

LA PERSECUCIÓN PENAL EN LOS NUEVOS CÓDIGOS PROCESALES PENALES PROVINCIALES

TATIANA V. F. GOS *

Resumen: Este trabajo persigue repensar críticamente las últimas reformas introducidas en los Códigos procesales penales provinciales en términos del rol que desempeña el Ministerio Público Fiscal, titular de la acción pública, considerando el art. 120 de la Constitución Nacional, el art. 71 del Código Penal y el art. 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Sin perjuicio de la existencia de algunas innovaciones vinculadas con los principios del sistema acusatorio, lo cierto es que en ninguno de estos Códigos se ha eliminado la etapa de la instrucción, rémora del sistema inquisitivo. La investigación penal preparatoria, como se ha denominado a dicha etapa preliminar, de ningún modo implica consagrar un procedimiento penal que cumpla con las pautas de juicio oral, público, continuo y contradictorio.

Abstract: The purpose of this paper is to rethink critically the last amendments in the provincial criminal procedure codes in terms of the role played by the Prosecution Public Ministry [Ministerio Público Fiscal], in charge of the public action, taking into account section 120 of the Argentine Constitution, section 71 of the Argentine Criminal Code, and section 26 of the Prosecution Public Ministry Organic Law. Notwithstanding some innovations related to the principles of the accusatory system, none of these codes has eliminated the preliminary investigation stage [etapa de la instrucción], a remain of the inquisitorial system. Such stage does not imply by any means establishing a criminal procedure conducted as an oral, public, continuous, and contradictory procedure.

Palabras clave: Códigos procesales penales de provincias - Investigación penal preparatoria - Sistema acusatorio - Constitución Nacional.

Keywords: Provincial criminal procedure codes - Preliminary criminal investigation - Accusatory system - Argentine Constitution.

* Alumna de la carrera de Abogacía (UBA). Agradezco al doctor Ignacio F. Tedesco por la corrección y revisión de este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

Esta monografía analizará el rol del Ministerio Público Fiscal en los nuevos Códigos procesales penales provinciales, puntualmente en lo que respecta a la investigación a cargo del fiscal y la vigencia de la instrucción.

Sobre este particular, cabe destacar que una de las principales reformas en los nuevos Códigos procesales penales provinciales ¹ ha sido consagrar, como regla, la investigación penal preliminar a cargo del fiscal, reservando para el juez de instrucción el papel de juez de garantías, quien protege las garantías constitucionales del imputado y aprueba la ejecución de determinadas medidas de investigación, cuya autorización se encuentra reservada a la jurisdicción.

Sin perjuicio del avance que esto implica en términos de adecuar el procedimiento penal a los mandatos constitucionales, no podemos dejar de observar que esta transformación ha quedado a mitad de camino en términos de eliminar definitivamente la etapa de instrucción (instituto eminentemente inquisitivo) y consagrar que el proceso penal se desarrolle íntegramente en el debate, cumpliendo con los requisitos de juicio oral, público, continuo y contradictorio, en donde la evaluación de la prueba sea producto de la intermediación.

La Constitución *ordena* que el proceso penal responda a los principios de un sistema acusatorio, tal como se desprende de su artículo 118, según el cual “todos los juicios criminales [...] se terminarán por jurados”², artículo que por otra parte no ha sido modificado en las sucesivas reformas constitucionales. Si entendemos la dificultad justificatoria de la Constitución como un proceso de aporte continuo ³, vale interpretar que en dicha construcción, los constituyentes que no reformaron ni derogaron esos artículos han convalidado la vigencia de estos principios.

¹ Códigos procesales penales de Catamarca, Córdoba, y Tucumán, entre otros.

² El hecho de que el juicio criminal se termine por jurados implica que la participación ciudadana en la resolución de los conflictos penales, como fuente de legitimación política de la sentencia, requiere necesariamente la presencia de un acusador y un acusado y la consecuente determinación de una verdad procesal, en términos de las alegaciones y pruebas que las partes aportan al proceso.

³ “El razonamiento práctico justificatorio no está dirigido a justificar acciones y decisiones individuales, sino sólo a realizar contribuciones a una acción colectiva que se extiende a lo largo del tiempo a través de una convención de constitución” (NINO, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, cap. 2, “La observancia de la constitución histórica”, p. 55).

Sin embargo, resulta alarmante que éstos no sean respetados ni implementados y hasta sistemáticamente vulnerados. Ello se verifica con la vigencia en todos los Códigos procesales penales de la etapa de instrucción, que por las diversas razones que expondremos más adelante, se encuentra en franca oposición a un modelo procesal acusatorio.

Antes de adentrarnos en el análisis concreto de la hipótesis, se dejarán planteadas algunas ideas preliminares, que conforman un marco más amplio a partir del cual se desarrollará nuestra posición.

En primer lugar, consideramos que el Derecho penal, y particularmente el proceso penal, tienen por finalidad la superación de un conflicto. Sin embargo, el Derecho penal conforma la última instancia, la *ultima ratio* del sistema, que debiera aplicarse exclusivamente para aquellos casos que no puedan ser zanjados por otros medios menos violentos⁴. En definitiva, la idea de establecer reglas de procedimiento para que las partes puedan llegar a una solución satisfactoria importa la resolución pacífica de los conflictos, atendiendo a los intereses en pugna, con la finalidad de evitar la desintegración social. Lo antedicho claramente se contrapone a la amplísima dimensión que el Derecho penal⁵ está adquiriendo en la actualidad, vinculado con la tipificación de delitos en materia de Derecho de familia⁶ o Derecho mercantil⁷.

Si se considera que el *ius puniendi* (derecho subjetivo del Estado para aplicar una pena) es la aplicación legítima de un determinado grado de violencia sobre los particulares, se concluye que sólo podría ejercerse válidamente para los casos de mayor gravedad, extremadamente limitados, que conmueven o afectan a la sociedad⁸. Caso contrario, la pena no cum-

⁴ “El penal es el poder más impresionante que legítimamente el Estado puede ejercer, el de más alta cuota de violencia, y el que, por consiguiente, puede más fácilmente batallar los derechos individuales del ciudadano” (RUSCONI, Maximiliano A., “División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público”, LL 1991-D-1130 y ss.).

⁵ “La desmesura en que incurre el legislador a la hora de plasmar tipos penales y su conminación con penas privativas de libertad, sólo logra un descrédito general del Derecho penal como *ultima ratio*, una abdicación de las obligaciones no punitivas del Estado; y en la práctica judicial ante la falta de correspondencia entre demanda de judicialización y recursos propios...” (BAILONE, Matías, “La regulación provincial de criterios de oportunidad persecutoria penal y el debate de su constitucionalidad”, LL Gran Cuyo 2006-215).

⁶ Incumplimiento de los deberes alimentarios, art. 1º, ley 13.944.

⁷ Cheque sin fondo. Art. 302, CPen.

⁸ “Al hacer justicia y enjuiciar a los criminales, estos juicios también otorgan una expresión formal a los sentimientos de la comunidad y al expresarlos de esta manera se

ple con su finalidad, la víctima no resulta satisfecha con el resultado del proceso y la sociedad continúa desvinculada de los conflictos penales⁹.

En segundo lugar, hay ciertos casos penales que conmueven los hilos más pasionales de la sociedad, en los que se pretende la sanción del responsable, sin importar los medios, confundiendo la meta del proceso con la realización de la justicia. ¿Cuándo en un proceso se llega a una solución justa? Es imposible establecer de antemano una regla que nos permita determinarlo. Simplemente, se pueden elaborar una serie de reglas, que, respetando las garantías, principios y mandatos constitucionales permitan llevar a cabo una teatralización donde diversas hipótesis de acusación e inocencia van a ser representadas, defendidas y contrastadas¹⁰.

Más allá de que esto pueda resultar trágico, no es posible reconstruir una verdad histórica y resulta peligroso que en ese afán de lograrlo, se transmitan al juez cualidades cuasi-sobrenaturales que en realidad no posee¹¹.

El juez es un tercero al que las partes le plantean un conflicto. No posee potestades omnipresentes u omniscientes que le permitan determinar qué fue lo que históricamente aconteció, por lo que no debieran otorgársele facultades omnímodas en pos de la averiguación de la verdad. Simplemente puede evaluar pruebas, dichos de otros expertos, que también

fortalecen y gratifican tales sentimientos” (ANITUA, Gabriel I., *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 8).

⁹ De acuerdo con los arts. 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el fin del proceso no puede agotarse en la sanción al delincuente, sino en la protección de la víctima, atento a la “tutela judicial efectiva”.

¹⁰ “El principio acusatorio históricamente se dio en aquellas organizaciones políticas en las que no existía un poder concentrado en manos de persona alguna. El principio no surge con la noción de autoridad —Estado— sino que fue concebido por el hombre con anterioridad a la idea de éste, justamente para su necesaria afirmación como individuo diferenciado de la sociedad y de este modo, limitar la guerra en el estado de naturaleza” (ALLIAUD, Alejandra, “Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución”, en HENDLER, Edmundo S. [comp.], *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 214).

¹¹ “De esta manera, junto al ingreso de una ‘voluntad de verdad’ en los juicios, como elemento dirimente de razón, se yergue necesariamente el papel de un tercero ‘superior o neutral’ —un juez y no simplemente un espectador o atestiguador de la regularidad del procedimiento—. Se deriva de ello que este tercero tendrá como cometido (solamente) declarar la verdad de los hechos y la verdad del derecho” (ZYSMAN QUIRÓS, Diego, “Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal. Un estudio histórico-conceptual de modelos normativos de imparcialidad”, en HENDLER, Edmundo S. [comp.], *Las garantías penales y procesales...*, cit., p. 344).

cuentan con un conocimiento limitado. Sin embargo, no es lo mismo analizar las pruebas producidas y aportadas por las partes, que las obtenidas por las diligencias ordenadas por el propio juez. El distanciamiento que existe para valorarlas es distinto. Los jueces son hombres, con sus costumbres, valores, condición social y económica, de la cual no pueden desprenderse al momento de fallar.

En tercer lugar, atento a la superación de conflictos que el proceso penal importa¹², resulta evidente que brilla por su ausencia el mayor interesado, la víctima. La objetivación del Derecho penal como afectación de bienes jurídicos “olvida” a la víctima¹³, hacia quien principalmente debiera estar orientada la solución judicial. Esto pone nuevamente en debate la oficialidad de la acción penal y el retorno a la acción privada. Si bien este punto excede la hipótesis de esta monografía, es oportuno plantear que la acción penal debiera ser como regla, privada, justamente para garantizar el control de ésta por parte de la víctima. Si se tiene en cuenta el principio de igualdad ante la ley garantizado por el art. 16 de nuestra Constitución, el Ministerio Público Fiscal debiera subsistir como un órgano de apoyo para las víctimas que decidan llevar adelante una acción penal y que no hayan optado para ello por un abogado de la matrícula.

Finalmente, en relación con los sistemas de reparación o la derivación de determinadas causas a otros medios alternativos de resolución de

¹² “Los comportamientos lesivos desde el punto de vista de la comunidad, suscitan según Yngvesson, dos actitudes alternativas: 1) son hechos normales que alguien individualmente puede considerar lesivos; o bien 2) son transgresiones que conciernen a la comunidad. El criterio para catalogarlos en una u otra categoría depende de la naturaleza del acto, de la importancia, pero, sobre todo de la relación de las personas involucradas” (HENDLER, Edmundo S., “Enjuiciamiento penal y conflictividad social”, en MAIER, Julio B. J. - BINDER, Alberto M. [comps.], *El derecho penal hoy. Homenaje al prof. David Baigún*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 381).

¹³ “En el modelo clásico de justicia penal, el crimen es un conflicto formal, simbólico y bilateral entre Estado e infractor. La intervención del sistema legal despersonaliza el conflicto —personal, concreto e histórico— entre delincuente y víctima, neutraliza a esta última y abre un abismo infinito, irreversible entre los dos protagonistas del suceso delictivo, redefiniéndolo simbólicamente” (RIQUERT, Marcelo A. - CISTOLDI, Pablo A. - CELSO, Leonardo C, *Justicia de garantías, de ejecución y Ministerio Público: nuevos roles y claves en el sistema procesal penal bonaerense*, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 211). “Al desaparecer la noción de daño y con ella, la de ofendido, la víctima pierde todas sus facultades de intervención en el procedimiento penal [...] Esta concepción de la víctima como sujeto privado no es compatible con el carácter de titular de derechos que los actuales ordenamientos jurídicos positivos otorgan a los individuos” (BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, cap. III, “La participación de la víctima en el proceso penal”, ps. 91/92).

conflictos, tales como la mediación, y en apoyo de la vigencia de un Derecho penal mínimo, estas alternativas implican, a mi entender, que si pueden ser resueltos por otros medios menos violentos, serían un buen indicativo de aquellas conductas que debieran ser despenalizadas, porque claramente la pena privativa de libertad no sirve como herramienta para solucionarlos. La extensísima tipificación de delitos entraña la criminalización de la sociedad y la pérdida del Derecho penal como *ultima ratio*.

II. LA INVESTIGACIÓN A CARGO DEL FISCAL EN LOS NUEVOS CÓDIGOS PROCESALES PENALES PROVINCIALES

Según Horacio Lasarte¹⁴, en los Códigos procesales de la Argentina es posible observar tres sistemas, a saber:

1. El juez de instrucción es el encargado de la etapa preparatoria, sin perjuicio de lo cual es posible distinguir:

a) La instrucción judicial exclusiva: Código de Neuquén.

b) La instrucción fiscal excepcional: Código de Mendoza (que prevé la citación directa).

2. La investigación penal preparatoria —la instrucción— es encomendada al Ministerio Público Fiscal:

a) En forma exclusiva: nuevo Código de procedimiento penal de Buenos Aires, proyectos Poder Ejecutivo nacional de 1986 (Maier), Buenos Aires 1989 y Santa Fe 1993.

b) Como regla, excepto en aquellos casos en que existen obstáculos constitucionales (para los cuales la instrucción es judicial): Códigos de Córdoba y Tucumán.

3. La instrucción es judicial, pero el juez se encuentra facultado para delegarla en el Ministerio Público Fiscal en determinadas circunstancias: Código procesal penal de la nación.

El Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires sustituye la figura del juez de instrucción por la de un juez de garantías¹⁵ y establece que la investigación penal preparatoria estará a cargo del Ministerio Público Fiscal¹⁶, quien practicará las diligencias que considere pertinentes y útiles¹⁷, pudiendo declarar el secreto de las investigaciones¹⁸. Asi-

¹⁴ LASARTE, Horacio A., *La investigación penal preparatoria*, La Ley, Buenos Aires 1997, p. 949.

¹⁵ Art. 23, CPP Buenos Aires.

¹⁶ Arts. 266, 267, CPP Buenos Aires.

¹⁷ Art. 273, CPP Buenos Aires.

¹⁸ Art. 280, CPP Buenos Aires.

mismo, el fiscal está habilitado para tomar la declaración del imputado¹⁹, con la salvedad de que éste puede solicitar la presencia del juez de garantías²⁰, si así lo creyera conveniente. En este modelo, el juez reserva una triple función: a) autoriza aquellas medidas coercitivas que por imperativo constitucional le están reservadas y las que habilitan la intervención de distintos sujetos en el procedimiento; b) decide sobre aquello que extingue o imposibilita el ejercicio de la acción penal, y c) controla la realización de los actos definitivos e irreproducibles, que no implican actividad decisoria, sino el resguardo de las condiciones necesarias para su incorporación al debate²¹.

Esta línea también ha sido seguida por el nuevo Código procesal penal de Catamarca. Según Erica Gorkiewicz²², esta modificación ha permitido que el juez simplemente tenga que decidir, constituyéndose en un árbitro de la regularidad del proceso.

Ahora bien, esta afirmación puede ser discutida, por cuanto si bien no es el juez de instrucción el que lleva adelante la investigación ni selecciona ni ordena la realización de diligencias, lo cierto es que cuando se produce el debate, las hipótesis y pruebas ya han sido “tamizadas” y seleccionadas por la organización que el Ministerio Público le dio a la instrucción. Así las cosas, la calidad de “árbitro” del juez se disuelve, por cuanto no puede evaluar las teorías contrapuestas que ambas partes proponen.

A su turno, el ordenamiento procesal de la Provincia de Córdoba prevé la investigación penal preparatoria a cargo del fiscal como regla²³ y la vigencia del juez de instrucción para casos excepcionales²⁴, así como cuan-

¹⁹ “Si el proceso es un mecanismo de imputación de responsabilidad penal y la instrucción no es entonces más que un medio de merituar una determinada sospecha, que en definitiva deberá probarse en un debido juicio *con lo que en él se demuestre*, no parece imaginable ni peligroso para nadie que el Ministerio Público sea quien reciba declaración al imputado. [...] En definitiva, la única declaración realmente válida debería ser la prestada en juicio” (CERLETTI, Marco L - FOLGUEIRO, Hernán L, “Ministerio Público en el nuevo Código Procesal de la Nación”, en MAIER, Julio [comp.], *El Ministerio Público en el proceso penal*, vol. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000). Como esto no ocurre así, puesto que el debate es una repetición de la instrucción, esta afirmación no resulta válida.

²⁰ Art. 308, CPP Buenos Aires.

²¹ LASARTE, Horacio, *La investigación...*, cit., p. 949.

²² GORKIEWICZ MORONI, Erica, “Sistema acusatorio: imparcialidad del tribunal en el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Catamarca”, LL NOA, 2004-1319.

²³ Arts. 71, 75, 301, 302, CPP Córdoba.

²⁴ Art. 340, CPP Córdoba.

do el propio imputado solicite el control jurisdiccional²⁵. Esta excepción “voluntaria” reviste particular interés para el desarrollo de nuestra hipótesis. Es posible interpretar que esta opción en cabeza del imputado respondería a una garantía en su favor: si por alguna razón el imputado desconfía de las diligencias llevadas a cabo por el Ministerio Público Fiscal, podría solicitarle al juez que intervenga, retomando la conducción de la instrucción. Ahora bien, esta conclusión es falaz y permite poner de relieve que es justamente la etapa previa de la instrucción lo que es incorrecto y no quién la lleve adelante. Tanto si la dirige el fiscal como el juez, el imputado igualmente se encuentra en una situación desventajosa, por cuanto se produce determinada prueba que no tiene posibilidad de controvertir.

Finalmente, el Código procesal penal de la Provincia de Tucumán establece la investigación penal preparatoria a cargo del fiscal²⁶, salvo casos excepcionales²⁷, siendo la declaración del imputado recibida por el órgano *judicial* competente²⁸.

Estas modificaciones se encuentran acompañadas de la creación de una “policía judicial”, como organismo dependiente administrativa y técnicamente del Ministerio Público Fiscal, situación que conlleva a la real judicialización desde el inicio de la investigación y requiere de preparación científica y específica formación en gabinetes técnicos especializados²⁹.

En consecuencia, la legislación procesal argentina puede sintetizarse como una permanente tensión entre el no cumplimiento del mandato constitucional que postula un enjuiciamiento de tipo acusatorio y las fuertes tendencias inquisitivas, que son nuestra pesada herencia del pasado colonial y de las prácticas autoritarias³⁰. Es en esta tensión donde se verifica la inserción de institutos o prácticas que afectan la coherencia interna del sistema, sea porque responden a principios o finalidades distintas, o bien porque su inserción en modelos de características inquisitivas concluye por obtener justamente los resultados opuestos a los deseados.

Del análisis de los sistemas precedentemente descriptos, se desprende que por la finalidad que persigue la investigación penal preparatoria (la

²⁵ Art. 303, CPP Córdoba.

²⁶ Arts. 71, 75 y 329, CPP Tucumán.

²⁷ Art. 340, CPP Tucumán.

²⁸ Art. 306, CPP Tucumán.

²⁹ BONETTO, Jorge E. - CLARK, Víctor W., “Investigación penal preparatoria a cargo del fiscal”, LL NOA 2002-652.

³⁰ BONETTO, Jorge E. - CLARK, Víctor W., “Investigación penal...”, cit., p. 652.

averiguación de una verdad histórica³¹ y la sospecha suficiente sobre la comisión de un delito), los nuevos Códigos procesales solamente han trasladado las funciones instructorias de la jurisdicción al Ministerio Público, sin hacer un análisis crítico del instituto, por lo que es dudoso que los nuevos procedimientos presenten mayores rasgos acusatorios.

En efecto, lo importante no es quién realiza la etapa penal preparatoria, sino que en realidad *no debería haber una etapa penal preparatoria*, al menos en los términos en los que nuestros Códigos procesales la entienden. En este sentido, el debate resulta ser sólo una reproducción de las conclusiones de la instrucción, requiriéndose alguna circunstancia realmente excepcional que permita desvirtuar el importante grado de sospecha, por el cual la causa fue elevada a juicio.

Por otro lado, la terminología es incorrecta: ¿qué es lo que debe ser “preparado”? La respuesta es que *nada* debería ser preparado. Ambas partes deben aportar los medios de prueba de que se valen y rebatir hipótesis en una sola instancia: *el debate*. Si durante la etapa preparatoria es el fiscal quien va a determinar si las pruebas ofrecidas son útiles y necesarias, entonces ya no está situado en su rol de parte acusadora, sino que se vuelve un “híbrido” respecto del conflicto y de los intereses.

III. LA INVESTIGACIÓN A CARGO DEL FISCAL Y LA DICOTOMÍA ACUSATORIO-INQUISITIVO

Máximo Langer³² sostiene que el principio acusatorio ha sido utilizado indistintamente a) en un nivel descriptivo y b) como adecuado a determinado sistema político normativo. Asimismo, plantea la dicotomía acusatorio-inquisitivo a partir de seis niveles.

1. Lo acusatorio y lo inquisitivo *como categorías históricas*. Si nos retrotraemos a la antigua Grecia, donde la reacción privada o popular se canalizó por vía de una acción procesal privada³³, el rol del Ministerio Público Fiscal como titular exclusivo y excluyente de la acción penal pública se asemejaría más a la finalidad de un instituto inquisitivo, conforme a su fin: la persecución penal pública de los delitos, con la caracte-

³¹ Art. 303, CPP Tucumán. Art. 266, CPP Buenos Aires.

³² LANGER, Máximo; “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en HENDLER, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales...*, cit., ps. 243/250.

³³ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, cit., p. 444.

rística de la obligatoriedad de su ejercicio³⁴. Así, el daño, tratado como una falta moral³⁵, no es solamente una ofensa de un individuo a otro, sino también una ofensa que infringe un individuo al Estado, al soberano como su representante, a la ley misma del Estado. Así, el poder político viene a doblar y, paulatinamente, a sustituir a la víctima³⁶.

De este modo, hasta que la víctima no vuelva a ocupar un lugar primordial en el proceso penal, como particular afectado, no podríamos hablar en este sentido de un sistema acusatorio material.

2. Lo acusatorio y lo inquisitivo *como tipos ideales*. El principio fundamental que le da el nombre al sistema acusatorio se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión estén condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*). El tribunal aparece como un árbitro entre dos partes, acusador y acusado³⁷. En este aspecto, la investigación a cargo del Ministerio Público respondería a un proceso acusatorio formal, toda vez que al detraer de la esfera del juez de instrucción las potestades investigativas, se produciría una desvinculación *formal* entre las acciones de “juzgar” y “acusar”, constituyendo un requisito *sine qua non* para la actuación judicial, la iniciación del proceso por parte del Ministerio Público Fiscal. Si éste tiene en sus manos la dirección de las investigaciones previas, con excepción de aquellas que requieren autorización jurisdiccional, se refuerza la separación de funciones dentro del proceso y la posición de árbitro que debe mantener el juez, como un tercero ante el cual las partes presentan sus hipótesis de acusación e inocencia, respectivamente.

3. Lo acusatorio y lo inquisitivo *como mecanismos o subsistemas que cumplen cierta función en el sistema procesal*. Es inquisitivo todo subsistema o mecanismo procesal cuya función sea la obtención coercitiva de reconocimiento de culpabilidad por parte de los imputados. Si la función de la investigación a cargo del fiscal es la realización de todas las diligencias necesarias para cumplir con los extremos de una acusación bien fundada, que no configure un dispendio innecesario de jurisdiccionalidad, ni someta a un individuo a un proceso penal cuando no haya pruebas sufi-

³⁴ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, cit., p. 446.

³⁵ FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1991, conferencia tercera, p. 84.

³⁶ FOUCAULT, Michel, *La verdad...*, cit., ps. 75/76.

³⁷ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, cit., p. 444.

cientes de la comisión de un delito, pareciera que este instituto será acusatorio.

4. Lo acusatorio y lo inquisitivo *como intereses o finalidad contrapuestos*. Este nivel de dicotomía puede explicarse como la exigencia de represión del delito, frente al respeto de los derechos del imputado o la finalidad del proceso penal de castigar a los culpables frente a la finalidad de absolver a los inocentes. En este nivel, también la investigación a cargo del fiscal es de tinte acusatorio, por cuanto el hecho de que las pruebas sean valoradas por un sujeto distinto del que las ordenó importa el respeto de los derechos del imputado.

5. Lo acusatorio y lo inquisitivo *como principios normativos*. Según este sentido teórico, lo acusatorio es un principio normativo del sistema jurídico y/o de un determinado modelo político-normativo. Es lo que usualmente se ha denominado acusatorio formal. La investigación a cargo del fiscal pretende escindir completa y definitivamente las funciones de acusar y juzgar, en dos sujetos distintos. Sin embargo, no deja de ser formal, por cuanto, más allá del lugar institucional que le corresponde al Ministerio Público Fiscal a la luz del nuevo art. 120, CN (tema que desarrollaremos más adelante), sigue siendo un órgano del Estado quien ejerce la función requirente.

6. Lo acusatorio y lo inquisitivo *como modelos normativos*. Según esta aproximación teórico-conceptual, lo acusatorio representa un modelo normativo de proceso penal exigido por el ordenamiento jurídico y/o por un determinado modelo político-normativo. Como hemos afirmado en la introducción, nuestra Constitución ordena un procedimiento penal de características acusatorias, tal como se desprende del artículo 118.

Si es cierto que de la Inquisición perduran sus dos máximas fundamentales: la persecución penal pública de los delitos (considerados los máximos exponentes del comportamiento desviado en el seno social y, por ello, intolerables para el orden y la paz social, al punto de que deben ser perseguidos por el mismo Estado y sin atención a ninguna voluntad particular) y la averiguación de la verdad histórica como meta directa de procedimiento³⁸, ¿cómo se conjuga esta máxima con el análisis anteriormente expuesto? Lo que ocurre es que mientras continúe vigente la instancia previa de la instrucción, cualquier instituto que se incorpore, aun

³⁸ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, cit., ps. 449/450.

cuando originalmente pueda responder a características acusatorias ³⁹, será transformado y funcional a principios inquisitivos. En el particular, que la investigación sea realizada por el fiscal en lugar del juez no quita que tenga como finalidad la averiguación de una verdad histórica y que la prueba obtenida se analice en una instancia escrita y secreta, por oposición al debate oral, público, continuo y contradictorio.

IV. LA INVESTIGACIÓN A CARGO DEL FISCAL Y EL ART. 26 DE LA LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El principal recurso que nuestro ordenamiento jurídico nos brinda para analizar las cuestiones planteadas es el art. 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público ⁴⁰. Si propugnamos la reestructuración del proceso penal en aras de la eliminación de la instrucción, es posible advertir que todas las diligencias que el Ministerio Público Fiscal debe realizar para probar su tesis acusatoria bien pueden encauzarse en este artículo.

No obstante su limitada interpretación, en un modelo de instrucción jurisdiccional que relega la función del Ministerio Público Fiscal a un papel claramente secundario, este artículo provee algunas pautas interesantes que podrían fundar la actuación del Ministerio Público Fiscal directamente ante el tribunal del juicio sin que sea necesario recorrer la etapa de la instrucción.

Este artículo, en su segundo párrafo y en relación con los fiscales ante la justicia penal, establece que éstos “deberán ordenar la práctica de toda diligencia que estimen pertinente y útil para lograr el desarrollo efectivo de la acción penal”. ¿Cómo se compatibiliza esto con la investigación penal preparatoria? Si el Ministerio Público Fiscal se encuentra habilitado para realizar estas diligencias, no sería necesario depender de la autorización del juez de instrucción para llevarlas a cabo o de su contralor y valoración posterior, sino que directamente podrían ser analizadas en la etapa de juicio.

³⁹ Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, Cap. 9, acápite 39, apartados 1 y 2, p. 564). Se considera modelo procesal garantista o de estricta jurisdiccionalidad o cognoscitivo a aquel que se orienta a la averiguación de una verdad procesal empíricamente controlable y controlada, una verdad mínima, que se controla mediante prueba y refutación (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., ps. 540/542).

⁴⁰ Ley 24.946.

En apoyo de esta tesis, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico expresó en el fallo “NN”⁴¹ dos premisas de particular interés: a) el Ministerio Público Fiscal se encuentra habilitado a realizar investigaciones preliminares y anteriores al comienzo de la actividad instructoria, tendientes a constatar hipótesis delictivas que merezcan ser denunciadas; b) recién cuando el fiscal verifica la concreta posibilidad de comisión de hechos ilícitos debe ponerlos en conocimiento del juez de turno. En este punto, consideramos que cuando se verifica la hipótesis b), directamente debiera elevarse la causa a juicio, no siendo necesaria la instrucción.

En sentido concordante, el titular del Ministerio Público Fiscal de la Nación ha manifestado que las actuaciones que los fiscales labran en ese sentido no violan las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio, ya que tales elementos de convicción no son prueba legal hasta tanto no sean presentados en el expediente⁴²; pueden llevarse a cabo aunque no se haya delegado la instrucción en el fiscal (art. 196, CPPN)⁴³; y encuentran su límite en aquellas diligencias que han sido reservadas exclusivamente a los jueces⁴⁴.

Los actos que el art. 26 faculta a realizar no requieren necesariamente el control del órgano jurisdiccional al momento de su producción, no obstante lo cual será éste quien en definitiva se pronuncie sobre su legitimidad en el momento procesal oportuno⁴⁵.

El fiscal, encargado de llevar adelante la pretensión acusatoria, precisa recabar elementos de prueba que le den sustento a ésta y desde la perspectiva de un sistema acusatorio, debiera admitírselas con un criterio amplio, pues su inutilidad probatoria o falta de relación con el caso quedaría finalmente demostrada en la etapa de juicio.

⁴¹ C. Nac. Penal Económico, sala B, “NN”, 8/10/2003. Jueces: Carlos A. Pizzatelli - Marcos A. Grabivker - Roberto E. Hornos.

⁴² Conf. res. MP 28/1999.

⁴³ Conf. res. MP 28/1999.

⁴⁴ Conf. res. MP 28/1999 del 5/4/1999, Informe Anual del Ministerio Público (Procuración General de la Nación), año 1999, ps. 391/395. Citado en GONZÁLEZ DA SILVA, Gabriel, “Las potestades preliminares de investigación de los fiscales y su contraste con el actuar paralelo (Exégesis del artículo 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público)”, LL 2004-D-608.

⁴⁵ GONZÁLEZ DA SILVA, Gabriel, “Las potestades...”, cit., p. 608.

Esta circunstancia debe ser relacionada con otro grave problema: la violación de los pactos internacionales de derechos humanos ⁴⁶, que consagran la garantía de plazo razonable, atento a la excesiva duración del proceso penal. La garantía del plazo razonable no sólo tiene su razón de ser a efectos de que finalice la persecución penal del imputado y se determine definitivamente su estado en relación con la causa, sino que asimismo soluciona problemas conexos. Por un lado, la resolución en tiempo de los conflictos es una forma de integración social, por cuanto la sociedad involucrada en ellos ve cómo se restituye el orden vulnerado. Este efecto “tranquilizador” solamente puede verificarse si entre la transgresión y la finalización del proceso no transcurre un tiempo tal que provoque un distanciamiento aún mayor del conflicto. Por otro lado, coadyuvaría al problema de la prisión preventiva por cuanto, si bien justificada como un instituto excepcionalísimo que responde a fines procesales y no sustanciales, su duración prolongada vulnera dichos fines e impide que sea “tolerable”.

Si la instrucción se elimina, el imputado sólo se ve afectado por la persecución penal a partir de la instancia del juicio, permitiendo de ese modo que todo el tiempo que consumen las diligencias probatorias no configure un perjuicio en su contra. Esta posición resulta aún más evidente cuando se trata de imputados detenidos *in fraganti*.

V. EL ROL INSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO A LA LUZ DEL ART. 120 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA FUNCIÓN REQUIRENTE

El art. 120, CN, le adjudica al Ministerio Público la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. En relación con lo primero, confirma el principio de legalidad, en virtud del cual todos los órganos del Estado deben adecuar su actuación al bloque de legalidad (Constitución Nacional, tratados, leyes) ⁴⁷.

Respecto del segundo punto, en materia penal debemos hacer una salvedad, puesto que ello se vincula con la expropiación del conflicto que

⁴⁶ Art. 8º, Convención Americana de Derechos Humanos; art. 9º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Corte IDH, caso “Suárez Rosero v. Ecuador”, sentencia del 12/11/1997, serie C, nro. 35.

⁴⁷ “El principio de legalidad obliga a todos los órganos estatales, sin necesidad de que sea reconocida respecto de las particulares funciones atribuidas a un órgano determina” (BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, cit., p. 42).

efectúa el Estado. En realidad, el primer interesado en el conflicto penal es la propia víctima, y sólo a partir de su objetivación en bienes jurídicos es que “la sociedad” se vería afectada por el ilícito.

El resultado del desarrollo histórico ha sido el establecimiento de un órgano híbrido, “a mitad de camino entre funcionario judicial imparcial, ligado a los principios de ‘objetividad e imparcialidad’ y representante de la Administración pública para la persecución de los crímenes”⁴⁸.

Según Alberto Bianchi⁴⁹, la imposibilidad del Ministerio Público de transmitir decisiones que se proyecten en la sociedad hace que no pueda hablarse propiamente de un nuevo poder del Estado. Sin perjuicio de ello, el nuevo art 120, CN, expresa que el Ministerio Público es un órgano independiente (por lo que no puede recibir instrucciones de los otros poderes) y que posee autonomía funcional y autarquía financiera. Pese a esto, no se ve que en la práctica el Ministerio Público se encuentre ejerciendo la envergadura del papel que la Constitución le atribuye.

Cabe aclarar que la jerarquización de la función del fiscal implica su consolidación como *parte* en el proceso. El fiscal, al ser parte y tener un importante rol en el aporte de la prueba al proceso, *no puede ni debe ser imparcial* y sólo deberá instar la acción a partir del análisis objetivo de la prueba con la que se cuente y de la legalidad en su obtención e incorporación al proceso⁵⁰.

Debe rechazarse la ficción que define la función persecutoria en materia penal como una tarea neutral, objetiva e imparcial⁵¹, orientada a obtener la recta aplicación del derecho penal y de la ley, a proteger los intereses de todos los miembros de la comunidad y, al mismo tiempo, a hacer respetar los legítimos derechos de la persona sometida a persecución penal.

⁴⁸ MAIER, Julio B., *El Ministerio Público: ¿un adolescente?*, p. 33, citado en BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, cit., p. 30.

⁴⁹ BIANCHI, Alberto, “Ubicación institucional del Ministerio Público Fiscal luego de la reforma constitucional”, *Revista del Ministerio Público Fiscal* nro. 6, ps. 49 y ss., citado en MARINO AGUIRRE, Santiago, “El nuevo Ministerio Público Fiscal en el marco del proceso penal”, JA 2002-IV-1165.

⁵⁰ MARINO AGUIRRE, Santiago, “El nuevo Ministerio Público Fiscal...”, cit., p. 1167.

⁵¹ “La percepción de los actos del acusador como actos supuestamente neutrales disminuye las posibilidades de que el tribunal cumpla con sus funciones de controlar estrictamente su legalidad, y también, de proteger los derechos fundamentales del imputado” (BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, cit., p. 40).

Es imposible realizar correctamente la persecución penal de manera desinteresada⁵². Caso contrario, se diluye el carácter contencioso del caso⁵³ y, al mismo tiempo, relativiza el valor de los intereses, derechos y garantías del imputado⁵⁴.

Por lo demás, la representación de intereses en conflicto resulta contraria a los principios generales de todo el ordenamiento jurídico y se coloca en cabeza del Ministerio Público Fiscal un cúmulo exorbitante de funciones, a veces incompatibles entre sí: no puede ejercer cabalmente la función acusadora si al mismo tiempo debe velar por los derechos del imputado y controlar al Poder Judicial. Ello resulta insostenible, contradictorio y en detrimento de la finalidad y funcionalidad del proceso penal.

El Ministerio Público Fiscal, encargado de la función persecutoria, debe representar vigorosamente ese interés y debe desempeñar su función de una manera comprometida, con el interés que se encuentra involucrado en la aplicación de una pena. Por otra parte, es el Poder Judicial quien debe ocupar una posición de imparcialidad y protección de las garantías en cabeza del imputado.

En tal sentido, resulta confusa la posibilidad que tiene el Ministerio Público Fiscal de interponer recursos a favor del imputado, puesto que implica nuevamente una mixtura de roles y funciones, dado que no se comprende de qué modo quien está interesado en la persecución de un individuo puede también estarlo en su desvinculación del proceso. Si por alguna razón, la defensa técnica con la que cuenta el imputado no es la adecuada, el juez, al advertir esta situación, debería desplazarlo y proveer al imputado, sea mediante un defensor oficial o un abogado de la matrícula, un profesional que esté en condiciones de brindarla.

VI. LA INVESTIGACIÓN A CARGO DEL FISCAL Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

PROBLEMÁTICA DEL ART. 71 DEL CÓDIGO PENAL

Una arista que debe analizarse con respecto a nuestra hipótesis es aquella que atañe a la regulación de la acción penal. La implementación de criterios de oportunidad sólo tiene sentido si la investigación prepara-

⁵² BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, cit., p. 37.

⁵³ “La actividad propia del fiscal merece desconfianza” (BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, cit., p. 42).

⁵⁴ “La actividad defensiva del imputado se ve como una actitud que inevitablemente obstaculiza el proceso de reconstrucción de la verdad” (BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, cit., p. 38).

toria está a cargo del Ministerio Público, ya que, dada su función requiriente, es éste el que debe determinar cuándo resulta viable renunciar a la promoción de la acción penal o suspender su ejercicio ⁵⁵.

En todo sistema cuya capacidad se encuentra sobrepasada y no trata todas las situaciones que se plantean, se aplican mecanismos de selección con el objeto de consagrar determinados estándares de respuesta. Esta solución, de contenido político (de política judicial), ya existe en el universo normativo nacional, en la institución del *writ of certiorari* que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación otorga a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el art. 280, CPCCN. Este instituto permite desechar aquellos casos menos importantes que obstaculizan el tratamiento de los más relevantes. Ello se alza sobre un pilar fundamental: repensar a la justicia como un acceso a la solución de los conflictos, dejando de lado la idea por la cual el Estado, en una concepción paternalista y autoritaria —en el sentido de un derecho de la autoridad—, pretendía reprimir todas y cada una de las manifestaciones delictivas ⁵⁶.

El principio de oportunidad le otorga al Ministerio Público Fiscal el poder político de decidir y, en su caso, prescindir de la acusación pública, motivado en razones de política criminal o utilidad social ⁵⁷, ponderando adecuadamente cada caso. Ello puede implicar no promover, no ejercer, hacer cesar, limitar cualitativa o cuantitativamente la acción penal, a partir de dos fundamentos: a) la previsión de las consecuencias que genera el empleo de la herramienta penal, realizando un examen *ex ante* y *ex post*, a fin de determinar el impacto social de un delito y de las consecuencias de su punición; b) la necesidad de formular prioridades de acción, dada la escasez de recursos de toda índole, evitando el cúmulo de casos intrascendentes que atolla el sistema ⁵⁸.

De esta manera, la ventaja de los criterios de oportunidad es que permiten que la selección opere en forma transparente, racional e igualitaria, evitando decisiones arbitrarias. Sin perjuicio de que el particular afectado siempre tiene interés en que su conflicto sea tratado, hay casos en los que resulta más conveniente, incluso para la propia víctima, no promover o desistir de la acción penal.

⁵⁵ GUARIGLIA, Fabricio O., en MAIER, Julio (comp.), *El Ministerio Público*, cit., p. 89.

⁵⁶ KLASS, Ricardo, “La obligatoriedad de la preservación penal”, LL 2004-D-1480.

⁵⁷ BAILONE, Matías, “La regulación...”, cit., p. 216.

⁵⁸ RIQUERT, Marcelo A. - CISTOLDI, Pablo A. - CELSO, Leonardo C, *Justicia...*, cit., p. 215.

Ahora bien, dentro de los sistemas que propugnan el principio de oportunidad, es posible distinguir aquellos que lo establecen como regla y aquellos que lo aceptan como un instituto admisible para casos de excepción, determinados taxativamente, en lo que se denomina “principio de oportunidad reglada”. En apoyo de este segundo modelo, se ha manifestado que la regulación legislativa de los criterios de selección puede servir para consagrar el principio de igualdad y corregir un criterio arbitrario, para contribuir a la transparencia del sistema y para controlar jurídica y políticamente a los órganos y funcionarios⁵⁹. Ello demuestra la confianza depositada en la regulación legislativa y la posibilidad de sometimiento a controles formales.

Este principio plantea un inconveniente adicional, respecto del papel de la querrela, en relación con su pretensión punitiva. Pero está claro que si el titular de la acción penal pública es el Ministerio Público Fiscal, el particular afectado podrá reclamar por otra vía, pero el proceso penal no podría avanzar.

Sin embargo, la aplicación del principio de oportunidad tropieza con un límite infranqueable: el art. 71 del Código Penal, que dispone el inicio de oficio de todas las acciones penales, instaurando el principio de obligatoriedad e irrevocabilidad de la promoción de la acción penal pública por parte del Ministerio Público Fiscal.

Si se efectúa una lectura constitucional de la materia, es posible observar que no hallamos normas o criterios generales que regulen el ejercicio de las acciones penales, más allá de las pautas que indirectamente consagran el principio acusatorio⁶⁰. “Del marco de garantías constitucionales contenidas en el art. 18, CN, surge expresamente la necesidad de acusación como presupuesto del juicio, mas no ordena que ésta debe producirse en todos los casos”⁶¹.

Por otro lado, a la luz de los fines utilitarios de la pena, que pueden inferirse de lo establecido en el mismo artículo, es posible afirmar que el principio de oportunidad tiene raigambre constitucional. Si en un caso se verifica el cumplimiento de los fines de la pena (resocialización o neutra-

⁵⁹ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, cit., p. 841.

⁶⁰ RIQUERT, Marcelo A. - CISTOLDI, Pablo A. - CELSO, Leonardo C, *Justicia...*, cit., p. 205.

⁶¹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala 2ª, “Fiscal v. Sosa Morán, Juan R. y otros”, 19/9/2005. Jueces: Herman Salvini - Carlos Böhm - Pedro Llorente. En el mismo sentido, KLASS, Ricardo J., “La obligatoriedad de la persecución penal”, LL 2004-D-1480.

lización del individuo, afirmación de la vigencia de la norma penal o disuasión de la sociedad), no tiene sentido iniciar o continuar el ejercicio de la acción, puesto que si fuera así, finalmente, se estaría imponiendo una pena como castigo del responsable de la violación a la norma, respondiendo a concepciones retribucionistas de la pena.

Esta posición no deja de presentar algunos inconvenientes con relación al principio de igualdad ante la ley⁶², consagrado en el art. 16, CN. En virtud de este principio, *todos* los casos en que se cometan delitos deben ser igualmente tratados, sin distinciones. No obstante, este principio podría ser aplicado sin desvirtuarse en un sistema de derecho penal mínimo, que funcionara efectivamente como *ultima ratio* (ante el fracaso de otros medios compositivos menos violentos) y el catálogo de derechos fuera notablemente reducido, quedando tipificadas sólo aquellas conductas que resulten intolerables para la vida en sociedad. Sólo en ese estado de situación podría efectivamente aplicarse el principio de legalidad procesal, conforme a su finalidad.

Por el contrario, en un sistema como el nuestro, el principio de legalidad se encuentra emparentado con la visión del delito como infracción (que requiere control estatal coactivo directo) y con las teorías absolutas sobre la pena⁶³. Lo que ocurre es que se propugna un sistema de legalidad procesal pero en la práctica, y ante la imposibilidad fáctica de perseguir todos los delitos, se aplican indefectiblemente mecanismos de selección que conllevan la aparición de las denominadas “cifras negras” de la criminalidad (la diferencia entre los hechos punibles efectivamente perpetrados y los que han llegado a conocimiento oficialmente) y la “cifra dorada” (aquellos delitos que si bien pueden ser conocidos por la autoridad,

⁶² En una sociedad justa no pueden someterse a la negociación política ni al cálculo del interés social los derechos concedidos por la justicia (RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993, citado por BAILONE, Matías, “La regulación...”, cit., 217).

⁶³ BORTHWICK, Adolfo E. C, *Nuevo sistema procesal penal*, Mave, 1999, p. 26, citado en RIQUERT, Marcelo A. - CISTOLDI, Pablo A. - CELSO, Leonardo C, *Justicia...*, cit., p. 211. “El principio de legalidad no solamente se encuentra vinculado con un modelo de proceso penal inquisitivo reforzando la circunstancia de que el Estado tiene la titularidad de la pretensión material al tiempo que el deber de perseguirlo, siendo de interés público que los delitos no queden sin ser perseguidos” (ANITUA, Gabriel - BORINSKY, Mariano, “Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos, en sistemas procesales penales comparados”, en HENDLER, E. [dir.], *Sistemas procesales penales comparados*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 447/448).

no entran formalmente al sistema judicial por razones de venalidad en la función, prebendas económicas o influencias políticas)⁶⁴.

Respecto de la regulación de la acción penal, la doctrina se ha debatido en lo concerniente a su naturaleza en dos sentidos: a) si se trata de una cuestión sustancial o adjetiva y b) si se trata de materia delegada o reservada, a la luz de los arts. 5º y 75, inc. 12, CN. En relación con la primera cuestión, no podemos sino concordar con quienes afirman que se trata de una cuestión adjetiva, que debe ser regulada por los códigos de forma, siendo incorrecto que estas estipulaciones se efectúen en la ley sustantiva. Una disposición que le ordena a todo juez realizar un acto —tomar conocimiento directo y personal del imputado— no puede tener otra naturaleza que procesal⁶⁵. Respecto de la segunda cuestión, dado que se trata de una materia procesal y que las provincias tienen la obligación de asegurar la administración de justicia, dictando para ello los códigos de forma que reglamenten la legislación de fondo dictada por el Congreso Nacional, se trata de una materia reservada a ellas, cuyo poder, tal como queda plasmado en la CN, es anterior. En consecuencia, el Congreso Nacional, al legislar el régimen de la acción, se excedió en su competencia.

En este sentido, frente a provincias que han legislado el principio de oportunidad como una opción político criminal de establecimiento de prioridades concretas a la hora de la persecución estatal de los delitos, para salvar la constitucionalidad del art. 71, CPen., se han planteado dos hipótesis: o bien considerarlo aplicable sólo al ámbito federal, o bien interpretar *in dubio pro reo* el mencionado artículo, aduciendo que la norma hace mella en el sujeto encargado de promover la acción y no en el carácter exhaustivo en la persecución⁶⁶. No concordamos con esta solución porque no es necesario recurrir a justificaciones forzadas o restringir el ámbito de aplicación de la norma cuando ella así no lo establece. La solución coherente es la declaración de inconstitucionalidad del art. 71 del Código Penal.

Finalmente, es conveniente destacar la vinculación existente entre la vigencia del “principio de oportunidad” y el Derecho penal como reparación. Claus Roxin considera que la reparación del daño tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de

⁶⁴ ANITUA, Gabriel I. - BORINSKY, Mariano, “Principios...”, cit., p. 466.

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 166. Citado en BAILONE, Matías, “La regulación...”, cit., p. 218.

⁶⁶ BAILONE, Matías, “La regulación...”, cit., p. 219.

su hecho y a conocer los intereses legítimos de la víctima. De este modo, puede ser vivenciada por él como justo y necesario y fomentar así el reconocimiento de las normas. Asimismo, la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre el autor y la víctima, y mediante esto, facilitar notablemente la reincorporación de aquel que ha cometido el hecho punible ⁶⁷.

La reparación se debe entender como cualquier solución que objetiva o simbólicamente restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima. El modelo de justicia reparatoria se caracteriza por construir la ilicitud penal como la producción de un daño, como la afectación de los bienes e intereses de una persona determinada ⁶⁸.

De lo anteriormente expuesto se desprende que ante el fracaso de la pena privativa de la libertad, el Derecho penal está transformándose en pos de reparar a la víctima del ilícito y coadyuvar a la resocialización del autor. Sin embargo, esta idea de justicia reparatoria sólo puede incorporarse con criterios de oportunidad respecto de la acción penal, evaluando las circunstancias de cada caso, para ofrecer una solución adecuada. Así como las medidas de seguridad se imponen cuando la pena no se puede justificar debido al principio de culpabilidad, la reparación obtiene legitimación político-criminal en el principio de subsidiariedad y en la necesidad de sustituir o atenuar la pena sin resignar la realización de sus fines para atender las necesidades de la víctima ⁶⁹.

VII. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, queremos destacar el cúmulo de problemáticas que se vinculan con el instituto “investigación a cargo del fiscal” y que muchas veces son pasadas por alto cuando es analizado. Si bien creemos que esta solución es superadora de la investigación jurisdiccional, no dejamos de advertir que su implementación presenta rasgos inquisitivos y que por ello no resuelve los cuestionamientos al proceso que le dieron origen.

Las referencias expuestas a lo largo de la monografía dan cuenta de las aristas a tener en cuenta cuando se incorporan institutos que responden a otras finalidades o dinámicas de proceso. En el marco de un proceso mayormente inquisitivo como el nuestro, es imposible que se acentúen

⁶⁷ Citado en KLASS, Ricardo J., “La obligatoriedad...”, cit., p. 1481.

⁶⁸ BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, cit., ps. 95/96.

⁶⁹ BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, cit., p. 102.

las características acusatorias de nuestro proceso penal si no se elimina la instrucción, porque ella misma desnaturaliza cualquier atenuante que puede introducirse y vulnera de ese modo otras garantías y principios constitucionales.

Asimismo, resulta importante destacar la coherencia que todo sistema necesita para su correcto funcionamiento. En los diversos puntos hemos advertido que se yuxtaponen argumentos, institutos y finalidades contrapuestas, que una vez advertidas, en lugar de ser zanjadas y “aggiornadas” son justificadas con fundamentos inverosímiles, que fuerzan la interpretación de la norma.

Finalmente, es notable cómo la vigencia de un Derecho penal exorbitante pone en consideración la funcionalidad de diversos institutos del proceso penal y que llegan a plantearnos esta cuestión final: el Derecho penal como justicia reparatoria, ¿es una maduración de la disciplina, producto de la búsqueda de disminución de violencia en las sociedades modernas o implica la pérdida de sus postulados fundamentales con el fin de lidiar con un sistema demasiado amplio, utilizado como mecanismo de presión para la resolución de otros conflictos?