

MERITOS FUNDAMENTALES DE LA INSTRUCCION PENAL *

POR

JOSÉ A. CLARÍA OLMEDO

1. Acepté con entusiasmo la invitación del señor Decano de la Facultad para participar, aunque más no sea con reducido aporte, en los festejos de la muy grata fecha que se está conmemorando: el cincuentenario de la augusta y progresista Universidad Nacional del Litoral. Acepté la invitación con entusiasmo y agradecimiento, porque ello ha permitido acercarme un poco más a ustedes, para poner en práctica y estimular lo que más aprecio y quiero conservar: amistad, sincero afecto, común amor al derecho.

2. Hoy quisiera esbozar un tema que constituye una de mis principales preocupaciones en el empeño por mejorar las normas reguladoras del proceso penal. He resuelto ocuparme de los actos críticos más fundamentales que necesariamente deben realizar durante el período de la instrucción penal los sujetos oficiales del proceso: el Tribunal instructor y el Ministerio fiscal, respectivamente órganos de la jurisdicción y de la acusación. Las legislaciones modernas proveen también a la posibilidad de actos críticos instructorios de la defensa, y pue-

* Conferencia pronunciada el 27 de Noviembre de 1969 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. (Cursillo de Derecho Procesal).

de actuar críticamente el querellante conjunto cuando la ley autoriza su intervención como acusador particular. Pero ante el deseo de no abusar de la amabilidad de ustedes, nuestra charla de hoy quedará limitada a los órganos oficiales.

El proceso penal por delitos de acción de ejercicio público se caracteriza en la Argentina por la necesidad de un período instructorio previo al juicio propiamente dicho: la instrucción penal. Es la influencia de la legislación de Europa continental. Algunos códigos, como los de Córdoba y Mendoza, reemplazan esa instrucción por un procedimiento fiscal de citación directa a juicio precedido de una breve investigación preparatoria, trámite previsto para los casos de infracciones leves o de simple averiguación. Otros códigos, como el Nacional, el de Santa Fe y el de Salta, regulan una instrucción abreviada o de tipo correccional para infracciones menores o de determinada naturaleza. Pero a nosotros nos interesa ahora lo que podríamos denominar instrucción común o formal, integrante del procedimiento penal amplio de conocimiento, como actividad funcionalmente regulada que necesariamente debe preceder al juicio plenario de primera o de única instancia, oral o escrito.

3. Existe quienes sostienen la naturaleza administrativista de la actividad cumplida durante la instrucción penal, y por lo tanto ella sería extraña a la función jurisdiccional aunque se mantenga dentro del ámbito judicial. Para llegar a esa conclusión, algunos insinúan una diferencia entre "averiguación" y "verificación" de los hechos cuya verdad se busca descubrir, y sostienen que el instructor simplemente averigua con un criterio pragmático, de utilidad pública, para que la jurisdicción verifique imparcialmente a los fines de pronunciar la sentencia. Nosotros sostenemos la jurisdiccionalidad del período instructorio del proceso penal, con exclusión por cierto de la prevención policial, porque estamos convencidos que todo juez de la Constitución personifica un oficio jurisdiccional; que el instructor, lo mismo que el sentenciante, como

integrante del Poder Judicial del Estado debe actuar con absoluta imparcialidad en el descubrimiento de la verdad que es el inmediato fin de todo el proceso, y debe decidir sobre la suerte de los ciudadanos teniendo en cuenta la garantía judicial, con los límites funcionales de su competencia específica, conocida por semiplena jurisdicción. Que para ello averigüe en vez de verificar, no significa sino separar dos aspectos de la actividad probatoria muy tortuosamente diferenciables. Piénsese, además, en el sobreseimiento definitivo cuyo valor penal es el de una verdadera absolución penal, resolución que el instructor penal puede dictar en cualquier estado de las investigaciones motivándolo en las pruebas que él mismo ha reunido.

Conforme al concepto que tenemos de la función jurisdiccional del Estado, la jurisdiccionalidad de la instrucción penal conduce necesariamente a sostener la exigencia de una excitación extraña para que el Tribunal pueda ponerla en práctica; conduce a negar, a lo menos desde el punto de vista técnico, la iniciativa instructoria de oficio: *ne procedat iudex ex officio*. Esa prohibición se extiende a la imposibilidad de proceder directamente cuando el órgano jurisdiccional recibe una denuncia, pues ésta constituye un mero acto informativo, un anoticiamiento formal que substancialmente no implica requerimiento de actuación. El juez que procede a instruir de oficio, o lo que es lo mismo, en virtud de una denuncia presentada ante él, se coloca *ab initio* en situación de sospecha de parcialidad impropia de su función. Será él quien impute, cuando en realidad debe ser quien decida acerca de una imputación ante él formulada y contestada.

En consecuencia, para el inicio de la instrucción debe mediar un acto idóneo que signifique el ejercicio de la acción penal en su primera manifestación: comienzo de la actividad requirente que suele denominarse "promoción" de la acción penal. Aun no se acusa, pero quien tiene el poder de hacerlo

requiere a la jurisdicción que proporcione los elementos suficientes para fundamentar una posible acusación, o para no acusar si ello no se obtiene.

Esto nos lleva inmediatamente a establecer la finalidad y valor de la investigación instructoria, que integra pero no agota la fase de la instrucción. Tiende a reunir los elementos de convicción suficientes para poder acusar, o de lo contrario, a evitar el juicio penal definitivamente con el dictado del sobreseimiento, o si se quiere a evitarlo durante un tiempo provisionalmente hasta que se supere la duda. Ese debe ser el límite de su finalidad específica; la investigación instructoria no puede trascender para el futuro. De aquí que su valor sea meramente preparatorio, pues los actos que la integran nunca podrán ser utilizados directamente para fundamentar la sentencia. La negación de este carácter es uno de los defectos advertidos en los códigos aún vigentes en el país con juicio plenario escrito: hasta las declaraciones policiales pueden ser valoradas directamente por el Tribunal del juicio en el momento de dictar la sentencia.

4. Ha sido indispensable adelantar estas bases para encuadrar el tema propuesto dentro del marco de una instrucción modernamente concebida, la que se integra con actividades prácticas y críticas coordinadas en sucesión alternativa. La práctica de la instrucción consiste en investigar con método selectivo y conservatorio; la crítica en meritar con miras a preparar la base del futuro juicio constitucional. El momento inicial de la instrucción se resuelve en una crítica de la prístina imputación contenida en el acto promotor de la acción penal. Si su sentido fuere incriminador, desencadenará la investigación como actividad práctica, la que a su vez va coordinándose con actividades críticas basadas en lo que se va obteniendo con aquélla; así ocurre con el llamado a prestar declaración indagatoria, el procesamiento o prisión preventiva. Al final de la investigación vuelve nuevamente a manifes-

tarse la actividad crítica basada en todo lo reunido, y donde intervienen a lo menos el acusador y el Tribunal. Para los códigos modernos, este momento procesal integra el período de la instrucción; en cambio, para los códigos con juicio escrito se ubica en lo que ha dado en llamarse “período intermedio” porque aparece como puente entre lo que esos códigos denominan “sumario” y “plenario”. Pero es que el “sumario” de estos cuerpos legales sólo vendría a corresponder en general, a lo que para los códigos modernos constituye la “investigación” instructoria, sin perjuicio de incluir entre los actos de ésta, algunos de naturaleza crítica como la orden de indagatoria y la prisión preventiva. Técnicamente parece correcta la solución de los códigos modernos por la cual queda incluida dentro de la instrucción la fase de crítica final sobre las investigaciones practicadas. Es una actividad cumplida por y ante el juez de instrucción, por lo cual el período instructorio recién queda clausurado cuando la causa se eleve a juicio o se pronuncie el sobreseimiento: cierre definitivo del proceso.

La instrucción moderna toma inicio, por lo tanto, en el típico acto de promoción de la acción a cargo del órgano oficial de la acusación: requerimiento del agente fiscal. Aceptada la institución del querellante conjunto puede también tener inicio en la querrela del ofendido, sea directamente como ocurre en los códigos antiguos y en el de La Rioja, sea a través del filtro del acusador público según se propugna en el anteproyecto sometido a la Comisión de Legislación Procesal Penal del Ministerio de Justicia de la Nación. Asimilándola a la actuación del Ministerio Fiscal, los códigos modernos mantienen la promoción instructoria por actividad policial: comunicación del hecho al Tribunal instructorio o pase a éste del sumario de prevención; criterio no ortodoxo que significa colocar a la Policía en la posición persecutoria penal solamente para este momento de iniciativa procesal.

5. El primer acto crítico, pues, es el del órgano oficial de la acusación. Consiste en requerir del órgano jurisdiccional el inicio de la instrucción: formación jurisdiccional de la causa. Formalmente consiste en la transmisión al órgano jurisdiccional de la denuncia recibida o de la noticia que se ha obtenido oficiosamente acerca de la comisión de un hecho delictuoso, y sustancialmente en una expresa declaración de voluntad para que la jurisdicción actúe penalmente. En el caso de denuncia, aunque hubiere sido recibida por remisión del instructor, el Ministerio fiscal puede expedirse desinclinadoramente requiriendo la desestimación, vale decir declarando que no corresponde ejercitar la acción penal. Ese requerimiento desinclinador puede fundamentarse en una razón sustancial: descripción de un hecho que no constituye objetivamente delito, o en una razón formal: existencia de un obstáculo para poder proceder. No puede desestimar directamente el agente fiscal; a esos fines es exigencia ineludible el contralor jurisdiccional porque constituye una garantía para la defensa del interés colectivo y fortifica el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal: promoción inevitable. El Tribunal instructor debe responder a ese requerimiento desinclinador con un mérito inicial que puede ser adverso, es decir incriminador: no puede abrir la instrucción pero sí manifestar desacuerdo con el mérito del agente fiscal. Si abriera la instrucción procedería *ex officio* por cuanto no ha sido promovida la acción. Ese desacuerdo sólo da la posibilidad de provocar un requerimiento incriminador del superior jerárquico en la línea de la acusación: Fiscal de Cámara. Es problema que legislativamente se resuelve conforme a lo previsto para la crítica final como veremos más adelante.

Ante el mérito incriminador del Agente Fiscal o de la autoridad policial, y en su caso del querellante, el Tribunal debe formular también el mérito correspondiente ejercitando la jurisdicción. Si éste es incriminador, lo que implica acuerdo con el acusador, la instrucción quedará abierta: avocamiento

o incoación de la causa. Pero puede existir desacuerdo, lo que conduce a la formulación de un mérito desincriminador: rechazo de la promoción instructoria. Este consistirá en la desestimación del requerimiento fiscal de instrucción o rechazo de la prevención policial, con el consiguiente archivo de las actuaciones. El fiscal podrá apelar para provocar del Tribunal de alzada un pronunciamiento inculminador que imponga al juez la apertura del proceso. Corresponde considerar el valor de este rechazo una vez quedado firme, principalmente cuando el motivo fuere sustancial: hecho que no constituye objetivamente delito. "Objetivamente" quiere decir que el hecho descrito no encuadra en ninguna configuración delictiva de la ley penal. Es común sostener, y la jurisprudencia nacional es casi uniforme en este sentido, que ante dicho mérito tiene aplicación amplia el *non bis in idem*. Nosotros no estamos de acuerdo en general. Pensamos, sí, que la referida resolución desinclinadora debe "causar estado" frente a una reproducción invariable de los hechos afirmados por el requirente en el acto promotor de la acción; pero no puede comprender el cambio de las circunstancias. Quiere decir que si la acción se promueve otra vez por el mismo hecho pero agregando o modificando determinadas circunstancias de manera tal que su repetida descripción permita el encuadramiento en una figura penal, podrá formularse mérito inculminador e incoar la causa, lo que no podría hacerse si mediare ya sobreseimiento o sentencia absolutoria respecto de la persona favorecida con ellos. Luego, el principio *non bis in idem* no entra a funcionar en este momento inicial del proceso. El rechazo significará que el Tribunal deniega la prestación de la jurisdicción: no abre la causa, por lo cual no se da la *aedem causa petendi* ante un nuevo requerimiento de instrucción. El efecto de causar estado *nebus sic stantibus* es una consecuencia meramente formal y no una concesión al *nom bis in idem*. No existe *aedem causa petendi* porque ante el rechazo del acto promotor el

Tribunal no estuvo en condiciones de ejercer válidamente la jurisdicción en el caso concreto: ausencia de objeto procesal, o sea de una afirmada conceptualización de un asunto de la vida *penalmente relevante*.

El primer mérito incriminador del instructor consiste, pues, en una valoración fáctico-jurídica del contenido de la prístina imputación. Debe concretarse a valorar el hecho conforme ha sido expuesto por el accionante y estimar si encuadra en una figura penal, y nada más; en suma, no más que determinar que existe objeto (fáctico-jurídico) para el proceso que debe iniciarse. Es un mérito estrictamente objetivo, ajeno a toda idea de participación o de cualquier otro elemento que excluye la punibilidad. Es discutible, sin embargo, si debe tenerse en cuenta la circunstancia temporal en cuanto se la proyecte a la existencia o inexistencia de prescripción. Como consecuencia de estas conclusiones, queda aclarado el por qué corresponde abrir la causa aun cuando la imputación fuere dirigida *in incertamen personae*.

6. Ese mérito positivo desencadena la investigación, pero dirigida ya con sentido tanto objetivo como subjetivo: existencia del hecho y de su posible partícipe. Ha desaparecido ya la técnica pero inútil distinción clásica entre inquisición genérica y específica. Reunidos los elementos suficientes para que el hecho incriminado pueda ser atribuido objetivamente a alguien, corresponde formular el segundo mérito jurisdiccional que se manifiesta en el llamamiento para indagatoria. Este mérito, que por lo general no es expreso, resulta de la obtención de sospecha de participación, sin que deban tenerse aquí en cuenta los elementos subjetivos referidos a la existencia o falta de culpabilidad o a la imposibilidad de aplicar pena: excusa. Basta, pues, con que se mantenga el mérito anterior sobre la existencia de un hecho encuadrado en una figura penal y que se agregue a él la vinculación del hecho con una persona determinada conforme al art. 45

del Código penal, esto es con el imputado, coincida o no la persona con la indicada en el acto imputativo inicial.

Esto último nos muestra una diferencia fundamental entre los dos méritos a que estamos haciendo referencia. El primero, o sea sobre el hecho jurídicamente relevante en cuanto afirmado, está vinculado al acto imputativo inicial; el Tribunal no puede extender la investigación a un hecho diverso, aunque sí pueda hacerlo con respecto a las circunstancias de ese hecho. El segundo, o sea el concretado en el llamamiento para indagatoria por ese mismo hecho, puede ser extensible a cualquier persona que aparezca sospechada de participación en él. No lo vincula en cuanto a la persona que pueda ser imputada a la que hubiere sido indicada en el requerimiento promotor. Es el problema que en doctrina suele presentarse como de indivisibilidad de la acción penal, y al cual nosotros quisiéramos darle un sentido técnico más preciso. Pensamos que podría expresarse como principio de extensibilidad subjetiva de la pretensión penal hecha valer ante la jurisdicción instructoria, limitadamente hasta obtener la concreta imputación mediante el acto acusatorio. En este sentido subjetivo, la acción penal (pretensión) sería indivisible durante la instrucción y divisible durante el juicio.

Quiere decir que la orden de comparecencia se imparte a la persona con respecto a la cual el Tribunal considera que existe mérito de sospecha (probabilidad) acerca de su participación en el hecho objetivamente delictuoso descrito en la imputación inicial. Si en el curso de la investigación aparece otro hecho diverso con relevancia jurídico-penal, el Tribunal debe provocar instancia promotora del órgano público de la acusación y en lo que a él respecta. Si lo investiga sin esa instancia, procedería *ex officio*.

En el orden nacional, y más claramente en el código para Jujuy, se considera que la orden de comparecencia para indagatoria tiene el valor de procesamiento. Esa solución tiene asidero legal pero no lógico, aunque puede pensarse que

el vocablo muestra significación equívoca al intentar establecer el momento procesal para que el imputado pueda ejercer el derecho de defensa. Legalmente surge por implicancia de lo previsto en el segundo párrafo del art. 236 del Código procesal de la Nación, agregado por el art. 6º del Decreto-Ley 13911/62, dificultosamente coordinable con lo previsto por el art. 429, párrafo segundo, agregado por el art. 27 del Decreto-Ley 2021/63. La lógica nos enseña que ese mérito tiene como efecto inmediato provocar del imputado la contestación a la imputación conforme a un régimen adecuado de su declaración indagatoria, que es medio de defensa y no de prueba, la que a su vez permitirá allegar al proceso los elementos de convicción llamados de descargo: evacuación de citas. No creemos que pueda tener valor de "procesamiento" la expresión "declarará procesada" que utiliza el art. 155 del Código procesal penal de Santa Fe; parece significar solamente que debe abrirse causa contra la persona con respecto a quien, durante el sumario, "resulte algún indicio grave de criminalidad". El Proyecto Prats Cardona para esta Provincia sigue el criterio moderno sobre el particular.

7. Después que al imputado se le haya proporcionado la oportunidad para contestar la imputación, con previa intimación del hecho y con libertad para exponer en su defensa o para negarse a declarar, y de evacuadas las citas urgentes contenidas en su exposición, corresponde un nuevo mérito jurisdiccional. El plazo para pronunciarlo no puede ser prolongado aunque fuere meramente ordinario, máxime si el imputado sufre privación de la libertad; debe mantenerse en el momento instructorio inicial de urgente investigación. Los códigos modernos fijan seis días computados desde la declaración indagatoria o de la detención, acto formal el primero que constituye su presupuesto objetivo y subjetivo: debe re-

ferirse al mismo hecho por el cual se intimó y a la misma persona que fue invitada a declarar sobre él.

El mérito que ahora nos ocupa consiste en concretar jurisdiccionalmente la situación procesal del indagado con respecto a la imputación que tuvo oportunidad de contestar, y puede ser incriminador o dubitativo. Incrimina cuando consiste en una declaración de posible culpabilidad, siendo suficiente, por lo tanto, un estado psicológico de probabilidad; posibilidad en cuanto existencia de futuro; la conclusión dubitativa se fundamenta en la insuficiencia de elementos de convicción para aceptar como posible la culpabilidad del imputado, lo que significa falta de mérito para procesar. No queda excluido el mérito desincriminador que pone fin al proceso, dado que el sobreseimiento puede resolverse en cualquier estado de la investigación; pero él no determina la situación procesal del imputado puesto que elimina definitivamente la imputación con efecto sustancial de *non bis in idem*.

El mérito incriminador sobre la situación del imputado se resuelve, pues, en el procesamiento, que en los códigos antiguos se confunde con los fundamentos de la prisión preventiva. El Proyecto Prats Cardona recepta el sistema moderno, con una nítida separación de las dos instituciones: una declarativa y otra de coerción. El Código para Jujuy introduce aquí un "auto de calificación" que viene a integrar el llamado "procesamiento" anterior a la declaración indagatoria, pero que en realidad es el verdadero procesamiento. Se trata, pues, de un mérito incriminador de amplia valoración con respecto a los elementos de convicción en cuanto muestran como probable la futura declaración de culpabilidad del imputado con respecto al delito que es objeto de la investigación, el cual queda delimitado para el avance del proceso, fundamentalmente en cuanto concreta la cuestión fáctico-jurídica a merituar durante la crítica instructoria prevista para obtener la base inevitable del juicio penal. En

ese momento crítico final, como también durante el resto de la investigación, puede ser revocado o reformado, aun de oficio, lo que significa su no definitividad. Pero dado que a su vez es apelable, como lo es también el auto de falta de mérito parece necesario que en la investigación instructoria se ponga un límite práctico a esa posibilidad de reforma o modificación. En nuestro proyecto de código uniforme y en el anteproyecto para el ordenamiento nacional autorizamos esa revocación o reforma con fundamento en las modificaciones operadas por la introducción de las pruebas o en una diversa apreciación jurídica de los hechos; de lo contrario la alzada no podría imponer su criterio al tribunal *a quo*.

La distinta terminología utilizada por los códigos del país para establecer la procedencia del procesamiento, o de la prisión preventiva cuyo fundamento constituye el primero como hemos dicho, debe ser entendida con igual alcance: obtención de elementos de convicción suficientes acerca de la comisión de un hecho delictuoso con respecto al cual el imputado aparezca responsable. El Código para Santa Fe habla de plena prueba del delito y semiplena prueba de la responsabilidad; el de Córdoba de constancia de la comisión del hecho delictuoso y de indicios suficientes de participación del imputado. En realidad se trata de igual posición psíquica o estado subjetivo del instructor, siendo suficiente el de probabilidad, con respecto al elemento objetivo (en lo fáctico y jurídico) y al elemento subjetivo (responsabilidad o calidad de culpable) de la imputación. Se advierte que estamos frente a un mérito verdaderamente sustancial, que en cuanto al hecho jurídicamente relevante no se detiene en considerar la mera descripción del acto imputativo, y en cuanto al imputado va más allá de la simple participación justificadora de la orden de comparecencia a indagatoria. Las pruebas reunidas, tanto de cargo como de descargo, deben dar paso a un mérito de probabilidad acerca de la posible declaración futura de culpabilidad del imputado: existencia de un hecho penalmente relevante, partici-

pación del imputado, y ausencia de alguna causal de justificación, de inimputabilidad, de exculpación o de excusa.

8. No reunidas las exigencias previstas para el procesamiento ni apareciendo causal alguna para sobreseer, el mérito que corresponde formular será dubitativo: no se ha obtenido el estado psíquico de probabilidad para poder procesar, sea con respecto a la existencia del hecho o a la responsabilidad del imputado, que comprende la duda y la improbabilidad. Es una declaración provisional y también revocable, que no cierra el proceso ni detiene la investigación. El imputado mantendrá o recuperará su libertad, pero las investigaciones continuarán hasta su agotamiento, pudiendo en el interin trocarse en sobreseimiento o en procesamiento; pero si al final de la investigación subsiste con posibilidad de allegar más pruebas, provocará otro mérito dubitativo conforme veremos más adelante.

Recuerdo que Bartoloni Ferro insistentemente solía afirmar que en los diversos pasos de la instrucción iban progresando los elementos de sospecha mientras la actividad se dirigiera con sentido incriminador. No hay duda que esto es exacto, conforme se viene advirtiendo en la sucesión de méritos hasta ahora examinados: incoación de la causa, llamamiento para indagatoria y procesamiento. Exacto a lo menos en cuanto para el mérito en esta sucesión que avanza hacia la finalidad positiva de la instrucción, se va ampliando el contenido a considerar conforme al volumen de pruebas que selectivamente se acumulan, siempre con respecto al mismo núcleo factico que provocó el primer mérito, y después con respecto al mismo sospechado que provocó el segundo mérito jurisdiccional. No es posible ordenar la comparecencia a indagatoria ni procesar por un hecho diverso del que provocó el avocamiento; ni es posible procesar por un hecho diverso de aquél con respecto al cual se intimó en la indagatoria o a un imputado a quien no se lo intimó en ese acto. Pro-

blema de correlación fáctica que no trasciende a lo jurídico, salvo en la necesidad de la relevancia penal cualquiera fuere ella: *iura curia novit*. Esa correlación, que tiene mayor interés en lo que respecta al mérito acusatorio, se concreta al núcleo fáctico sin captar las circunstancias, por lo cual puede sostenerse su carácter de relativa.

Pero en el procesamiento debe concretarse, específicamente el encuadramiento penal del hecho, provisionalmente también y susceptible de modificación con las ulterioridades de la investigación. Ello tiene trascendencia procesal frente a otros méritos derivados, como la procedencia de la prisión preventiva y de la excarcelación. Al respecto los códigos argentinos tienen distintos criterios, pero no es del caso considerarlos en esta oportunidad.

9. Una vez agotadas las investigaciones, lo que significa el cumplimiento del período práctico de la instrucción, el Tribunal debe necesariamente hacer otro mérito, que puede ser desincriminador, dubitativo o incriminador; en este orden quedará formalizado en el sobreseimiento definitivo (único en la mayoría de los códigos modernos), en el sobreseimiento provisional o prórroga extraordinaria de la instrucción (conforme a los códigos antiguos o modernos respectivamente) y en la vista fiscal de las actuaciones cuando ha mediado procesamiento o el pase de la causa al Tribunal de sentencia previa clausura del sumario (conforme a los códigos modernos o antiguos respectivamente).

El sobreseimiento definitivo puede ser pronunciado en cualquier estado de las investigaciones, en cuanto se advierta la causal que pueda fundamentarlo: extintiva del ejercicio de la acción, inexistencia o no delictuosidad del hecho, no participación, justificación, inimputabilidad o excusa. Sólo puede referirse al hecho que provocó la incoación de la causa cualquiera fuere su relevancia jurídico-penal, y favorecerá solamente al imputado con respecto al cual se dicta, con valor

de *non bis in idem*. Esto no es respetado por los códigos antiguos que expresamente prevén el llamado sobreseimiento absoluto, acertadamente no contemplado por el código de Santa Fe. Para sobreseer se requiere certeza acerca de la existencia de la causal en que haya de fundamentarse, sin perjuicio del caso especial que después se analizará. Los códigos antiguos exigen sustanciar este sobreseimiento, con previa vista a los acusadores. Mantiene ese criterio el proyecto Prats Cardona para Santa Fe, pero la Comisión Revisora propone eliminarlo, con lo cual ésta sigue el criterio de los códigos modernos. Así debe darse la solución si se tiene en cuenta que sustanciar el sobreseimiento instructorio significa permitir la oposición de los acusadores a una resolución desincriminadora que el Tribunal adelanta sin fundamentación alguna. Lo que el legislador persigue queda suficientemente garantizado con la posibilidad de contralor en alzada, sea por apelación o por consulta.

El mérito incriminador se manifiesta en el mantenimiento por el Tribunal de los motivos que determinaron el procesamiento, y no requiere una declaración formal. Está apoyado, por lo tanto, en la persistencia de la posibilidad acerca de que el imputado podrá ser declarado culpable en definitiva, y en consecuencia, en la conclusión de que existe fundamento suficiente para celebrar el juicio en su contra, basado en un acto de acusación. Este mérito aun es provisional, por cuanto se limita a abrir la crítica correspondiente del órgano de la acusación, después de la cual puede modificarse en desincriminador o en provisionalmente dubitativo.

El mérito dubitativo del final de la investigación surge por exclusión de los otros dos. El Tribunal no adquiere certeza sobre la existencia de ninguna causal de sobreseimiento ni mantiene los motivos que lo condujeron a procesar, o subsiste la falta de mérito, como se expresó anteriormente; es decir que las pruebas no aparecen suficientes como para provocar una acusación. Ello conduce a mantener la causa abier-

ta prorrogando extraordinariamente la investigación (criterio de los códigos modernos) o poniendo fin a la investigación provisionalmente (criterio de los códigos antiguos) a la espera de que aparezcan nuevas pruebas que modifiquen ese mérito en incriminador o desincriminador. Pero debe haber posibilidad de arrimar al proceso pruebas de cargo para que este mérito tenga justificación lógica. No es del caso entrar aquí a considerar las diferencias entre el sobreseimiento provisional y la prórroga extraordinaria de la instrucción, por cuanto desde el punto de vista que a nosotros nos interesa carecen de significación.

10. No deseo abusar de la atención de ustedes. Seré más breve en la consideración del desarrollo de la crítica instructoria desencadenada por el mérito incriminador del Tribunal cuando pone fin a la investigación. Dijimos que nos ocuparíamos solamente de los órganos oficiales de la acusación y de la jurisdicción, pero recordamos que también puede meritarse el querellante conjunto cuando su intervención está admitida por la ley, en forma autónoma como ocurre en la mayoría de los códigos que permiten su actuación, o subordinada a la acusación fiscal como se propugna en el Anteproyecto presentado a la Comisión de Legislación procesal penal del Ministerio de Justicia de la Nación. El mérito que el agente fiscal puede formular ante el órgano jurisdiccional sobre el resultado de la investigación instructoria, puede ser también desincriminador, dubitativo o incriminador, y respectivamente se resuelve en el pedido (requerimiento) para que el Tribunal se pronuncie conforme pudo hacerlo desincriminadora o dubitativamente al no mantener la motivación del procesamiento o directamente acusando ante el instructor mediante requerimiento de elevación de la causa a juicio (códigos modernos) o ante el Tribunal de sentencia para que abra el juicio (códigos antiguos con procedimiento escrito).

Salvo la posibilidad de oponer cuestiones previas, aceptada en todos los códigos, para los antiguos corresponde provocar por traslado a la defensa la contestación de la acusación; vale decir que ya no hay más mérito instructorio puesto que la evacuación de ese traslado sobre el fondo implica entrar directamente al juicio plenario. Los códigos modernos, en cambio, permiten a la defensa formular oposición al requerimiento de elevación a juicio (acusación), instando el sobreseimiento, y ello provocará un mérito final y definitivo del Tribunal, con o sin contralor en alzada, que será desinclinador si sobresee, inclinador si eleva a juicio (por auto), o dubitativo si resuelve una prórroga extraordinaria.

11. El mérito fiscal desinclinador sólo será vinculante para el Tribunal cuando el Ministerio fiscal insista por opinión del fiscal de Cámara que el instructor provoque. Conforme a los códigos vigentes, el fiscal de Cámara sólo debe opinar una vez planteado el desacuerdo por el juez (de instrucción o de sentencia), y si se inclina por el no sobreseimiento, acusará otro agente fiscal. En nuestro Proyecto uniforme y en el Anteproyecto presentado a la Comisión del Ministerio de Justicia de la Nación se evita este último trámite; acusará el mismo fiscal de Cámara. Así lo aconseja también la Comisión Revisora del Proyecto Prats Cardona para Santa Fe.

Este último criterio es resistido, observándose que se afecta la jerarquía institucional de los integrantes del organismo; pero ello no es valedero si se tiene en cuenta que el Ministerio fiscal es en realidad una unidad funcional en el desempeño de su actividad judicial penal, y que el superior jerárquico tiene competencia para meritar en sentido contrario del inferior cuando la ley se le atribuye, sin que ello signifique colocarse en el grado o jerarquía de éste; quiere decir que no se desjerarquiza por el hecho de acusar ante el Tribunal de primera instancia (instructor o sentenciante).

Por el contrario, resulta ficticio imponer a otro agente fiscal la formulación de un mérito acusatorio que puede contradecir su criterio propio, lo que por otra parte agrega un trámite irracional e innecesario. Si el fiscal de Cámara "opina" en favor de la acusación, nada más lógico que agregue a esa opinión suya el requerimiento de elevación a juicio como expresa declaración de voluntad del órgano acusador.

Una vez firme el mérito acusatorio receptado por el Tribunal, será definitivo desde el punto de vista de la instrucción, y provisional desde el punto de vista del juicio con miras a la sentencia. Esta debe ser congruente en lo fáctico con el contenido de la acusación, lo que conduce a sostener el principio de inmutabilidad del acto acusatorio; inmutabilidad que para los códigos modernos resulta relativa por cuanto se permite su ampliación a un nuevo hecho vinculado en calidad de continuación delictiva (delito continuado) o a una circunstancia calificante. Jurídicamente no existe congruencia entre acusación y sentencia, y en cuanto al aspecto subjetivo no juega ya la extensibilidad: la sentencia sólo puede dictarse con respecto al acusado. Aunque declare la inexistencia del hecho o su no encuadramiento penal, esa declaración no favorecerá a aquél que no ha sido acusado. Dicha provisionalidad para el futuro justifica que como contenido de la acusación no corresponda incluir la petición de una concreta pena en calidad y cantidad, lo que injustificadamente exigen los códigos con juicio escrito (salvo Corrientes). El acusador debe pedir esa pena en oportunidad de las conclusiones (discusión final) si opina que corresponde condena, y no la pedirá si opina que corresponde absolución. En caso afirmativo su monto resultará de la valoración que haga de los hechos del debate y de su consideración jurídica.

12. El pronunciamiento dubitativo resultante del mérito de las investigaciones instructorias agotadas, también debe ser provisional aunque persista la situación que lo motivó. No es así, sin embargo, para el Código nacional, que mantiene el

sobreseimiento provisional hasta que se produzca una causal extintiva del ejercicio de la acción penal, vale decir hasta que exista una causal fundamentadora del sobreseimiento definitivo. Algunos códigos, como los de Buenos Aires y de Santa Fe, ponen un límite temporal al sobreseimiento provisional; alcanzado el plazo se transformará en definitivo aunque subsista la duda. Lo mismo ocurre en los códigos modernos con la prórroga extraordinaria de la instrucción, que en realidad mejor sería de la investigación instructoria. Ello significa que en estos casos resulta procedente el sobreseimiento (definitivo) aunque no se haya obtenido certeza acerca de la existencia de la causal que lo fundamente, generalmente la no comisión del hecho o la falta de participación del imputado.

