



VI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA

TEMA GENERAL

- EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL
- ROL Y FUNCIONAMIENTO EN UN SISTEMA ACUSATORIO

PONENCIA

FUNCIONES EN LA INSTRUCCIÓN PENAL PREPARATORIA

PONENTE

DR. VÍCTOR MANUEL BEDOYA

INTRODUCCION

Difícilmente, y en estos escasos minutos que impone la presidencia, se pueda delimitar un tema de fundamental trascendencia como son las funciones del Fiscal en la etapa de instrucción; o, la finalidad de la instrucción penal preparatoria; como requisito básico e indispensable para la determinación de los presupuestos que dan lugar o no a la existencia del “proceso”; esto es una actividad dirigida no a la confirmación del “hecho afirmado”, sino simplemente la determinación histórica de que “un hecho o acontecimiento humano” es constitutiva del fenómeno delito; cuales son sus consecuencias para, y dentro de la sociedad; determinando la persona del autor, y adoptando una serie de medidas protectorias respecto de las víctimas, a fin que estas no solo obtengan la debida respuesta estatal frente al “delito”, sino además se desaliente la idea de “inseguridad general”, que –sin lugar a dudas se encuentra en el pensamiento y sentir de todos los argentinos; desde ya hace bastante tiempo.

Lo cierto es que, esta función de órgano de investigación y sujeto procesal legitimado para perseguir el delito como órgano requirente del proceso penal supone dos ideas completamente diferente, y diferenciador de la conducta de un mismo organismo del Estado, que casi a ciegas trata de llegar a una adecuación a la “idea” del debido proceso constitucional; tal como lo propone nuestro distinguido maestro Adolfo Alvarado Velloso, en su libro “el debido proceso de la garantía Constitucional”.

Es que, no caben dudas que una cosa es la “investigación”, como actividad del Estado a prevenir y combatir el delito desde la esfera de la realidad; esto es:

1.- A través de las fuerzas del orden llevar a cabo una adecuada política de Estado que desaliente la comisión de delitos, faltas y contravenciones, cuyo órgano natural es la policía estatal; y,

2.- Verificado la producción de un “hecho”, con relevancia delictiva, asignar funciones a un órgano distinto del “preventor”, para obtener las bases funcionales, y eficaces de un “debido proceso legal”; obviamente, entendido como tal al desarrollo del método jurídico denominado “proceso”, definitorio para la aplicación de una pena, es de tamaña magnitud que no solo es incomprendido, sino hasta mal aplicado por los operadores del sistema.

De allí, queda claro que existe –no solo en el sentir del pueblo sino de la totalidad de los juristas- la necesidad básica de determinar la existencia de una estructura estadual sistemática de “extra poder” que, siguiendo una política criminal unificada; y bajo la conducción de un “Fiscal General”, otorgue adecuada respuesta a la sociedad, frente a un fenómeno que si bien es tan viejo –como la sociedad misma-, requiere hoy una necesaria adecuación a los tiempos que vivimos.

En forma preliminar, y a modo de primer conclusión, creo –en mi modesto entender- que las funciones de la “Procuración General de la Provincia”, debe tener una actividad distinta de aquella que se asigne a una “Fiscalía General”, pues esta última debe ser absolutamente independiente de los tres poderes del Estado, delimitando el ámbito de la persecución penal; y estableciendo

bases científicas y materiales, que en el campo de “acción” actuará dirigiendo la policía judicial hacia la eficacia del Estado en la persecución de los delitos; y frente al Poder Jurisdiccional, impulsar la acción procesal, destinada a hacer efectiva la norma penal.

En este sentido, indica Betolino¹ que “el funcionamiento de la norma procesal penal, en tanto fenómeno” debe comprenderse desde dos planos.

Uno el que comprende su interpretación, determinación, integración y aplicación,

La segunda, su necesaria relación con la justicia, entendida como valor y con otros valores vinculados, como la seguridad, el orden, la paz, la libertad y el bien común.

Así, el mismo autor recuerda que La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido el criterio de funcionalidad de esta, cuando concluyó que la norma procesal es “...indispensable y jurídicamente valiosa, pues no se reduce a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tiene como finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso... ”², sosteniendo que la doctrina del fallo puede insertarse en el ámbito mayor de la misma filosofía del derecho que, al decir de H. Batiffol, citando a R. Hubert, tiene como problemas el origen, el sentido y el fin.³

¹ Pedro J. Bertolino- El Funcionamiento del Derecho Procesal Penal- Ed. Desalma -1985-,pag.

7

² In re, "Oilher, Juan C., e/Arenillas, Osear N.", del 23/12/80, en "Fallos",t 302, ps. 1.611 y ss. .

³ H. Batiffol, Problemes de base de philosophie du droit, I.G.D.J., Paris, p.4. citado por Pedro J. Bertolino, ob. Cit. Pag.7.

Debo aclarar (lo que a veces oscurece), que el sentido de “proceso” a que se refiere el autor, como la doctrina del fallo, debe entenderse dentro del contexto amplio, que va desde el comienzo de la investigación, hasta la adjudicación de su consecuencia jurídica (la pena o la absolución); lo cual –desde el punto de vista que sostenemos- no se condice con el sistema Constitucional, aunque si comprendida dentro de la teoría general del derecho; pues una cosa es la investigación de un “hecho”, como conducta humana, y otra es la determinación de ese mismo “hecho” como “delito”⁴; es decir la acción del Estado que, a través de un órgano específico y determinado pretende esclarecer la existencia misma del fenómeno.

Obvio resulta decir que este procedimiento, lejos esta de ser considerado proceso; y de allí las necesarias reformas en la casi totalidad de los países; que dejando de lado el “sistema inquisitivo”, incursionan en un nuevo método de neto corte “acusatorio”; tal la manda constitucional.

Es que, la idea, criterio y ciencia de la investigación difiere sustancialmente de la definición (mejor delimitada como garantía) del “debido proceso”, designado como “un medio pacífico de debate, mediante el cual los antagonistas dialogan entre si para lograr la resolución por una autoridad, de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen”.⁵

⁴ La palabra delito es, sin duda, la razón de ser del derecho penal; pero como tal resulta equívoca, pues se le puede dar significaciones diversas. Así, se define al delito como: a) la infracción de la ley del Estado promulgada para la seguridad de los ciudadanos; b) la acción delictuosa, considerada como la resultante de una personalidad; c) la descripción que la ley hace de una conducta: la figura delictiva; d) la acción humana tipificada por la ley; y e) el fenómeno de la delincuencia, en cuanto se produce y repite en el medio social (conf. Carlos Montan Palestra, Derecho Penal- Parte General- pag. 23; Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1969).

⁵ Alvarado Velloso Adolfo; El debido Proceso de la Garantía Constitucional; Ed. Zeus SRL, pag. 37.

La razón de ser de la definición dada por Alvarado Velloso se encuentra fundada “en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad”⁶.

Así, y con la sola indicación de un esquema tan genérico, como el que se manifiesta en las “funciones de un Fiscal de Instrucción”, trataré de conformar una nueva idea fuerza postulando la reforma, pese a la proliferación de ellas, desde el dictado mismo del nuevo sistema de enjuiciamiento penal bonaerense.

EL MINISTERIO PÚBLICO

En la Provincia de Buenos Aires, el Ministerio Público es definido por el artículo 1° de la Ley 12.061, como “...el cuerpo de Fiscales, Defensores Oficiales y Asesores de Incapaces que, encabezado por el Procurador General, actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales...”

Bajo estas características, la norma impone como funciones básicas del citado organismo la tutela del interés público y las garantías de los habitantes, requiriendo la justa aplicación de la ley y del derecho, sea en lo concerniente a intereses colectivos, difusos o individuales, debiendo velar por la limitación de su ejercicio abusivo o disfuncional.

⁶ Alvarado Velloso Adolfo, ob. Cit. Pag. 37.

Desde esta perspectiva, la directriz funcional del Ministerio Público resulta conglobante de la totalidad de funciones que comprenden las agencias del Estado, dedicadas tanto a la persecución de los delitos, como a la defensa de las garantías; lo que –en principio- pareciera ser una evidente contradicción; dada la naturaleza distintiva que define una y otra.

Analizado el fenómeno, desde el derecho comparado, la diferencia sustancial surge al contraponer el sistema adoptado por la Provincia de Buenos Aires, con el sistema colombiano, que a través de su nuevo Código de Procedimientos Penales impone:

1.- La existencia del Ministerio Público, con un perfil definido conforme la directriz constitucional.

2.- La existencia del Fiscal General de la Nación, como órgano natural de la persecución penal, cuya finalidad debe cumplirse teniendo en cuenta que “...los intervinientes en el proceso penal deberán ser tratados con el respeto debido a la dignidad humana...”⁷.

En este sentido, el artículo 66 de la ley 906, establece que:

a.- El Estado, a través del **Fiscal General de la Nación**, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en el citado código.

⁷ Conf. Art. 1 ley 906 de Colombia.

b.- El Ministerio Público interviene en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales

c.- Corresponde al Ministerio Público intervenir en la indagación, la investigación y el juzgamiento de los delitos:

1. Como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales:

a) Ejerciendo vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales; b) Participando en aquellas diligencias o actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación y los jueces de la República que impliquen afectación o menoscabo de un derecho fundamental; c) Procurando que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia; d) Procurar que las condiciones de privación de la libertad como medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumplan de conformidad con los Tratados Internacionales, la Carta Política y la ley; e) Procurar que de manera temprana y definitiva se defina la competencia entre diferentes jurisdicciones en procesos por graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; f) Procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa; g) Participando cuando lo considere necesario, en las audiencias conforme a lo previsto en el código;

2. Como representante de la sociedad: Puede: a) Solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión; b) Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y

la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan; c) Velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado; d) Participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos de aplicación del principio de oportunidad; e) Denunciar los fraudes y colusiones procesales.

Ahora bien, surge una marcada diferencia, en cuanto a las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación, que se encuentra a cargo del Fiscal General de la Nación.

Para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, el Fiscal General tiene las siguientes atribuciones:

1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito.
2. Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones definidos por el código.
3. Ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

4. Asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando su cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.

5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente ejerce su cuerpo técnico de investigación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

6. Velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que la Fiscalía pretenda presentar.

En ese país, la protección de los testigos y peritos que pretenda presentar la defensa se encuentra a cargo de la Defensoría del Pueblo y la de jurados y jueces, del Consejo Superior de la Judicatura, por lo que también advertimos la diferenciación de roles, con criterios de funcionalidad y eficacia; a mi entender impracticable, atento las particulares circunstancias en que vive la sociedad colombiana, inmersa en la lucha contra el narcoterrorismo desde hace muchos años.

Asimismo, el Fiscal General tiene atribuciones para ordenar capturas, de manera excepcional y en los casos previstos en el código, y poner a la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (inc.7); solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas(inc.8); Presentar la acusación ante el juez de conocimiento para dar inicio al juicio oral (inc.9); solicitar ante el juez del conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando no hubiere mérito para acusar (inc.10); intervenir en la etapa del juicio

en los términos que establece el C.Pr.P.(inc.11); solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto (inc.12); interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los eventos establecidos por C.Pr.P. (inc.13); solicitar nulidades cuando a ello hubiere lugar (inc.14); ejercer las demás potestades que se les asigne por la ley (inc.15).

Ahora bien, existe una marcada diferencia entre los órganos en examen, a saber

a.- El Ministerio Público colombiano representa al Estado; cumpliendo las funciones específicas que le asigna la ley.

b.- El Fiscal General resulta ser el representante natural de la sociedad; y en relación con el ejercicio de la acción penal; tiene atribuciones constitucionales; legales y especiales, que en nuestro país requieren de la necesaria intervención del juzgador; pues evidentemente existen atribuciones jurisdiccionales, en un órgano ajeno al Poder Judicial; y sin el rango constitucional de “juez”, lo que pone en crisis el criterio de “garantía” a que hacíamos referencia más arriba.

Como primera aproximación a la delimitación de la investigación, advertimos a los señores congresistas, que la denominada Instrucción Penal Preparatoria (I.P.P.), en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, no reúne los requisitos mínimos ser considerado “proceso”, conforme los fundamentos ya enunciados; por tanto solo resulta ser

una actividad procedimental reglada por el Código de Procedimientos Penales, conforme la norma de garantía que impone la Constitución Nacional; no obstante la existencia de actos de naturaleza procesal, que justifican la existencia del Juez de Garantías⁸.

Digo esto, por que –además de las diferencias con el reciente C.Pr.P. Colombiano, ya señaladas- en el Derecho Latinoamericano, no existe un consenso generalizado respecto de cuales son los objetivos del Ministerio Público; o la diferencia que pudiera establecerse entre este y la “Fiscalía General –sea de carácter provincial o nacional-, obviamente para nuestro sistema de Estado.

En esto, debe quedar claro que “Ministerio Público”, en el sentido de la ley Argentina; comprende tanto el concepto de órgano de defensa, como órgano de persecución penal, carece de los mismos alcances; y adquiere otra relevancia frente a países hermanos donde uno ejerce el contralor; y el otro es un órgano objetivamente operativo; en cuanto a la investigación del delito se refiere; y ello sin menoscabo de los deberes de representación y asistencia de los incapaces y víctimas a que hace referencia la ley 12.061 .

LA INSTRUCCIÓN PENAL FISCAL Y LAS NECESIDADES DE REFORMA LEGISLATIVA:

⁸ Bertolino sostiene que la existencia del juez de garantías, responde a la necesidad de contar en el plano de la realidad; y, con veracidad la explicitación de la tutela jurisdiccional, tomando estas nociones como componentes de “efectividad” de la “garantía de un juez”, entendido esta noción como omnicompreensivo de “custodio de las reglas del debido proceso”, lo que también debe entenderse (pues queda comprendido en el discurso) como “protección o tutela”. Esta garantía técnico jurídica, desde el punto de vista del derecho constitucional contiene –necesariamente- la custodia del derecho a una adecuada defensa en juicio de las personas sometidas a persecución penal, fundamento este sustentado en la doctrina del Tribunal de Casación Penal Bonaerense, en el caso Zungri Martinez (conf. Bertolino Pedro J.- El Juez de Garantías; ed. Desalma, Bs. As., pag. 56/58.

Desde siempre, y en todo Congreso de Derecho Procesal, se ha discutido la necesidad de reformas, en pos de un sistema o de otro; es decir admitiendo la existencia de un juez instructor; o la instrucción por parte de un órgano distinto, a la cual denominamos “fiscal”, proponiendo para el proceso un sistema acusatorio puro, es decir donde exista igualdad de armas, plena contradicción de las partes frente a un tercero imparcial, imparcial e independiente, denominado “juez”.

La provincia de Buenos Aires, en 1998 abandonó definitivamente el camino de la instrucción a cargo de un “juez instructor”, ya que no puedo decir que abandonó la instrucción a cargo de la autoridad judicial; ya que en la práctica, la Policía de la Provincia de Buenos Aires, ejercía la función de instrucción, con potestades instructorias asimiladas a la del juez; al punto que el mismo C.Pr.P. otorgaba al “instructor” las mismas atribuciones que el juez penal, salvo aquellas que se les vedara expresamente por la ley.

Así nació el Ministerio Público (con una nueva estructura ya que antes existía con la misma denominación), el Tribunal de Casación Penal; la Policía Judicial (cuya conformación aún no se llevó a cabo); las Cámaras de Apelación y Garantías y los Jueces de Garantías; órganos que delimitan y conforman el nuevo sistema penal de enjuiciamiento.

Desde aquella época a hoy, se perfilaron y modificaron distintas normas, las cuales han delineado una nueva estructura, al punto que –podemos decir- estamos ante un nuevo código de procedimientos, con viejos vicios; esto es derivado del incorrecto manejo del mismo por parte de los operadores jurídicos; ya que ante una misma situación, se da soluciones distintas; y el

Tribunal de Casación Penal, cuya principal función es la de establecer una doctrina uniforme, tanto en la interpretación, como en la aplicación de la norma; hoy se ha transformado en un cajón de sastre, en el cual podemos encontrar de todo, menos el cumplimiento de su verdadero fin.

Digo esto, por que en poco menos 6 años, se han elevado tantas causas a conocimiento del citado Tribunal, que desbordado tiene un objetivo de imposible cumplimiento; pues la realidad ha superado a la esperanza, y la celeridad tan pedida y esperada jamás llegó, razón por la cual continuamente se dictan normas más o menos inquisitorias; pero que en el fondo no hacen al método, sino a la persecución de finalidades políticas, tales como las que imponen el “control social”, tema este totalmente ajeno a la instancia que tratamos.

EL FISCAL INSTRUCTOR

El artículo 17 de la ley 12.061, establece los deberes, derechos y facultades del Agente Fiscal, designando las siguientes:

1) Promover y ejercer la acción pública penal e interponer los recursos de ley contra las resoluciones y sentencias de los Juzgados y Tribunales ante los que actúe, cuando lo estime pertinente.

2) Recibir denuncias, practicar la investigación penal preparatoria, intervenir en el juicio, y dirigir a la policía judicial y a la policía en función judicial.

3) Impartir instrucciones generales y particulares.

4) En materia civil, comercial, laboral y de justicia de paz, dictaminar en aquellos supuestos previstos por las leyes, cuando se manifestare afectación del interés público con gravedad institucional, o requerir medidas en defensa del orden público, la legalidad y los intereses de la sociedad.

5) Controlar el cumplimiento de los plazos para la conclusión de las causas judiciales, requerir pronto despacho por retardo de justicia ante los Jueces o Tribunales de cualquier fuero.

6) Informar por escrito a su superior sobre los asuntos que, por su importancia, trascendencia o complejidad, requieran un tratamiento especial, indicando concretamente las dificultades o las diligencias necesarias para superarlas.

7) Hacer saber al Fiscal de Cámaras o a los Jueces según corresponda, cualquier irregularidad que advierta en el desempeño de sus funciones.

8) Ejercer la potestad disciplinaria correctiva interna según reglamentación que dicte el Procurador General.

9) Asistir diariamente a su despacho

Por su parte, las denominadas (UFI) unidades funcionales de instrucción se encuentran conformadas:

- 1.- Un Fiscal titular responsable,
- 2.- Fiscales adjuntos, cuyo número la ley no indica;
- 3.- un funcionario auxiliar letrado.

Con el mismo criterio de funcionalidad administrativa, dicha unidad cuenta con una mesa de entradas y de atención al público, cuyo padecimiento debe destacarse; habida cuenta que la superposición de unidades funcionales

en un mismo lugar, da lugar a la confusión del público, quienes estoicamente deben resistir –a veces- horas de espera para obtener la atención debida.

En esto, también debe destacarse la inexistencia de una política coherente del Estado provincial, en cuanto a la asignación de los recursos para la designación de empleados judiciales, pues la realidad indica que casi en todo los casos las mesas de entradas son atendidas por meritorios cuya responsabilidad es inexistente, por obvias razones, que no resultan del caso destacar en este tipo de eventos.

Sin embargo, si de respeto a la dignidad humana se trata, y de advertir que la garantía es una constante del hombre, al tiempo de dictar las leyes, sería hora que el mismo Estado dejara de violarla, exonerando el trabajo “en negro”, desde el lugar mismo donde se pretende impartir valores tan elevados, como lo son la “justicia” y la “dignidad humana” (artículos 14, 18, 28 y cc de la Constitución Nacional; 8, 25 y cc de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Digo estos, por que la ley establece claramente que los integrantes de las unidades funcionales de instrucción, no solo tienen la finalidad de practicar la investigación penal preparatoria... sino que no pueden efectuar delegación alguna a empleados administrativos, en las causas en las que se haya sindicado a una persona como imputada, norma esta; tan muerta como aquello que indicaba, y sigue indicando en la mayoría de los códigos, la presencia del juez en el acto de la llamada prueba confesional; informativa, indagatoria, o como pretenda llamarse, sin dejar de resaltar otras diligencias de investigación que por su mérito e importancia como fuente de prueba

resultan incumplidas, o mal llevadas a cabo; responsabilizando siempre al “nuevo código”, y no a la mala praxis del operador.

El Agente Fiscal desarrollará su tarea actuando con criterio objetivo, sin ocultar elementos de prueba favorables a la Defensa.

LA CONFORMACION Y COLECCIÓN DE EVIDENCIAS

Queda claro que la etapa preparatoria no tiene otra finalidad que “preparar el caso”, lo que supone que el fiscal instructor deba coleccionar todos aquellos elementos de “convicción”, que tornen procedente la conformación de un “debido proceso legal”.

Esta finalidad, tan simple en su expresión; pero tan incomprendida en la práctica ha llevado a la justicia penal al borde del colapso; pese a que el artículo 55 de la ley 12.061, claramente ordena que durante la Investigación Penal Preparatoria el fiscal instructor deberá atender el “asunto”, el “caso” o la “causa”, según la preferencia semántica que se tenga, respetando el principio de economía procesal.

Destaco que la ley incurre en incongruencia cuando habla de “recolección de pruebas”, pues –la realidad del proceso- solo acepta como prueba aquellas que se desarrollen en la “etapa de proceso”, es decir con los elementos traídos a confirmación del hecho, por el Fiscal de Juicio, y sobre el cual deberá ofrecer prueba.

Es por ello que la misma ley autoriza al fiscal instructor, prescindir de la instrumentación de aquellas diligencias probatorias que se consideren

innecesarias para requerir la elevación a juicio (aunque correctamente debe entenderse como proceso ya que el “juicio” es el acto cognoscitivo del juez a través del cual dicta veredicto y sentencia).

Por las mismas razones, la ley autoriza que para la incorporación de la prueba y realización de diligencias no serán necesarias otras formalidades que las indispensables para garantizar la validez y entidad convictiva de los actos, lo cual resulta contradictorio si se sigue pensando y actuando en la “instrucción”, como verdadero proceso; al punto que esta etapa tiene tanta ingerencia en la opinión pública; que nos ha llevado a la mediatización de los procedimientos; donde la ley no solo es cuestionada; sino el mismo juez de garantías; de quien todos pretenden tome el “caso”, como verdadero responsable e instructor, desviando los fines de tutela y garantía a que se hizo referencia más arriba.

Así, también con el mismo criterio; la posibilidad de que el Agente Fiscal se reserve evidencias (a la que ley llama prueba) de la investigación penal preparatoria, y la formación del legajo respectivo; se ha transformado en letra muerta, evidenciándose una actitud errática frente al criterio de celeridad y eficacia que debe imponerse en dicha etapa preliminar.

Debe destacarse que el legislador ha previsto la simplificación del procedimiento, llevando a extremos que la sociedad entienden como precarios o inexistentes.

Ello, se definen en la posibilidad, cierta; pero incumplida de que el fiscal instructor:

1.- Solo forme un legajo de “investigación”, que se individualizará, registrará, foliará debidamente .

2.- Que el contenido de dicho legajo resulte secreto hasta la audiencia de ofrecimiento de prueba para la realización de juicio, debiendo entenderse que aquí la ley opera con el criterio de “objetividad” con que debe actuar el investigador, es decir aún actuando en interes de la defensa; pues de lo contrario estaríamos ante el mismo procedimiento inquisitivo, donde solo el “inquisidor” conocía de las prueba, las producía, y con ella condenaba; pues resulta evidente que su actividad de persecución no hace a la defensa individual, sino a la del “interes colectivo”, valores que si bien resultan superiores, deben restringirse cuando llegan al extremo de su enfrentamiento con “intereses singulares” de irrestricta garantía, tanto constitucional, como extraterritorial (los tratados), y es allí donde priva el respeto a la “dignidad humana”, o a los denominados derechos humanos (como si existieran otros derechos que no fueran humanos).

3.- Que la autorización del ordenamiento legal, a la simplificación del procedimiento a meras “anotaciones relacionadas con la producción de diligencias por parte del Ministerio Público”, se ha interpretado colectivamente como un avasallamiento de los derechos ciudadanos, dejando de lado la verdadera naturaleza de la “investigación preparatoria”, esto es los actos necesarios para la determinación del hecho delictivo, la individualización del o los autores, la posibilidad cierta de calificar el mismo, conforme las normas de fondo y la existencia de agravantes o atenuantes de la responsabilidad penal del imputado.

4.- La autorización de “evitar”, en todo cuanto sea, posible la confección de actas se ha transformado en una mera quimera; ya que hoy se escribe más que nunca; y la simple lectura de cualquier causa nos dará cuenta de ello.

La sobreabundancia de actas, certificaciones que hacen de “verdaderas declaraciones testimoniales”, actuaciones administrativas, notificaciones de actos que no hacen a la “garantía”, ni desvirtúan el procedimiento estatal, o lo que dicho de otra manera, no afecta los derechos o garantías constitucionales del imputado, se han transformados en tan profusos, que las causas suman inútiles cuerpos, que en la verdadera etapa del proceso, ni siquiera son utilizada por las partes; interesados en conformar la prueba, tanto de la culpabilidad como de la defensa, o se llega a la nulidad de “todo lo actuado”, por sobre actuación del operador jurídico, dejando en libertad a quien de haber guardado dichos principios estarían condenados.

Causas de público y notorio conocimiento me exoneran de realizar más comentarios al respecto; pero, debe preocuparnos el hecho de que el “investigador” adopte dotes de “juzgador”, al punto de entender durante años en asuntos que, luego en la etapa del juicio llegan a nada; y por exclusión probatoria- derivada de una sobreabundante o nula actuación preliminar- se obtenga la absolución del imputado. La finalidad de la doble garantía es que “nadie puede ser condenado sin proceso previo”, pero el “proceso debido” debe ser respetuosos de las normas que hacen al principio de legalidad; y de allí que quien cometa delito, y sobre quien se compruebe la culpabilidad y responsabilidad, debe ser condenado. Lo contrario es una condena a la sociedad, que de tener una actividad pacífica y ordenada, pasa a tener una

actividad requirente de conductas estatales impracticables en el plano de la realidad.

5.- La posibilidad de que los interrogatorios de los testigos, peritos e intérpretes y demás actos susceptibles de ser reproducidos en la etapa de juicio resulten volcados en el legajo fiscal por simples anotaciones, en las que deberá consignarse, además de los datos personales del entrevistado, un resumen de sus manifestaciones, se han transformado en impracticable por una supuesta e inexistente violación a los derechos fundamentales; cuando está claro, y debe quedar claro que no resultan elementos de prueba, sino fuentes de ellas.

En este sentido, y con el criterio de actuación a que se refiere la ley, resulta difícil encontrar un argumento común a todas estas posibilidades.

La actividad es relativamente nueva, tanto en nuestro ordenamiento, como en los demás países que persiguen el sistema acusatorio.

La finalidad de lograr la simplificación, celeridad y economía procesal en la actuación del "fiscal instructor", hoy tiene que ver más con un problema de índole cultural; pues el legal es bastante explícito y convincente.

Hay que reforzar una de las instituciones más importantes del proceso penal cual es el Ministerio Público, sin dejar de ser un observador atento de la realidad jurídica que proporciona el Derecho comparado, pues en la comunidad de naciones va buscando los nuevos rumbos que el enjuiciamiento requiere.

En el caso, Alemania –ya en el año 1974- da un vuelco en favor del sistema anglosajón dejando la instrucción a cargo de una persona distinta al

Juez (Policía y Ministerio Fiscal), circunstancia esta ignorada por muchos países, que aún hoy continúan con la tradicional competencia del Juez Instructor para esta fase inicial del proceso penal.

Dentro del derecho latinoamericano, La República del Salvador entiende que “La Fiscalía General de la República es una institución del Ministerio Público, con atribuciones constitucionales cruciales para el afianzamiento del Estado de Derecho”, fundamentando tal definición en las previsiones del artículo 193 de la Constitución de dicho país⁹, por lo cual se entiende que constituye misión primordial de la Fiscalía el control de la legalidad, la dirección de la investigación del delito, el encauzamiento penal y la defensa de los intereses fiscales.

Entiendo yo, que “El Salvador” no escapa a la problemática latinoamericana, respecto de la investigación de ilícitos; y el profundo malestar que ello provoca en la sociedad toda.

⁹ El artículo 193 de la Constitución de la República del Salvador, establece tres pilares básicos del Estado de Derecho en El Salvador: 1) El monopolio de la investigación del delito; 2) La defensa de la legalidad y de los intereses del Estado y la sociedad; y 3) El inicio de la acción penal. En este sentido, el texto dice: Art. 193.- Corresponde al Fiscal General de la República: 1o.- Defender los intereses del Estado y de la sociedad; 2o.- Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los derechos humanos tutelados por la ley. 3o.- Vigilar la investigación del delito e intervenir en la misma desde la etapa policial, y promover la acción penal de oficio o a petición de partes; 4o.- Denunciar o acusar personalmente ante la Asamblea Legislativa o ante la Corte Suprema de Justicia, a los funcionarios indiciados de infracciones legales cuyo juzgamiento corresponde a esos organismos; 5o.- Defender los intereses fiscales y representar al Estado en toda clase de juicios y en los contratos sobre adquisición de bienes inmuebles en general y de los muebles sujetos a licitación, y los demás que determine la ley; 6o.- Promover el enjuiciamiento y castigo de los indiciados por delitos de atentados contra las autoridades y de desacato; 7o.- Nombrar comisiones especiales para el cumplimiento de sus funciones; nombrar, remover, conceder licencias y aceptar renunciaciones a los Fiscales de la Corte Suprema de Justicia, de las Cámaras de Segunda Instancia, de los Tribunales Militares y de los tribunales que conocen en primera instancia, y a los fiscales de Hacienda. Igualmente ejercerá respecto de los demás funcionarios y empleados de su dependencia; 9o.- Organizar y dirigir los entes especializados en la investigación del delito; 10o.- Velar porque en las concesiones de cualquier clase otorgadas por el Estado, se cumpla con los requisitos, condiciones y finalidades establecidas en las mismas y ejercer al respecto las acciones correspondientes; 11o.- Ejercer las demás atribuciones que establezca la ley.

Es que, no se trata solo de “meter preso” a toda persona sindicada de cometer un delito, o eventualmente imputada de un ilícito penal; sino de establecer una política de Estado para el afianzamiento del “valor justicia”; y, para ello -necesariamente- debe existir la certeza jurídica de que los derechos de todos los ciudadanos preexisten a las garantías que el mismo hombre establece a través de la ley y de las obligaciones de los habitantes de la República y los límites y posibilidades de actuación de los entes estatales, garantizándose de esta manera las actuaciones apegadas a la ley (principio de legalidad).

Consecuentemente, contar con la certeza de cuáles son los instrumentos jurídicos que debe aplicar la Fiscalía, contribuye a fortalecer la confianza ciudadana en sus actuaciones y la correcta y oportuna aplicación de las leyes por parte de la institución y las otras que administran justicia.

En ese cuadro de derechos y garantías, el sistema legal salvadoreño, al igual que muchos otros en Latinoamérica, está integrado por un sinnúmero de leyes, reglamentos e instructivos, dispersos, difusos, en desuso, y hasta contradictorios, complicando de esa manera no solo su conocimiento, sino también su comprensión y correcta aplicación a los casos concretos

Por esto, creo yo; la instrucción penal preliminar, o comúnmente conocida como “Instrucción Penal Preparatoria” debe tener –necesariamente- un criterio funcional, de acuerdo a los siguientes principios:

1.- Simplificación de los procedimientos, utilizando todos los medios técnicos, logísticos y científicos para la preservación de actos que solo podrán utilizarse en caso de recursos ante el Tribunal de Casación Penal

2.- Respeto irrestricto a las garantías constitucionales, y al principio de legalidad en la colección de evidencia.

3.- Prudencia al adoptar medidas que signifiquen restricción de derechos a la libertad de las personas.

4.- Ejercicio de la coerción penal, a través de medios alternativos a la Prisión Preventiva, adoptando esta última solo en los casos en que se encuentren en juego los valores que hacen a la “justicia del caso”, o representen peligro para la vida o bienes de los demás miembros de la sociedad.

5.- Mantener, y sostener la vigencia de lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Argentina, relacionados al respeto de los derechos humanos; que a partir de la reforma Constitucional de 1994, conforman el bloque de constitucionalidad continental.

6.- La actuación del Fiscal instructor debe responder al principio de economía procesal, como respuesta adecuada del Estado frente a los ciudadanos, evitando la reiteración de actuaciones procesales, respetando la auténtica actividad probatoria del sistema procesal adoptado.

7.- Requerir, fundadamente, y en acto de audiencia pública- que se celebrará ante el juez de garantías-, la imputación penal abriendo paso a la actividad de la defensa, como sujeto legitimado y necesario aún en la etapa de instrucción.

8.- Redefinir los conceptos previstos como “finalidad de la instrucción penal preparatoria, prevista en el artículo 266 del C.Pr.P., abriéndose un legajo criminológico del imputado (ya sometido al procedimiento), habida

cuenta que dicho cometido excede el marco de referencia que se exponen más arriba, siendo contrario a los principios de celeridad y desformalización de la “investigación”.

Recuérdese que el citado artículo 266 del C.Pr.P. establece que: “...La Investigación Penal Preparatoria tendrá por finalidad: 1.- Comprobar, mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad, si existe un hecho delictuoso; 2.- Establecer las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen, justifiquen o incidan en su punibilidad; 3.- Individualizar a los autores y partícipes del hecho investigado; 4.- Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que han podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad; 5.- Comprobar a los efectos penales, la extensión del daño causado por el delito.

9.- Determinar la conformación definitiva de la Policía Judicial, como órgano de actuación en adecuada coordinación con el Fiscal de Instrucción, garantizando una política criminal estable; y acorde a las necesidades de la sociedad.

10.- Propiciar la creación de una Escuela de formación; tanto Judicial como de “Investigación”, respetándose el principio de especialidad; es decir entendiéndose que las funciones jurisdiccionales resultan ajenas al estadio de la investigación previa; y que el “investigador” debe ser formado sobre las bases científicas y metodológicas que tienen que ver con la conformación de “evidencia”, colección adecuada de los elementos que hacen a la

determinación del hecho, autoría, culpabilidad o responsabilidad del imputado; y no sobre el eje funcional de la actividad jurisdiccional, objetivo y fin de todo funcionario que ingresa a la carrera judicial.

De ello, definitivamente comparto el criterio previsto en el artículo 120 de la Constitución Nacional, que prevé al Fiscal como un órgano extrapoder; y no dentro del ámbito del Poder Judicial, como lo define la ley 12.061.

Azul, 29 de octubre de 2004.