción, y siendo por lo tanto excepcional la instrucción jurisdiccional.

⁵ Clarif Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editar, Buenos Aires, 1960, pág. 333. Leone, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. 2, trad. E. Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1963, pág. 141.

La instrucción por el Ministerio Público puede ser denominada de diferentes maneras: instrucción sumaria o investigación sumaria, para diferenciarla de la instrucción formal, judicial o jurisdiccional, así como bajo los nombres de procedimiento fiscal preparatorio o citación directa.

II. INSTRUCCIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO

1) Origen histórico⁶

El Código de Instrucción Criminal francés de 1808 organizó el Ministerio Público, dotándolo del monopolio exclusivo de la persecución penal, pero la labor de investigación y decisión propia de la etapa preliminar fue adjudicada en principio al juez de instrucción. Es decir la tarea instructoria le era ajena al Ministerio Público. "La razón de ser de que se colocara el procedimiento en manos de un juez de instrucción, quitándolo de las manos del órgano encargado de la persecución penal (Ministerio Público), residió en la importancia que pretendió acordarse a ciertas actas de la instrucción preparatoria, incorporándolas al debate".

Sin embargo, la instrucción preparatoria a cargo del juez de instrucción sólo era obligatoria cuando se trataba de un crimen y facultativa en caso de otros delitos, por lo que en esos procesos se autorizaba un procedimiento que eliminando la instrucción jurisdiccional permitía la citación directa a juicio. La ley del 20 de mayo - 1^o de junio de 1863 amplió la utilización de la citación directa para los delitos correccionales en flagrante aun cuando el imputado se hallare detenido. En estos casos podía el Ministerio Público constatar el hecho y remitir las actas a la Cámara de Consejo si eran suficientes para fundar la apertura de la instrucción definitiva, de requerirse mayores comprobaciones entonces sí debía acudir al juez de instrucción.

Estos antecedentes influyen aún hoy en las legislaciones que adoptaron la instrucción por el Ministerio Público, como veremos más adelante la procedencia de este instituto está a veces circunscripta a ciertos casos entre los que se incluyen los delitos cometidos en flagrancia. Por otra parte, los límites a la instrucción preparatoria del Ministerio Público radican en el valor que se le acuerda a los actos realizados por dicho órgano y a la necesidad o no de requerir entonces la actuación del juez de instrucción. Es de destacar que es este último aspecto el utilizado mayormente como argumento de crítica.

2) Caracterización

Clarió Olmedo⁷ la denomina instrucción sumaria y la define como un "procedimiento investigativo y crítico de limitadas proporciones en cuanto

⁶ Cfr. Maier, J., *Derecho...*, cit., T. I-B, punto 5, E, 3, y *La Investigación...*, cit., pág. 32.

⁷ Maier, J., *Derecho...*, cit., pág. 123.

⁸ Clarió Olmedo, J., *Tratado...*, cit., T. VI, pág. 343.

a la eficacia que pueda tener con respecto al juicio plenario mediante la introducción de los actos cumplidos en él por lectura en el debate⁹.

Se refiere a un procedimiento investigativo porque se trata de una indagación preliminar y preparatoria. Es crítico al momento de su conclusión por requerimiento de citación a juicio o de sobreseimiento. Es de limitadas proporciones por cuanto los actos del procedimiento carecen de valor para fundar la sentencia definitiva de condena o absolución. Es sumaria por ser su procedimiento de trámite breve y consistir en una simple investigación preliminar.

Está a cargo del órgano requirente, es decir del Ministerio Público, específicamente encargada al agente fiscal o fiscal de instrucción.

Tiene por finalidad reunir los elementos necesarios que sirvan para la acusación o para el pedido de sobreseimiento. Por lo tanto, no es la finalidad la que distingue a la instrucción por el Ministerio Público de la formal, ya que tanto una como otra tienen por objeto la comprobación del delito, la búsqueda y conservación de las pruebas, la identificación y sometimiento procesal de sus autores, para concluir, finalmente, en un requerimiento de justicia según los elementos de cargo o de descargo reunidos¹⁰.

La diferencia con la instrucción llevada a cabo por el juez de instrucción, radica en el órgano distinto que practica una y otra y en el hecho de que en la realizada por el Ministerio Público no hay ejercicio de jurisdicción¹¹.

He aquí el rasgo que determinará toda la instrucción sumaria, por un lado le otorgará mayor flexibilidad, puesto que las formas que rodean la instrucción jurisdiccional al otorgar mayores garantías de justicia también le imprimen una rigidez al procedimiento que en algunos casos, de acuerdo con el tipo de infracción de que se trate resultará innecesaria¹².

Por otro lado, no podrán ser llevados a cabo por el Ministerio Público ciertos actos que requieran ser rodeados de garantías jurisdiccionales. De ser necesario realizarlos, se los deberá solicitar al juez para que se realicen bajo su control, asegurando la efectiva posibilidad del ejercicio del derecho de defensa al imputado. Los actos que ejecute el Ministerio Público durante la instrucción tienen una función requirente y por lo tanto de ser actos definitivos o irreproducibles deben ser llevados a cabo con las mayores garantías jurisdiccionales.

⁹ Conf. Manzini, *Vicinas, Derecho Procesal Penal*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Radin, T. IV, Ejes, Buenos Aires, 1953, pág. 373. Maier, J., *La Investigación...*, cit., pág. 20.

¹⁰ Conf. Maier, *La Investigación...*, cit., pág. 39; Clará Olmedo, J., *Tratado...*, cit., T. VI, pág. 343.

¹¹ Conf. Vélez Maricóndi, *Derecho Procesal Penal*, T. I, Marcos Lerner, Córdoba, 1961, pág. 412.

3) *Procedencia*

La instrucción sumaria, como instrucción excepcional, procede en casos de delitos leves y de faltas graves cuando la prueba es sencilla. En estos casos la instrucción jurisdiccional resulta sobreakundante e innecesaria. La admisibilidad de este tipo de instrucción en el caso de delitos leves se debe a que en éstos, la prueba es sencilla y en general no proceden actos coercitivos que regularan la intervención del juez. En caso de delitos graves, corresponde que la instrucción sea llevada a cabo por el juez de instrucción salvo que el imputado haya sido sorprendido en flagrancia, en cuyo caso será viable la instrucción sumaria fundada en la facilidad de la prueba.

En Mendoza se procede por citación directa en los casos por delitos de acción pública reprimidos con pena máxima de dos años de prisión, multa o inhabilitación y en las causas por delitos cometidos en audiencias judiciales.

Quedan excluidas las causas de ejercicio privado que carecen de todo tipo de instrucción preparatoria, las seguidas contra menores y por faltas, las causas por delitos conminados con pena de reclusión, los asuntos complejos que exijan una investigación complicada y por lo tanto prolongada y cuando exista algún obstáculo fundado en privilegios constitucionales. El Código de Mendoza excluye expresamente la instrucción sumaria cuando proceda una medida de seguridad (art. 372).

La procedencia de la instrucción sumaria se basa fundamentalmente en el criterio de la facilidad de la prueba. Con relación a la cantidad y calidad de la pena, ésta será irrelevante cuando el imputado haya sido sorprendido en flagrancia o el delito se cometió en estado de arresto. En todos estos casos la prueba aparece evidente.

Debe ser realizada en un período de tiempo breve, que deberá serlo aún más de encontrarse el imputado detenido. El Código de la provincia de Mendoza fija que "el requerimiento de citación directa deberá ser presentado ante el tribunal competente dentro de los quince días a contar de la detención del imputado o, si éste se encontrara en libertad, dentro del mes de comenzada la información" (art. 378). Más adelante fija la posibilidad de que dicho plazo sea prorrogado por diez días como máximo, previo el informe que el agente fiscal debe presentar al juez manifestando las causas de la demora, siendo la decisión judicial irrecurrible.

En la legislación italiana el plazo no estaba fijado a no ser que el imputado se encontrara en estado de custodia preventiva, en cuyo caso debía ser realizada en el término de cuarenta días.

La investigación a cargo del agente fiscal requiere formalidades menos estrictas, sin embargo no es así para todos los actos ya que hay algunos que deben ser realizados bajo ciertos requisitos y en otros casos deberán ser practicados por el juez de instrucción.

Los actos que necesariamente deben estar rodeados de ciertas formalidades son por ejemplo, la detención, la recepción de la declaración indagatoria, inspecciones, requisas personales, secuestros y la excarcelación. Estos actos deben realizarse según las disposiciones de la instrucción formal.

El Ministerio Público puede cumplir todos los actos inherentes a la instrucción adecuados a la brevedad del trámite y al órgano que los realiza, de tal forma hay actos excluidos porque son incompatibles con el rito de la instrucción sumaria y otros porque implican ejercicio de jurisdicción.

Dentro de la primera categoría de actos exceptuados están aquellos que por complejidad y duración son incompatibles con la instrucción sumaria, lo que aparejará como consecuencia que ésta se transforme en jurisdiccional o formal, y deban remitirse los autos al juez de instrucción.

Dentro de la segunda categoría de actos, aquellos que implican ejercicio de jurisdicción, están los actos definitivos e irreproducibles como por ejemplo la aplicación de penas o de medidas de seguridad, la sentencia de sobseimiento o el decreto de citación a juicio. La producción de estos actos no implica la transformación de la instrucción en formal sino que deben ser realizados bajo todas las formalidades previstas por la ley y practicados por el juez de instrucción.

Podemos preguntarnos qué pasa si el juez no está de acuerdo con la realización de los actos definitivos e irreproducibles solicitados por el agente fiscal. Siguiendo a Manzini¹² nos parece que lo más apropiado será sostener que "como la providencia implica el ejercicio de jurisdicción (...), no está obligado el juez a secundar el requerimiento del Ministerio Público (...) de manera que puede negar dicha aplicación provisional si le parece inoportuna, sin posibilidad de impugnación para el Ministerio Público". Con respecto al requerimiento de elevación a juicio, éste obliga al tribunal a avocarse, en cambio en el caso del requerimiento de sobseimiento hay posturas contrarias que serán analizadas *infra* en el punto 5.

El imputado debe tener la oportunidad y el derecho de objetar la procedencia de la instrucción sumaria pudiendo pedir que sea llevada a cabo por ante el juez de instrucción. Tanto los códigos de Córdoba como el de Mendoza prevén esta posibilidad, el juez debe requerir las actuaciones y resolver. De acuerdo con el Código de Procedimientos de Córdoba (art. 333), se debe resolver en 24 horas y la resolución será apelable por el fiscal de instrucción o por el imputado, sin efecto suspensivo. En Mendoza (art. 373), la resolución judicial al respecto es sin sustanciación y sin recurso y no hay un plazo fijado para que el juez resuelva.

En todo momento se debe respetar el derecho de defensa del imputado, tanto material como técnica. La primera mediante la declaración inda-

¹² Manzini, V., *Decreto...*, cit., T. IV, págs. 285 y 286.

gatoria que corresponde ser tomada desde el primer momento del procedimiento y según las formalidades prescriptas para la instrucción formal. La defensa técnica se garantizará posibilitando al imputado que nombre un abogado defensor y si éste no lo hiciera se lo deber designar de oficio, debiendo estar designado al momento de la declaración indagatoria.

Con referencia a la coerción personal del imputado, Clarifé Olmedo sostiene que "la atribución del agente fiscal para conseguir la comparecencia del imputado a los fines de la declaración indagatoria es amplia. (...) Puede citarlo o detenerlo, observando las formas específicas sobre el particular". Entiende "que conviene limitar la facultad de ordenar directamente la detención a los casos en que la ley impone hacerlo sin orden judicial a la policía, y en los demás pedirla al juez de instrucción. Asimismo, el agente fiscal puede resolver la libertad del imputado, sea provisional o caucionada"¹³. Por último, la garantía de la libertad individual está asegurada por el menor plazo que se establece para requerir la citación a juicio cuando el imputado estuviere detenido.

Hasta aquí nos hemos referido a la instrucción fiscal como un procedimiento excepcional, sin embargo no todas las legislaciones lo receptionan así. En Córdoba la investigación penal preparatoria es realizada por el fiscal de instrucción y sólo en el caso de que existieren obstáculos fundados en privilegios constitucionales estará a cargo del juez de instrucción (arts. 301 y 340). Para Córdoba la investigación fiscal es la regla y la jurisdiccional la excepción, quedan a salvo los casos que sean competencia del juez correccional y del juez de menores.

El término de duración de la instrucción fiscal está fijado en el artículo 337: "La investigación fiscal deberá practicarse en el término de dos meses a contar de la declaración del imputado. Si resultara insuficiente el fiscal podrá solicitar prórroga al juez de instrucción, quien podrá otorgarla por otro tanto, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá concederse hasta por ocho meses más".

En Italia ya no existe una instrucción sumada y una instrucción jurisdiccional, ambas han sido suplantadas por una "investigación preliminar" a cargo del Ministerio Público bajo el control directo del juez de las investigaciones preliminares. Mediante ella también se trata de determinar si concurren los presupuestos para la apertura a juicio oral ya que desarrollará las investigaciones y averiguaciones necesarias para el ejercicio de la acción penal, pero sin la exhaustividad en la investigación, ca-

¹³ Clarifé Olmedo, J., *Tratado...*, cit., T. VI, pág. 387.

racterística de la instrucción jurisdiccional, ni la sumariedad de la instrucción sumaria.

En el Código actual de procedimiento penal italiano, se reafirma el valor puramente interno de los actos realizados durante la investigación preliminar ya que éstos carecen de valor probatorio para ser utilizados posteriormente durante el juicio y la limitación de las facultades del Ministerio Público de realizar determinados actos, como por ejemplo la adopción de medidas cautelares y actos que pudieran afectar derechos fundamentales, los que podrán ser ejecutados exclusivamente bajo el control del juez de la investigación preliminar. A la legislación actual italiana ya no se le podrán adjudicar las críticas que bajo la vigencia de la ley anterior recibía el instituto de la instrucción sumaria a la que se llegó a calificar de jurisdiccional.

Actualmente el Código italiano fija el plazo máximo en seis meses a contar desde la fecha de inscripción del imputado en el registro de noticias de delitos, término dentro del cual el Ministerio Público deberá pedir la apertura del juicio (art. 405) pudiendo prorrogarse sin que supere los dieciocho meses (art. 407).

Como vemos la instrucción por el Ministerio Público puede adoptar diversas formas según la decisión política que se adopte, así puede coexistir con la instrucción jurisdiccional ya sea que ésta sea la regla o la excepción, o ser el único tipo de instrucción pero siempre resaltando el valor requirente de sus actos y la función controladora de un juez para determinadas actuaciones.

4) *Naturaleza jurídica*

La instrucción penal a cargo del Ministerio Público es una especie dentro de la instrucción genérica, a la que los autores califican de acusatoria o de parte¹⁴. Es una especie de la genérica, en cuanto coincide en la finalidad con la instrucción formal. Esto no es lo que sostiene Véliz Maricónde para quien la instrucción sumaria es un "proceso sin instrucción" por entender que la primaria es función del juez y no del Ministerio Público¹⁵.

Se la califica de acusatoria o de parte porque es realizada por el acusador público y no interviene la garantía jurisdiccional. Sin embargo, no se entiende bien el calificativo de parte, si no es por el hecho de que se le quiere hacer destacar sus rasgos acusatorios, o entendiendo parte en sentido formal. El Ministerio Público no puede ser considerado parte en el

¹⁴ Cfr. Mantini, V., *Derecho...*, cit., T. I, pág. 274, y Maier, J., *La Investigación...*, cit., pág. 28.

¹⁵ Véliz Maricónde, *Derecho...*, cit., pág. 408, nota 48.

proceso, ya que no actúa con fines personales, con un interés subjetivo, sino con una finalidad eminentemente pública, por lo que su interés es tal en cuanto esté convencido de acuerdo con los elementos probatorios a su alcance, de la culpabilidad del imputado. Su interés es público y consiste en la actuación correcta de la ley, de ahí que debe aclararse que el Ministerio Público no está enfrentado al imputado y puede requerir el sobreseimiento cuando concurren las condiciones para ello. Así entendido el Ministerio Público, regido por el principio de imparcialidad, también podría llevar a cabo actos a favor del inculcado en el sentido de esclarecer su verdadera responsabilidad en el hecho. El Código italiano así lo establece en su artículo 358 al posibilitar que las investigaciones que efectúe puedan también ser favorables a la persona objeto de las investigaciones.

No puede entenderse que la instrucción del Ministerio Público sea de naturaleza jurisdiccional. La función jurisdiccional a cargo del Poder Judicial, dirime conflictos de intereses que alteran el orden social. El acto típico jurisdiccional es la sentencia dictada por un órgano imparcial e independiente, el juez o tribunal. La actividad jurisdiccional se caracteriza por el carácter definitivo de sus resoluciones y el pronunciamiento hecho por un órgano imparcial e independiente. La instrucción "prepara para el ejercicio de la acción, condición necesaria de la jurisdicción, y no debería desembocar en ninguna conclusión de contenido decisorio con respecto a la pretensión punitiva"¹⁶.

Tal como estaba legislada la institución en Italia, bajo la vigencia del Código de 1930, fue objeto de severas críticas sobre todo en este aspecto, pues magnificó los poderes del Ministerio Público y el valor de sus actos. En la instrucción sumaria el juez de instrucción no intervenía nunca salvo contadas excepciones como ser la impugnación de la denegatoria a la libertad provisional y la aplicación de penas accesorias y medidas de seguridad. La ley italiana extendía a la instrucción sumaria todas las normas que disciplinan la instrucción formal colocando en plano de igualdad a los actos instructorios realizados por el ministerio público con los realizados por el juez de instrucción. Es por todo lo anterior que la instrucción sumaria fue considerada por algunos autores italianos de carácter jurisdiccional¹⁷.

Dejando de lado el precedente italiano y regulada conforme a lo desarrollado anteriormente es que sostenemos que la instrucción por el Ministerio Público no es de carácter jurisdiccional por no reunir los elementos que distinguen el ejercicio de jurisdicción. Es en razón de ello que

¹⁶ Maier, J., *La Investigación...*, cit., pág. 30.

¹⁷ Éste es el parecer de Leone, G., *Tratado...*, cit., págs. 92, 93 y 143.

determinados actos son excluidos de su competencia y pueden ser realizados sólo bajo el contralor del juez¹⁸.

La cuestión está en determinar, justamente por el hecho de no ser ejercicio de jurisdicción, hasta qué punto es procedente una instrucción de estas características, si es que se toma la decisión política de implantarla. La decisión debe ser adoptada preguntándose primero cómo se quiere estructurar el proceso penal y la forma de asegurar en la mayor medida posible las garantías constitucionales del individuo. Al encargar la investigación al Ministerio Público se distinguen claramente las funciones que en cada etapa deben ejercerse: en una primera etapa, preliminar, se ejercerán funciones requirentes en base a la investigación realizada, en una segunda etapa, se ejercerán funciones decisorias en base a las pruebas aportadas. La nítida separación implica que el órgano decisor no esté en conocimiento de lo que hace el de investigación y se intenta llegar cuanto más a un proceso acusatorio o de parte.

Aun cuando el Ministerio Público perteneciera al Poder Judicial, esto no significaría que la actividad desarrollada durante la instrucción sea ejercicio de jurisdicción, porque ateniéndonos a la finalidad de ésta su esencia no consiste en dirimir conflictos de interés sino que sólo debe atribuírsele una función requirente a su actividad ya que prepara la acción penal.

Refiriéndola a la ubicación institucional del Ministerio Público, hay quienes sostienen que es de carácter administrativo, si éste depende del Poder Ejecutivo y otros que le asignan carácter judicial si, por el contrario, está ubicado dentro del Poder Judicial. Para Maier¹⁹ esta instrucción merece ser calificada de judicial, pero no sólo atendiendo a la posición institucional del órgano que la practica sino también al deber de objetividad de sus actos y su meta final de realización del derecho penal.

Según nuestra Constitución Nacional, reformada en 1994, el Ministerio Público es un órgano independiente, cuyos miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones (art. 120). Hasta el momento no se ha dictado la ley que lo reglamente, sin embargo la Constitución pretende un órgano extrajudicial. Cabe preguntarse si esta norma obliga a las provincias que lo han reglamentado dentro de alguno de los poderes a adecuarlo como órgano independiente. Nos aventuramos a responder afirmativamente en base a los artículos 5° y 123 de la Constitución Nacional.

Tal como aparece delineado, el Ministerio Público es un órgano extrajudicial, al no estar ubicado dentro de ninguno de los poderes del Estado,

¹⁸ Por ejemplo el Código Procesal Penal de Mendoza establece que los actos definitivos e irreproducible deben ser practicados bajo pena de nulidad por el juez de instrucción (art. 315).

¹⁹ Maier, J., *La Investigación...*, cit., págs. 26 y 29.

lo que indudablemente le otorgará mayor autonomía e independencia, que deberá ser asegurada por el modo de designación y remoción de sus miembros. La Constitución nombra a dos de sus funcionarios, el procurador general de la Nación y el defensor general de la Nación. Una ley establecerá cómo debe completarse el Ministerio Público. Lo que queda claro es que las dos partes que se encuentran enfrentadas en el pleito, fiscales y defensores, ya no dependen de la misma autoridad jerárquica.

La reforma constitucional mejora la situación institucional del Ministerio Público que dependía funcionalmente del Poder Ejecutivo, lo que era aberrante al sistema republicano por el interés que el Ejecutivo padiera tener en algún proceso judicial y por el hecho de que el controlado controlaba al controlante.

5) Conclusión y transformación

La instrucción por el Ministerio Público concluye con:

a) El requerimiento de citación a juicio que debe ser presentado directamente ante el tribunal competente para su realización, es presupuesto de éste que el imputado haya prestado declaración indagatoria. Se debe requerir la citación a juicio si hubiere elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimidado.

b) El requerimiento de sobressimiento que se dirige al juez de instrucción.

c) El archivo de las actuaciones que se dispondrá cuando no se pueda proceder o cuando el hecho no encuadre en una figura penal. En este último supuesto, el Código de Córdoba prevé que si se hubiera recibido la declaración indagatoria, el archivo debe requerirse al juez de instrucción (art. 334).

Hay que analizar qué pasa si, ante el requerimiento de sobressimiento o la desestimación de la denuncia, el juez no está de acuerdo con el pedido del agente fiscal. La solución se divide en dos posturas: una sostiene que si el juez no está de acuerdo con el requerimiento fiscal debe abrir el trámite instructorio a su cargo, la otra entiende que la cuestión debe resolverse por el superior jerárquico dentro del Ministerio Público.

Las diferentes posturas pueden resumirse en el pensamiento de Clará Olmedo y de Maier, respectivamente³⁹. Tanto una como otra solución afectan principios procesales, la primera el de *se procedat iudex ex officio* y la segunda el de legalidad.

El artículo 359 del Código de Córdoba resuelve que se deberán elevar las actuaciones al fiscal de Cámara de Acusación. Si éste coincidiera

³⁹ Clará Olmedo, J., *Tratado...*, cit., T. VI, pág. 367. Maier, J., *La investigación...*, cit., pág. 61.

con lo solicitado por el inferior, el juez resolverá en tal sentido. En caso contrario el fiscal de Cámara formulará el requerimiento de citación a juicio. Del mismo modo se decide en el Código de Mendoza, con la salvedad de que si el fiscal está de acuerdo con el juez, el sumario pasará en vista a otro agente fiscal, el que formulará requerimiento de elevación a juicio en virtud de los fundamentos del superior.

Consideramos que habiendo fundamentos en favor de una y otra postura y que cualquiera de las soluciones afectan principios procesales penales, la decisión de cuál adoptar dependerá en gran medida de la ubicación institucional del Ministerio Público. Si éste está dentro del Poder Ejecutivo, la mejor solución será que el juez practique la instrucción a su cargo y requiera la elevación a juicio, de lo contrario el proceso penal podría verse influenciado por cuestiones políticas que hagan no aconsejable el inicio de la acción penal contra determinada persona en virtud del interés que el Poder Ejecutivo tenga en la causa. Si por el contrario el Ministerio Público dependiese del Poder Judicial o fuese un órgano extrapoder, el superior jerárquico dentro de éste debe resolver como lo propugnan las legislaciones provinciales mencionadas anteriormente.

Cuando se trata de la instrucción sumaria ésta se puede transformar en formal. Cuando vence el término fijado por ley para realizar la instrucción, el agente fiscal podrá requerir una prórroga o la instrucción formal. Negada la prórroga o vencida ésta, se convierte en instrucción formal por lo que las actuaciones son remitidas al juez para su continuación. La otra posibilidad es que el agente fiscal estime que no hay mérito para la citación directa a juicio ni para requerir el sobreesimiento, entonces debe solicitar una prórroga extraordinaria que implicará un requerimiento de instrucción jurisdiccional.

6) Admisibilidad

La admisibilidad constitucional de un instituto de las características referidas dependerá de que éste respete las garantías constitucionales de juicio previo, juez natural y defensas en juicio.

La instrucción por el Ministerio Público como vimos, no puede entenderse que afecte la garantía del juicio previo, entendido éste como un proceso regular y legal que derive en una sentencia fundada en ley anterior al hecho del proceso. Se trata de una instrucción preliminar al juicio propiamente dicho, no implica ejercicio de jurisdicción ya que los actos cumplidos durante ella tienen sólo función requirente y son meramente preparatorios del juicio en sí. El hecho de que se la prefiera encargar a un juez, se debe a que durante ella pueden realizarse actos que afecten de manera definitiva todo el curso posterior del proceso o derechos subjetivos de vital importancia para el imputado.

Para salvar este escollo se excluyen de la órbita de la instrucción fiscal los actos que implican ejercicio de la jurisdicción, que pudieran afectar

derechos fundamentales o que sirvan como medio de prueba para el juicio oral y de ser necesarios se los debe encomendar al juez de instrucción.

Estando de acuerdo en que es necesaria una instrucción previa al debate, que ésta se inicie ante el conocimiento que las autoridades tomen de la existencia de un hecho que pueda constituir un delito, ¿qué otro fundamento más allá de la necesidad de realizar ciertos actos que puedan afectar garantías constitucionales del individuo, avala la decisión de encargarla a un juez? Es evidente la importancia de esto, sin embargo el instituto de la instrucción por el Ministerio Público está construido de tal forma que dichos actos se realicen exclusivamente por el juez de instrucción bajo pena de nulidad. Por otro lado "no es muy acorde con la imparcialidad que debe presidir el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el desempeño de tareas de inquisidor que cumple el juez de instrucción. Y a pesar de que la investigación se puso a su cargo, buscando mayores garantías para el sospechoso, los resultados en este aspecto no han sido precisamente paradigmáticos"²¹.

Cuando la instrucción está a cargo del juez de instrucción, el fiscal debe basar la acusación en una investigación de la cual él no participó, ya que las pruebas fueron seleccionadas y producidas por el juez, restando para el fiscal de instrucción una tarea de contralor. No puede menos que ser calificado de absurdo.

Estando la instrucción a cargo del Ministerio Público el órgano decisor no toma conocimiento de la causa hasta el momento en que le sea elevado el caso a juicio y por lo tanto se evita el prejulgamiento y se mantiene ajeno e imparcial a la cuestión deducida por las partes.

Juez natural es el competente designado por ley anterior al hecho del proceso. Debe entender en la causa y dictar sentencia. Se entiende que la investigación por el Ministerio Público tampoco afecta esta garantía que se asegura completamente al excluirse de la competencia de la investigación fiscal determinados actos que implican el ejercicio de jurisdicción, que afectan derechos fundamentales del individuo o que sean definitivos e irreproducible. La actuación por el Ministerio Público tiene una función requiriente y sus actuaciones carecen de valor probatorio en el juicio. En el debate oral y contradictorio presidido por el juez natural, se debe aportar la prueba en la que finalmente se basará la sentencia.

Por último, la inviolabilidad de la defensa de la persona y sus derechos abarca no sólo la defensa material sino también la técnica. El imputado debe gozar del derecho a ser oído, a controlar la prueba de cargo y ofrecer prueba de descargo, valorar la prueba producida y designar un

²¹ Caffarena Nicco, José J., "La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional", *Doctrina Penal*, año 10, ars. 10, oct.-dic. 1987, De Palma, Buenos Aires, pág. 676.

defensor de su confianza, si así no lo hiciera o no tuviera medios para ello deberá designársele uno de oficio. Durante la instrucción y en la primera oportunidad y en todo caso antes de la declaración del imputado, se lo invitará a designar defensor. Se asegura al imputado su participación y la de su defensor en las diligencias ya que pueden proponer medidas y en caso de que el fiscal las rechace por considerarlas no pertinentes o útiles, se les da la posibilidad de ocurrir ante el juez de instrucción. Por último y como para terminar de asegurar la efectiva vigencia del principio de inviolabilidad de la defensa, el imputado podrá objetar la procedencia de la instrucción por el Ministerio Público y requerir el control jurisdiccional.

A nuestro modo de ver no hay planteo constitucional que no haga viable la instrucción por el Ministerio Público, siempre y cuando respete las garantías acordadas por la Constitución. Tal como está legislada la institución en los modelos que seguimos durante el estudio, parece efectivamente que dichas garantías están resguardadas.

Falta analizar si cabe hacer alguna otra objeción al instituto en análisis. Alcalá Zamora y Castillo considera cuestiones funcionales y crítica a la instrucción sumaria deshechándola para así evitar: "a) que el procedimiento comience con una cuestión de competencia (entre Ministerio Público y Judicatura) acerca de si la instrucción ha de ser sumaria o formal, y b) que el fiscal se conduzca en la instrucción sumaria más como un acusador que como instructor, sin contar con que mediante ella no se descarta la intervención del juez, lo que determina una dualidad instructora, cuyas ventajas son harto discutibles"²¹.

Estas observaciones deben ser tenidas en cuenta al tomarse la decisión política de implantar la instrucción por el Ministerio Público, para que de hacerlo funcione con mayor efectividad.

Si descartar estas críticas, conviene aclarar que actualmente la instrucción por el Ministerio Público puede suplantar a cualquier otra instrucción como sucede en Italia, con lo que no se suscitarían cuestiones de competencia y con referencia a la segunda crítica, hay que sopesar qué ventajas se prefieren, si las de un procedimiento más parecido al de parte, que convierta al órgano decisor en un verdadero sujeto imparcial y una instrucción más ágil o la complejidad y poca practicidad de la instrucción jurisdiccional, limitando la función del órgano requirente a la de controlar de una prueba no producida por sí mismo.

La decisión de implementar una instrucción realizada por el Ministerio Público, ya sea que ésta sea sumaria y procedente en algunos casos en forma excepcional, o que lo sea como regla frente a la instrucción jurisdiccional o como única clase de instrucción, es una cuestión política pero nada obsta a su existencia. El legislador evaluará su conveniencia y

²¹ Alcalá Zamora y Castillo, *Nieto. Derecho Procesal Penal*, T. 2, Kraff, Buenos Aires, 1946, Cap. XV, pág. 358, ara. 24.

mérito. Por nuestra parte, estimamos aconsejable la instrucción por el Ministerio Público, es necesario separar las funciones de acusar y de juzgar, revalorizando el carácter meramente requirente de los actos practicados en la instrucción, los que no pueden servir como medios de prueba a utilizar en el debate. Se debe dejar en claro que aun cuando la instrucción fiscal sea la única clase de instrucción con la que comience el proceso penal, la actuación de un juez en esta etapa no se descarta por entero, porque éste tendrá el deber de actuar a pedido del Ministerio Público, de la víctima o del imputado, para controlar determinados actos que deban ser llevados a cabo por autoridad jurisdiccional. Sólo en este supuesto, esos actos podrán ser utilizados como prueba ante el tribunal decisor. Por último es menester que se permita durante la instrucción la intervención efectiva de la defensa desde el primer momento. Un procedimiento de enjuiciamiento penal así estructurado se acerca más al sistema acusatorio y garantiza mejor los derechos del imputado además de servir mejor a los fines de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Derecho Procesal Penal*, Kraft, Buenos Aires, 1945.
- CAFFERATA NORES, José I., "La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional", *Doctrina Penal*, año 10, nro. 40, oct.-dic. 1987, Depalma, Buenos Aires, págs. 675 a 687.
- CLARÁ OLMEDO, Jorge, *El Proceso Penal. Su Génesis y Primeras Críticas Jurisdiccionales*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1960.
- "El nuevo proceso penal italiano", *Documentación Jurídica*, t. XVI, nro. 61, en.-mar. 1989. Estudio preliminar por Marco Villagómez. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1989.
- LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1963.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- *La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público. Instrucción Sumaria o Citación Directa*, Lerner, Buenos Aires, 1975.
- MANZINI, Vincenzo, *Derecho Procesal Penal*, trad. S. Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ejea, Buenos Aires, 1963.
- VÉLEZ MARCONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed. actualizada por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1981.