

## **VI CONGRESO NACIONAL de DERECHO PROCESAL GARANTISTA.**

**Tema:** Ministerio Público Fiscal. Rol y funcionamiento en un sistema acusatorio.

**Panel:** El rol del Fiscal frente a la oportunidad , los medios alternativos y el archivo.

**Ponencia:** *El procedimiento establecido en el art. 56 bis del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires para archivar las actuaciones, afecta derechos y garantías constitucionales?.*

**Autor:** Abog. Eduardo Néstor CIRILLE.

### **Sumario.**

I. Introducción.

II. El principio de oportunidad. Concepto y alcance. Su límite: El principio de legalidad

III. Sistemas de instrumentación del principio de oportunidad.

IV. El archivo. Finalidad y Procedencia. Control jurisdiccional.

V. El procedimiento establecido en el art. 56 bis del C.P.P.B.A para la admisibilidad del archivo, afecta derechos y garantías constitucionales?.

VI. Conclusión.

### **I. Introducción.**

En el marco del tema propuesto me referiré al rol del Ministerio Público Fiscal respecto del archivo de la causa y, en particular, a la facultad que le atribuye el art. 56 bis del Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires.

Mediante el desarrollo de la ponencia pretendo arribar a la conclusión que al Ministerio Público Fiscal le han atribuido facultades jurisdiccionales, lo cuál implica afectar derechos y garantías constitucionales, cuya real vigencia propicia este Congreso Nacional Garantista.

### **II. *El principio de oportunidad. Concepto y alcance. Su límite: El principio de legalidad***

El Principio de oportunidad puede expresarse como la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en diversas razones de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitar su extensión objetiva y subjetiva o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia<sup>1</sup>.

La aplicación de esta pauta de selección penal tiene cuanto menos dos fundamentos: el primero de ellos radica en una previsión de las consecuencias que genera el empleo de la herramienta penal, cuestión que tiene que ver con el derecho penal mínimo. El segundo radica en la necesidad de formular prioridades de acciones dada la escasez de recursos de toda índole<sup>2</sup>.

Pueden agregarse otros como:

- La necesidad de “descongestionar” el saturado sistema judicial, permitiendo evitar los irracionales efectos que en la práctica provoca el abarrotamiento de causas.
- La conveniencia de canalizar la enorme selectividad intrínseca de la persecución penal, evitando desigualdades, ajustándola a criterios predeterminados, asignándole responsables e imponiéndoles controles,
- La utilidad de evitar total o parcialmente la punición de algunos delitos cuando esto permita el descubrimiento y sanción de ilícitos de mayor gravedad.

<sup>1</sup> José I. Cafferatta Nores – El Principio de Oportunidad en el Derecho Argentino. Teoría. Realidad y Perspectivas en NDP Nueva Doctrina Penal. Edit. Del Puerto SRL. 1996/a

<sup>2</sup> Pablo Adrián Cistoldi, Marcelo R. Riquert y Leonardo C. Celsei - Justicia de Garantías de Ejecución y Ministerio Público. Edit. EDIAR,

-La priorización de otros intereses sobre el de aplicación de la pena, sobre todo en delitos de mediana gravedad, autores primarios, mínima culpabilidad o la resocialización del autor por tratamientos alternativos <sup>3</sup>.

Nuestro sistema no niega el principio de legalidad sino que por el contrario, lo recepciona. Dicho principio es la regla general, salvo “excepciones” fundadas en criterios de oportunidad “reglados”, aplicadas según pautas que la ley establece y con el necesario control jurisdiccional.

La experiencia demuestra que el discurso jurídico (principio de legalidad) camina por una acera y la realidad (principio de oportunidad) transita por la de enfrente y en sentido inverso <sup>4</sup>

Si bien en nuestro país se ha afirmado el principio de legalidad no se debe ocultar la selección real de los procesos penales según criterios transparentes de racionalidad e igualdad, compatibles con las metas del Estado Social y Democrático de Derecho.

En ese sentido la limitación de la persecución penal, por intermedio de los criterios de oportunidad, puede brindar una contribución útil a la solución de problemas actuales del sistema penal. (Julio Maier ob.cit). Pero, como argumentaré, esa contribución no puede instrumentarse y / o aplicarse afectando derechos y garantías constitucionales.

El límite de los criterios de oportunidad es el principio de la legalidad, siendo necesario controlar que el mismo no se transgredido.

Parafraseando a José I. Cafferatta Nores (ob.cit) con invocación en Hassemer, Winfrid expresa: “*Tanta legalidad como sea posible: tanta oportunidad como sea necesaria*”, ésta, al decir del autor citado, sería la síntesis del pensamiento penal (y procesal) de estos tiempos.

### **III. Sistemas de instrumentación del principio de oportunidad.**

Se conocen dos sistemas de instrumentación: la libre y la reglada.

La libre es una concepción amplia, de libre disponibilidad de la acción, su titular que es el fiscal, puede iniciarla o no hacerlo, puede una vez iniciada desistirla, puede acordar con el encausado reducir cargos o disminuir su pedido de pena en la medida que éste acepte su responsabilidad en el hecho, o en uno menos importante. Puede dar impunidad total o parcial por la comisión de un delito cuando ella sea útil para el descubrimiento de otro más grave. Este sistema es el que se aprecia en el derecho anglosajón.

La reglada, propia del derecho continental europeo, significa que sobre la base de la vigencia del sistema de legalidad se admiten excepciones por razones de oportunidad que se encuentran previstas en la legislación penal, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado y requiere control del órgano jurisdiccional (conf. Cafferatta Nores, ob.cit).

En igual sentido respecto del necesario control jurisdiccional, Esteban Righi <sup>5</sup> cuando expresa:” No parece factible incorporar a nuestro sistema los criterios libres de disponibilidad que prevalecen en derecho anglosajón. Lo que se ha propuesto es adoptar las pautas de oportunidad reglada propias del derecho continental europeo, en las que sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones con fundamentos en razones de oportunidad.

Ello supone que dichas pautas excepcionales debe estar previstas en la legislación que vinculan al funcionario competente, haciéndolo en consecuencia responsable de la decisión, requiriendo además un mecanismo de control. Pero como precisamente en relación a las decisiones no persecutorias donde el control de la actividad del Ministerio Público se presenta mas relevante, este debe ser considerado el principal presupuesto que condiciona la adopción del principio de oportunidad”-lo subrayado me pertenece-

<sup>3</sup> José Cafferatta Nores - La Reforma de la Ley de Suspensión del Juicio a Prueba en Argentina Perspectivas Político-Jurídicas.

<sup>4</sup> Julio B. J. Maier Derecho Procesal Penal, T. I – Fundamentos – Edit. Del Puerto SRL 1996.

<sup>5</sup> Esteban Righi – Teoría de la Pena –Edit. Hammurabi, 2001.

Su implementación no quebranta nuestro ordenamiento constitucional <sup>6</sup>.

Como mas adelante argumentaré este control, principal presupuesto que condicionante para aplicar / adoptar el principio de oportunidad, en el procedimiento fijado en el art. 56 bis este presupuesto no existe y, aún cuando se aceptase la discrecionalidad del Mrio. Público Fiscal de así disponerlo, dado su carácter de titular de la acción, sus facultades no se deben extender a que se le faculte a imponer condiciones o reglas a las que deberá someterse el imputado. De así ocurrir le estamos asignando facultades jurisdiccionales.

En nuestra legislación penal existen disposiciones que significan una franca aceptación de lo que se denomina o se conoce como “Criterios de Oportunidad”, en sentido propio (José I Cafferatta Nores, ob.cit.). Dentro de esta se encuentra “ la suspensión del juicio a prueba “.

Este Instituto permite suspender el juicio por un tiempo y bajo ciertas condiciones *que le puede imponer el Tribunal* entre las que se encuentra la reparación de la víctima y de no cometer un nuevo delito.

Para hacer efectiva esta suspensión se requerirá la concurrencia de tres voluntades: el imputado que la pide, el Fiscal (titular de la acción penal) que la consiente y el Tribunal o Juzgado que controla sea uno de los casos que amerite la aplicación del instituto por cuanto se satisfacen los requisitos establecidos para tal fin. La intervención del Tribunal y su imparcialidad no es un derecho implícito sino que esta expresamente consagrado con jerarquía constitucional a partir de la incorporación a la Carta Magna del Pacto de San José de Costa Rica.

En consecuencia las condiciones a las que se debe sujetar el imputado las establece el Tribunal, no el Ministerio Público. Nuestro plexo normativo de fondo y de forma son claros en este sentido (art. 27 bis, 76 ter CP. y 404 del CPP).

Sin embargo, en la forma instrumentada por el art. 56 bis del Cod. Proc. Penal, el Ministerio Público Fiscal no sólo puede utilizar los criterios de oportunidad “denominados especiales de archivo” sin ningún control jurisdiccional, sino que también puede “condicionarlo “.

Lo expuesto me lleva a formular el siguiente interrogante: Lo previsto en el art. 56 bis es un intento de comenzar a instalar el principio de oportunidad “libre”, al menos en esos supuestos?.

#### **IV. El archivo. Finalidad y Procedencia. Control jurisdiccional.**

Que se entiende por “ archivo “. Cual es el alcance de la expresión. “archivar “. Cual es el uso que se le ha dado en sede penal. La respuesta es que durante la Investigación Penal Preparatoria una causa se archiva cuando no obstante la investigación penal realizada no existe prueba suficiente de las existencia del hecho o la autoría de él (art. 268 último párrafo del CPP).

Ello implica también que de aparecer nuevos hechos o elementos de prueba esa causa pueda continuar su tramitación.

Es en este supuesto que la norma procesal autoriza al Ministerio Público Fiscal proceda al archivo de las actuaciones, comunicando la realización de este acto al Juez de Garantías y notificando a la víctima (art. 268, citado).

Evidentemente en este interregno verifico una contradicción dentro del mismo Código, a saber:

-La del art. 56 bis que autoriza el archivo con la sola notificación a la víctima y con el conocimiento de la Fiscalía General.

-Y la del art. 268 que requiere darle conocimiento del Juez de Garantías. En definitiva esa decisión se encuentra sometida a control jurisdiccional.

<sup>6</sup> Daniel Aníbal Sureda – Ponencia Congreso Internacional sobre Principio de Oportunidad en Materia Penal – La Plata )

Si bien pareciera que ambas situaciones se asemejan. No es así. Como tampoco sus consecuencias y efectos.

En la del art. 268 no reparo observación alguna en merito que la norma articula o armoniza con el resto del plexo procesal y con una instrumentación reglada del principio de oportunidad.

Distinta en la situación planteada con la incorporación del art. 56 bis del CPP.

El archivo aquí instrumentado no obedece a que no se haya verificado el hecho o su autoría, ni tampoco la decisión del Agente Fiscal se encuentra sometida a control jurisdiccional. Por el contrario no obstante haberse verificado el hecho delictual investigado e individualizado a su autor. la norma precitada le faculta a decidir su archivo y hasta sujetarlo a condiciones que debe cumplir el imputado.

Evidentemente esta nueva modalidad de “archivo” se suma a la “Suspensión del juicio a prueba “ y al “ Juicio abreviado “ en razón que es un verdadero criterio de oportunidad y no un criterio “especial” de archivo.

Advierto que al no contar con el debido control jurisdiccional, este sería un criterio de oportunidad libre, ya que el único control establecido es la del mismo Ministerio Público por vía jerárquica.

### **V. El procedimiento establecido por el art. 56 bis para la admisibilidad del archivo, afecta derechos y garantías constitucionales?.**

#### **V.1. La norma observada.**

No es mi intención, al menos en esta oportunidad, abocarme a cada uno de los supuestos de archivo, pero sí a las pautas que debe tener en cuenta el Ministerio Público para su viabilidad, a saber:

- La composición de la víctima
- Que el imputado haya reparado el daño ocasionado o, en su defecto, que haya expresado al menos su voluntad de hacerlo.

De cumplimentarse estos requisitos que denomino “de admisibilidad del archivo”, previa audiencia del Mrio. Público Fiscal con el Imputado y su Defensor podría ordenar “ *motivada* “ y “ *condicionadamente* “ el Archivo de las actuaciones.

La condición es facultativa, no así la motivación.

El Ministerio Público Fiscal debe “motivar” su decisión de “archivar” las actuaciones cual si fuera su resolución una sentencia o un auto “jurisdiccional” (art. 106 del CPP).

A su vez puede imponer “ condiciones “ para el Archivo.

He resaltado la palabra “ motivar “ y “ condiciones “ en virtud entender que ambas se refieren a actos esencialmente jurisdiccionales. Motivar, como expresara, se motivan las sentencias o los autos que solamente dictan los Jueces. Establecer o someter al imputado a condiciones o pautas o reglas es un atribución estrictamente jurisdiccional.

En consecuencia entiendo que la posibilidad que le brinda el art. 56 bis al Agente Fiscal de “sujetar” el archivo a condiciones, es un acto que cercena el debido proceso y derechos y garantías constitucionales por los argumentos que seguidamente esgrimiré.

#### **V.2. Las “condiciones” del art. 56 bis del CPP.**

Cuales son esas condiciones a las que se puede “sujetar” el archivo. Evidentemente no pueden ser otras que las reglas de conductas establecidas en el art. 27 bis del Código Penal que se aplica por remisión del art. 76 ter. Y afirmo que son a estas condiciones a las que se refiere el art. 56 bis del Código Bonaerense porque su redacción guarda cierta similitud con la “ suspensión del juicio a prueba “. Se trataría de una “diversión” -aquí conocida como “probation” (Maier, Julio Fundamentos, ob.cit.).

En suma la establecida en el art. 56 bis del CPP sería una “probation ” Fiscal. <sup>7</sup>.

Esas “ condiciones “ o “ reglas “ sólo y excluyentemente puede imponerlas o establecerlas el organo jurisdiccional y no el Agente Fiscal porque su función esencial es perseguir penalmente y ejercer el poder requirente. Es promover y ejercer la acción penal pública (art. 71 del CP y 56 y 17, inc. 1ero de la Ley de Ministerio Público).

Son los Jueces quienes, por aplicación de la norma sustancial y de la procesal, pueden “sujetar” o imponerles al imputado esas reglas que la misma ley establece (art. 27 bis Cod. Penal).

Tal función se enmarca dentro del sistema acusatorio cuya característica fundamental reside, precisamente, en la división de los poderes ejercidos en el proceso. Por un lado el acusador quien cumple la función precitada, por otro el imputado que ejerce su derecho de defensa de esa imputación y el Tribunal que controla. Que tiene a su cargo el ejercicio de la jurisdicción, dirigiendo el proceso y resolviendo tanto lo provisional como lo definitivo <sup>8</sup>.

Si el estado encomienda a un mismo funcionario la tarea de investigar y de controlar, el respeto a los derechos y garantías individuales en relación a esa investigación, decidiendo los casos en que debe suspenderse, el sistema de garantías queda de hecho derogado. <sup>9</sup>.

Evidentemente con la reforma instaurada por la Ley 13.183 se pretende configurar o establecer un verdadero principio de oportunidad, incorporándolo al sistema bajo una suerte de “ máscara “ cual es el “criterio especial de archivo” <sup>10</sup>.

Esta disimulación de la aplicabilidad del principio de oportunidad concretado en el archivo de la causa, no debe impedir o evitar que, cuando no se imponen condiciones, se le comunique tal decisión al Juez de Garantías a efectos preservar el control jurisdiccional que, por otra parte, requiere el principio de oportunidad reglado. De esta manera se armoniza el art. 56 bis con el art. 268 del mismo Código.

El art. 56 bis del Código de Rito Provincial quiebra esa división al asignarle al Ministerio Público Fiscal facultades para que establezca “ reglas “ o “ condiciones “ de archivo a las cuales se debe someter el imputado.

De la lectura del artículo surge que se establece encubiertamente ese verdadero y nuevo principio de oportunidad en el Código de Rito antes apuntado. Circunstancia que no reviste suma gravedad institucional si consideramos únicamente la amplitud o libertad con el que puede aplicarlo, pero sí la reviste la facultad que el art. 56 bis le otorga al Agente Fiscal para sujetar el archivo a condiciones que le impone al imputado.

Mas allá de la opinión que podría formularse a los presupuestos de archivo, por ejemplo, los efectos de estos con relación a la acción, en particular respecto de su extinción y / o prescriptibilidad, alcance y /o temporalidad del archivo, control de las condiciones o reglas que se fijen, consecuencias en caso de incumplimiento, etc. se observa que en esta nueva posibilidad de excepción al principio de legalidad que se asimila a “ la suspensión del juicio a prueba “, no tiene ingerencia el Poder Jurisdiccional, **requisito ineludible para no caer en la afectación de derechos y garantías constitucionales.**

En consecuencia aún cuando se aceptase la viabilidad de este criterio de oportunidad denominado “criterio especial de archivo “, al facultar al Ministerio Público a establecer/ imponer condiciones, implica en definitiva otorgarle facultades jurisdiccionales propias de los Jueces. <sup>11</sup>, quebrantándose así la división de funciones o de poderes estatales en el proceso.

<sup>7</sup> José Luis Castaño – Reforma Procesal Bonaerense y Seguridad Pública – Comentario y análisis de la Ley 13.183. La Ley Bs.As., año 11 N° 4, mayo 2.004.

<sup>8</sup> Jorge A. Clariá Olmedo – Derecho Procesal Penal, T.I –Edit. Rubinzal-Culzoni - 1998

<sup>9</sup> Héctor C. Superti – Derecho Procesal Penal – Temas conflictivos – Edit. Juris 1998,pag.78.

<sup>10</sup> Pedro J. Bertolino – Reseña sobre la reforma procesal penal de la provincia de Buenos Aires (Leyes 13183 y 13177) – Lexis Nexis, Jurisp. .Arg. 2004, Fascículo N° 11.

<sup>11</sup> Nicolás R. Cevallos, Archivo y desestimación del proceso penal. A propósito de la nueva ley 13.183. Doctrina, Rev. La Ley Bs.As. 2004, N°8.

La normativa del art. 56 bis del Cod. Proc. Penal Bonaerense tal como se encuentra redactada conculca derechos y garantías constitucionales en razón que:

1) Le cercena al imputado el Derecho a la Jurisdicción implícito en el art. 18 de la Constitución Nacional, 10,11,15 y 18 de la Constitución provincial y Tratados Internacionales (art. 8vo de la CADH) al imponerle condiciones o reglas a la que se deberá someter para mantener archivada la causa sin la debida intervención jurisdiccional.

2) Cercena el sistema acusatorio por cuanto afecta la división de poderes del proceso: Fiscal, Imputado y Tribunal, en virtud que el Agente Fiscal ostenta facultades jurisdiccionales.

3) Viola el derecho de defensa al impedirle al imputado acceder a su juez Natural (art.1, 23.inc.8 y 9, 24.inc.1 y 2 del CPP, 18 de la Const. Nacional y 10 de la Constitución Provincial y 8vo, ap.1 CADH. Se le impide al imputado de acceder al Juez Correccional dado el límite impuesto de 6 años (art.24.inc. 2 CPP) o en su caso el Juez de Garantías en los supuestos flagrancia (art. 284 bis CPP) o juicio directísimo (art. 403 bis CPP), o sea a los Magistrados que deberían intervenir en el supuesto que el Agente Fiscal no utilizara alguno de estos "criterios especiales de archivo".

4) Viola el ejercicio de los derechos del imputado en el procedimiento.

5) Viola el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable y sin dilaciones indebidas. El archivo, tal como se encuentra instrumentado, es mas una forma de dilatar el proceso que de finalizarlo ya que no se dicta sentencia.

6) Afecta el principio de legalidad en virtud incorporarse al sistema un criterio de oportunidad sin control jurisdiccional. Si bien el art. 56 bis establece en que supuestos puede el Ministerio Público Fiscal utilizar los criterios especiales de archivo allí previstos, lo cierto es que lo faculta a aplicar en esos casos el principio de oportunidad sin ningún control jurisdiccional o sea: "Libremente".

Siendo el principio de oportunidad una excepción al de legalidad, la viabilidad de su aplicación y ejecución debe encontrarse sometida al control jurisdiccional competente para no enervar el sistema acusatorio, ni derechos, ni garantías constitucionales reconocidas además por Tratados Internacionales (art. 75,inc.22, art. 8vo CADH)-Jose I. Cafferata Nores ob.cit.

La crítica formulada en mi ponencia, no se dirige a la instrumentación o aplicación o utilización de alternativas para impedir proseguir la causa en los supuestos de oportunidad establecidos en el art. 56 bis, inc.1,2 y 3 u otros que se puedan ejecutar a través del Ministerio Público Fiscal con el debido control jurisdiccional, sino al procedimiento establecido para realizar esas alternativas.

En síntesis a la frase invocada por Cafferata Nores antes citada:

*"Tanta legalidad como sea posible: tanta oportunidad como sea necesaria"., le agregaría: "pero sin afectar derechos y garantías constitucionales".*

## **VI. Conclusión.**

La facultad que le atribuye el art. 56 bis del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires al Ministerio Público Fiscal, de imponerle al imputado condiciones para archivar las actuaciones, afecta derechos y garantías constitucionales. Se propicia su reformulación.

Saladillo, octubre del 2.004.

