

EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL¹

Por **RICARDO J. MENDAÑA**

Sumario: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** NUEVOS Y VIEJOS PROBLEMAS DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL. **1.** Objetivos y estrategias. **2.** Algo más que un cambio de actores. **3.** Selección, simplificación y flexibilidad. **4.** Dirección de la investigación policial. **5.** Capacidad autónoma de investigación. **6.** Sistemas de información y sistemas de investigación. **7.** Objetividad y límites de la investigación fiscal. **8.** ¿Delitos investigables y no investigables?. **9.** El tiempo de la investigación. **10.** Los casos de flagrancia. **III.** CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Los nuevos ordenamientos procesales penales, que adoptan el modelo acusatorio, atribuyen al Ministerio Público Fiscal la dirección de la investigación de los hechos punibles y la promoción de la acción penal pública contra sus autores y partícipes.

Si bien este aspecto de la reforma del sistema de justicia penal parece sencillo de entender y sobre el cual existe en general suficiente consenso, consideramos que involucra un sinnúmero de facetas y de problemas, que justifican un análisis que vaya más allá de lo superficial.

Que los fiscales se hagan cargo de la investigación cambia uno de los ejes sobre los que gira actualmente el sistema de justicia penal y modifica de manera sustancial la actividad del Ministerio Fiscal y también la de otros actores del proceso. Además ofrece una perspectiva y una plataforma de trabajo diferente para enfrentar viejas cuestiones y problemas, tales como la ineficacia de la investigación, la efectividad de las garantías o la burocratización y lentitud de los procedimientos.

Intentaremos hacer foco en algunas de estas cuestiones que representan problemas, desafíos y oportunidades para el Ministerio público en los procesos de transición y de implementación de los modelos acusatorios.

II. NUEVOS Y VIEJOS PROBLEMAS DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL.

¹ Publicado en “Cuadernos del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal”, del Colegio de Abogados de Neuquén, N°2, abril 2005.

1. OBJETIVOS Y ESTRATEGIAS.

a. El Ministerio Público, en sus diseños tradicionales, poca importancia le ha dedicado a este aspecto, a punto de actuar como una organización virtualmente ciega, sin visión ni plan estratégicos ni depurados criterios de persecución penal, como exige la misión institucional que debe cumplir. En el campo de la administración, explica Quinn, una *estrategia* “es el *patrón* o *plan* que integra las *principales* metas y políticas de una organización, y, a la vez, establece la *secuencia coherente* de las acciones a realizar”²; de modo que una estrategia adecuada “ayuda a *poner orden* y *asignar*, con base tanto en sus *atributos* como en sus *deficiencias* internas, los recursos de una organización, con el fin de lograr una situación *viable* y *original*, así como anticipar los posibles *cambios en el entorno* ...”³. A su vez, los *objetivos* y *metas* establecen que es lo que se va a lograr y cuando serán alcanzados esos resultados.

Para definir una estrategia eficaz, hay que definir con claridad los objetivos, considerar la compatibilidad con el entorno, su factibilidad, el consenso y compromiso de los actores más gravitantes y ejercer liderazgo. Además, hay que ser concientes de las opciones o alternativas posibles, adoptar las que resulten preferibles, tomar las decisiones en tiempo oportuno y concentrar los esfuerzos y recursos en las metas principales, asegurando cierta flexibilidad y capacidad de adaptación de las acciones.

b. Un primer aspecto que debe considerarse para definir los objetivos y las estrategias atañe a la selección de ciertos criterios de política criminal, pues éstos definen en gran medida el marco de actuación del Ministerio Público Fiscal y el ámbito de desarrollo de la investigación de los delitos. La adhesión a los paradigmas del modelo republicano, la transparencia en la gestión, el compromiso con la vigencia de los derechos humanos, la mayor o menor aceptación del principio de mínima intervención o de “*última ratio*”, la solución del conflicto primario como principio orientador y la protección de las víctimas representan elementos gravitantes para la planificación estratégica de la actividad del Ministerio Público, y en particular de la investigación penal⁴.

En ese sentido, la adopción en los ordenamientos procesales de criterios de oportunidad para el ejercicio del poder de persecución penal y su efectiva incorporación en la praxis del Ministerio Público Fiscal, implican un alineamiento a una tendencia de mínima intervención y de racionalización del poder penal estatal⁵. Los fiscales - explica

² **Quinn**, James Brian, *Estrategias para el Cambio*, extractado en Mintzberg – Quinn, *El Proceso Estratégico*, ed. Prentice Hall Hispanoamericana, pág. 5. A su vez, **Mintzberg** explica: “...la estrategia es una plan, una especie de curso de acción conciente determinado, una guía (una serie de guías) para abordar una situación específica” (“*En las cinco Ps de la Estrategia*”, en la misma obra, pág. 14).

³ *Ibidem*.

⁴ Sostiene **Binder** que “se debe construir un proceso penal fuertemente orientado hacia la solución del conflicto. Ello es un imperativo que surge del principio del poder penal como *ultima ratio* y modifica los fines tradicionales del proceso penal, que no puede ser pensado únicamente como un proceso de cognición (aunque en tanto importe una condena no puede dejar de serlo), sino como un método de pacificación, abriendo sus puertas a la reparación integral como verdadera *solución del conflicto*” (en “*Diez tesis sobre la reforma de la justicia penal en América Latina*”, en Rev. Contribuciones, Fundación Konrad Adenauer N° 3/1996, pág.12).

⁵ **Rusconi**, Maximiliano A., “*Luces y Sombras en la relación política criminal-Ministerio Público*”, Rev. Pena y Estado, N° 2, pág. 158. Afirma el autor que “el Ministerio Público parece estar destinado a convertirse en el órgano por excelencia que tiene por función básica la formulación de la política criminal del Estado y

Bruzzone - “son una de las piezas más importantes de todo el andamiaje de órganos que alguna influencia tiene en llevar a la práctica la política criminal del Estado”⁶.

c. La criminalidad es un fenómeno complejo y variable, responde a una diversidad de factores y motivaciones, se manifiesta con patrones diferenciados según el lugar, la época y el medio social e involucra a todos los sectores de la sociedad. Sin embargo, la organización de la labor investigativa no responde a esa complejidad ni diversidad, sino que se estructura a partir de ciertos estereotipos del delito y del delincuente que, por lo general, llevan a una congestión del sistema con delitos menores y casos de delincuencia tradicional (robos, lesiones, homicidios, etc.).

La delegación casi absoluta de la investigación a las instituciones policiales, que son las que suelen fijar en forma predominante la agenda investigativa, ha operado en un sentido absolutamente inverso a los postulados de una política criminal racional, pues ofrece *una máxima intervención frente a los hechos menos lesivos* y una *mínima intervención frente a los más lesivos*.

La criminalidad oficial, es decir la que se denuncia o la que se inicia por impulso estatal, se nutre escasamente de delitos de cuello blanco, delitos de corrupción y abusos de poder, o casos de drogas y criminalidad organizada, y este dato responde no sólo a las dificultades que ofrece el conocimiento y la investigación de tales delitos, sino también a una débil vocación estatal por priorizar su persecución penal. Las instituciones policiales no suelen considerar entre sus cometidos la investigación de los delitos de corrupción y los organismos de control de la actividad estatal (sindicaturas o auditorías públicas, tribunales de cuentas o fiscalías de investigaciones administrativas), por lo general, tampoco suelen ser proveedores eficaces de casos importantes ni de investigaciones prejudiciales profundas⁷. Los medios de comunicación, en cambio, han jugado un papel muy importante en el develamiento de muchos casos de corrupción y han actuado como motores externos de la investigación estatal⁸.

d. La diversidad y complejidad a que aludimos impone al Ministerio Público la necesidad de definir ciertos lineamientos de política criminal que enmarquen y regulen la gestión de los fiscales, posibiliten la formulación de un planteamiento estratégico

ella, asimismo, representa una síntesis que reproduce el equilibrio dinámico entre la tendencia a la expansión y la tendencia a la reducción del protagonismo social del derecho penal” (pág. 157).

⁶ Bruzzone, Gustavo, “Fiscales y Política Criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio oral”, en la obra colectiva *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, pág. 158..

⁷ Esto asume mayor importancia en nuestro País y en otros de la región latinoamericana, donde la corrupción en modo alguno puede considerarse en niveles *fisiológicos* sino *patológicos*, para usar la atinada expresión de Perfecto Andrés Ibáñez (“*Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*”, pág. 11). En la misma línea, dice Luigi Ferrajoli que la generalización de la corrupción impide hablar de estado de derecho pues existe un doble estado, ya que detrás de la fachada legal y representativa de las instituciones, ha crecido “un infra-estado clandestino, dotado de códigos y tributos propios, organizado en centros de poderes ocultos e invisibles, cuyo fin fue la apropiación privada de la cosa pública” (en “*Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la crisis italiana y el rol de la magistratura*”, en *Rev. Pena y Estado* Nro. 1, pág. 114).

⁸ Confr. Cruz Castro, Fernando, “*La Investigación y Persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos*”, en *Rev. Pena y Estado*, Nro 1., pág. 87.

frente a la globalidad de los problemas, y permitan el trazado de objetivos o metas a partir de las posibilidades y dificultades reales existentes ⁹.

En este plano habrá que ver la forma como intervienen los distintos organismos que participan de las investigaciones, las dificultades internas y las de coordinación; los recursos humanos afectados a la investigación, su capacitación y las garantías de que disponen para desempeñarse con profesionalismo; los recursos materiales y tecnológicos con los que se cuenta y la utilidad concreta que proporcionan, etc. Todo esto supera las posibilidades de actuación de cada fiscal en forma individual, de modo que debe involucrar al Ministerio Público en su conjunto.

e. A su vez, frente a los asuntos concretos (casos individuales o grupos de casos), cada fiscal también puede y debe tener una *visión estratégica*, teniendo en cuenta la importancia y particularidades del caso. Si bien la investigación suele tener como objetivo aportar información para que el fiscal pueda formular una acusación, en otros casos ciertas pesquisas sólo aportan información para desestimar o archivar un caso, peticionar el sobreseimiento o aplicar alguna de las medidas alternativas previstas en el nuevo sistema. La diversidad de respuestas posibles exige niveles de información y fuentes diferentes, y ello repercute también en el desarrollo y duración de las investigaciones.

La acentuada preocupación por la *registro*, tan cara a los sistemas inquisitivos, ha conducido a una sobrevaloración de los soportes que contienen información, erigiendo al el *expediente* en un fin en si mismo. Esto distorsiona la investigación y, luego, desnaturaliza el juicio. Como explica Binder “cuando la investigación se hace rutinaria, se pierde uno de los objetivos básicos, cual es la necesidad de que existan *estrategias de investigación*, es decir, caminos más eficaces, según los casos, para encarar y lograr la preparación de la acusación” ¹⁰. Cada caso concreto ofrece alternativas para obtener información y la selección debe ser adecuadamente considerada.

2. ALGO MÁS QUE UN CAMBIO DE ACTORES.

a. Uno de los postulados del movimiento de reforma en Latinoamérica es “liberar al juez de la investigación” ¹¹, para que pueda actuar como un juez imparcial. La imparcialidad supone la existencia de un juzgador desinteresado, es decir que no esté vinculado con las personas que tienen intereses en el proceso, que no aparezca en posición de beneficiar o perjudicar a alguna de las partes, pero también implica que no haya “tenido antes una actuación funcional con aquellos alcances” ¹². Enseña Ferraioli que “la

⁹ El principal encargado de la tarea de *priorización* y de *fijación* de políticas de persecución penal debe ser “la máxima jerarquía del Ministerio Fiscal, que siendo independiente de los poderes del Estado, se halla de algún modo integrado a una política general de gobierno, y cuente con atribuciones suficientes para imponer la ejecución de aquellas a los fiscales inferiores, en el marco de la ley” (Cafferata Nores, José I, “La Investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional”, en Doctrina Penal, Año 1987, pág.678).

¹⁰ Binder, A., “Introducción al Derecho Procesal Penal”, pág. 237.

¹¹ Binder, Alberto M., “Política Criminal. De la formulación a la praxis”, pág. 174.

¹² Cafferata Nores, José I, *Proceso Penal y Derecho Humanos*, pág. 33. Sobre este tema también puede verse: Maier, Julio B., “Dimensión Política de un Poder Judicial Independiente”, en Nueva Doctrina Penal, año 1998-B, pág. 501; Superti, Héctor, “La imparcialidad de los Jueces”, en Rev. Derecho Penal No 8, ed. Juris, pág. 156;

separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto lógico y estructural de todos los demás”¹³. La garantía de la separación, prosigue, “representa por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzietà*) del juez respecto de las partes de la causa” y, por otra, “un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio”¹⁴.

En los modelos procesales de corte inquisitivo la actuación del juez de instrucción distorsiona todo el equilibrio del procedimiento, pues como apunta Maier se instala “*como amo y señor de ese período procesal*”, dominando a través de sus actas también las etapas siguientes, sobre todo el juicio, aunque en el no participe de cuerpo presente¹⁵. Esto último acontece por la *conversión automática* de las averiguaciones de la instrucción en prueba del juicio¹⁶.

b. El abandono de la instrucción formal del juez, y su sustitución por una investigación preparatoria a cargo del fiscal, tiene varias implicancias, entre ellas definir con claridad uno de los aspectos oscuros del modelo inquisitivo, como es el de la *carga de la prueba*¹⁷. Sobre esto no pueden quedar dudas de que la carga probatoria de la imputación corresponde al Ministerio Público, que es el titular de la acción y quien formula la acusación¹⁸.

Bruzzone, Gustavo A., “*Sobre la Garantía del Juez Imparcial*”, en Nueva Doctrina Penal, año 1996-B, pág. 541 y sigtes.; **De Luca**, Javier, “*El Principio del juez imparcial y el procedimiento penal nacional*”, en Nueva Doctrina Penal, año 1998-B, pág. 755; **Ceriani Cernadas**, Pablo, “*El derecho a un tribunal imparcial: ¿una cuestión de honor?*”, en Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?, t. I, pág. 123; **Armenta Deu**, Teresa, “*Principio Acusatorio y Derecho Penal*”, ed. J.M.Bosch, pág. 62 y sigtes, entre otros trabajos. En una posición contraria, recordemos a Carnelutti: “Lo que debe aclararse es que la instrucción, así como el debate, es ante todo función del juez, no de parte (...). En otros términos, adoptar para la instrucción el tipo inquisitorio o el tipo acusatorio, es cuestión que debe resolverse con mucha cautela. Pero está fuera de duda, que, si el ministerio público ha de intervenir en la instrucción, su figura no debe ser la de quien instruye, sino la de quien ayuda a instruir” (**Carnelutti**, Francesco, “*Poner en su puesto al Ministerio Público*”, en *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, pág. 216/7).

¹³ **Ferraioli**, Luigi, “*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*”, pag. 567. Esta separación “comporta no solo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación ‘con la consecuente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat iudex ex officio*’, sino también, y sobre todo, el papel de parte –en posición de paridad con la defensa- asignado al órgano de la acusación”.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ **Maier**, Julio B. “*Derecho Procesal Penal*”, vol II, pág. 362.

¹⁶ **Binder**, Alberto M. “*Introducción al Derecho procesal Penal*”, pág. 239. También **Trincheri**, W. R., “*La desnaturalización del juicio público*”, en Revista de las XVI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, 2003, pág. 118; **Herbel**, Gustavo Adrián, “*La investigación penal preparatoria del fiscal como forma de otorgar eficacia y garantías al sistema punitivo (Nuevo Código Procesal Penal Bonaerense)*”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, No 8 B ‘ 1998, pág. 697.

¹⁷ **Maier**, entre otros autores, sostiene que no se puede hablar en sentido estricto de carga de la prueba en el proceso penal: “en verdad, aquí se trata del funcionamiento de la regla in dubio pro reo en la sentencia, de modo tal que, no verificados con certeza todos los elementos que permitan afirmar la existencia de un hecho punible, el resultado será la absolución; y, de otra parte, no destruida con certeza la probabilidad de un hecho impeditivo de la condena o de la pena, se impondrá el mismo resultado. Y ello porque, según ya lo expusimos, el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara ...” (*Derecho Procesal Penal*, I, pág. 506/7). En igual sentido **Vanelli-Viel**, Renato Luis, “*Notas sobre la verdad y el procedimiento mixto*”, en Rev. ¿Más Derecho? No 3, pág.170.

¹⁸ Confr.: **Cafferata Nores**, José I., “*Cuestiones Actuales sobre el proceso penal*”, ed. 1997, pág. 64. Dice el autor que, “admitir que los jueces sean corresponsables (o principales responsables) de la prueba para destruir el estado de inocencia, probando la culpabilidad, significa ponerlos en riesgo de *parcialidad*, haciéndolos

Sin embargo, el cambio no puede entenderse como un mero cambio de actores. No se trata de que los fiscales hagan lo mismo que antes hacían los jueces; se trata de que investiguen de una manera distinta¹⁹. La transformación del modelo debe implicar además de la sustitución de actores, un cambio en la concepción de la investigación. La investigación de los modelos inquisitivos es “una actividad lineal, ritualista, rígida y muy formalizada, todo lo cual impide obtener mayores niveles de eficiencia, lo que se traduce, entre otras cosas, en un alargamiento del tiempo de duración de los sumarios y en un nivel importante de vulneración de derechos de los involucrados”.

La concepción del nuevo sistema pasa necesariamente por darle a la investigación verdadero carácter preparatorio del juicio, lo que exige concretarla con mayor rapidez y agilidad que en la actualidad, asumiendo que sus resultados tienen principalmente un *valor informativo* y no un *carácter probatorio*²⁰. El ámbito en el que se despliega la labor probatoria es el juicio²¹ y no la investigación; ésta sólo aporta los insumos para desarrollar aquélla, a través de la formulación de la acusación, o para la adopción de otras decisiones jurisdiccionales. Escapan a esta formulación los supuestos de *anticipos jurisdiccionales de prueba*, que son un mecanismo de excepción para aquellos casos en que no resulte posible esperar la realización del juicio²².

La investigación criminal es fundamentalmente *averiguación*, y como bien apuntaba Sentis Melendo “*la prueba es verificación y no averiguación*”²³; “es verificación de afirmaciones, formuladas por las partes, relativas en general a hechos y excepcionalmente a normas jurídicas, que se realizan utilizando fuentes que se llevan al proceso por determinados medios”²⁴. La investigación es una actividad más unilateral, mientras que la prueba, siguiendo a Ferrajoli, está presidida por la idea de *verificación-refutación*, que puede darse sólo en un contexto de plena vigencia del principio de contradicción²⁵. Binder también destaca que “el momento central de la verificación es el juicio”²⁶

coacusadores”. En la misma línea, expresa Ferrajoli que, la rígida separación de los actores en el modelo acusatorio “impide que esa carga pueda ser asumida por sujetos diversos de la acusación: ni por el imputado, al que compete el derecho opuesto de la refutación, ni tampoco por el juez, que tiene la función de juzgar libremente la fiabilidad de las verificaciones o refutaciones expuestas” (ob. cit. pág. 611).

¹⁹ Confr. **González Alvarez**, Daniel “*La Investigación preparatoria del Ministerio Público en el nuevo proceso penal costarricense*”, en Rev. Pena y Estado, Nro. 2, pag. 87.

²⁰ **Duce**, Mauricio – **Riego**, Cristian, “*Introducción al nuevo sistema procesal penal*”, pág. 116.

²¹ Dice **Binder**: “el juicio es, pues, el *momento de la prueba*, en un sentido sustancial. Lo anterior no es sino la recolección de los elementos que servirán para probar la imputación en el juicio; ese es, precisamente, el sentido de las palabras preparatorio de la acusación” (*Introducción al Derecho Procesal Penal*, pág. 238)

²² También **Trincheri**, W.R “*La desnaturalización del juicio público*”, en Revista de las XVI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, 2003, pág. 118.

²³ **Sentis Melendo**, Santiago, *La Prueba, Los grandes temas del derechos probatorio*, pág. 12. En la nota 4 de la pág. 11, comenta el origen histórico de la confusión entre las expresiones *averiguación* y *verificación*, analizando los textos castellanos y latinos de las Leyes de Partidas. Véase también págs. 79 y sigtes.

²⁴ *Ibidem*, pág. 16.

²⁵ **Ferrajoli**, L., *Justicia y Razón*, 118 y 605.

²⁶ **Binder**, A. M., “*El incumplimiento de las formas procesales*”, pág. 71. Dice: El principio de centralidad del juicio como momento de verificación y sus bases estructurales constituyen la piedra angular de todo el sistema de garantías procesales. Todas ellas forman parte de una teoría del juicio, cuya función es explicar el funcionamiento de las garantías y favorecer su desarrollo. Establecer los requisitos verificables del acto punible (teoría del delito), fijar las condiciones de verificación (teoría del juicio) y regular el ingreso y utilización de la información (teoría de la prueba) constituyen el trípode conceptual del sistema de garantías ...” (pág. 71).

c. La investigación, como dice Binder “es una actividad eminentemente creativa; se trata de superar el estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre”²⁷. Sin embargo, la realidad nos suele mostrar que “lo que debería ser una actividad creativa se ha convertido en una *actividad rutinaria*, en una simple acumulación, más o menos mecánica, de hojas que transcriben actas”²⁸. Este fenómeno de burocratización de la investigación, de anquilosamiento, es una consecuencia del escriturismo y de la cultura inquisitiva.

3. SELECCIÓN, SIMPLIFICACIÓN Y FLEXIBILIDAD.

a. Un aspecto crucial para un sistema de justicia, generalmente desatendido por las instituciones que lo integran y fuente de innumerables problemas de gestión, es el *flujo de casos* que recibe y que procesa, y con la forma como se produce la *selección e intervención* del Estado. En la medida que no exista una política de control del flujo de casos que le permita dominar la carga de trabajo, afirma Duce, “resulta difícil que pueda operar dentro de parámetros mínimos de racionalidad y calidad” y que pueda desarrollar “actividades productivas de investigación”²⁹.

La imposibilidad material de las agencias judiciales de intervenir eficazmente frente a todos los asuntos que llegan al sistema, como hemos destacado en otro trabajo³⁰, refuerza la “selectividad estructural del sistema penal”, favoreciendo ámbitos donde se puede ejercer con un alto grado de arbitrariedad el poder penal. Por esta razón la selección se produce de los modos más diversos³¹, dependiendo de la estructura de la agencia judicial y aún de las características del funcionario o empleado en quien se ha delegado (legal o ilegalmente) la función, siempre de un modo ajeno a cualquier política criminal razonable. Mientras unas causas avanzan con cierta celeridad otras quedan estancadas, prescriben, o llegan a juicio con insuficiente andamiaje probatorio. Al no existir control, la selección se hace en forma “*caótica, informal e irracional*”³².

²⁷ Binder, Alberto M., “Introducción ...”, pág. 236-37. Para entender esa esencia debiéramos recordar la bella expresión atribuida a Eisten, para quien “*más hermosa que la verdad es la búsqueda de la verdad*”.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Duce, Mauricio, “*El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios*”, pág. 12 y 13.

³⁰ Mendaña, Ricardo J., “*Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad*”, en Rev. Cuadernos de Derecho Penal, publicación del Instituto de DP y DPP del Colegio de Abogados de Neuquen, N° 1, pág. 119.

³¹ Explica Maier que “el proceso de selección comienza por los canales de información del sistema. La víctima o, en menor medida, los denunciantes que carecen de esa característica, principales fuentes de información, colocan el primer gran filtro, bien por falta de interés en la persecución o, incluso, por desconocimiento de haber sido afectados por un delito (piénsese, por ej., en la estafa de seguro). La información propia del sistema, generada por la policía, depende de decisiones políticas acerca de la utilización de los medios de que dispone, para combatir cierto tipo de delincuentes: tómese, por ejemplo, el tránsito o las drogas, áreas a las cuales, generalmente, se aplica con mayor vehemencia la observación judicial. Pero el proceso de selección continúa, ya conocido el hecho, a través de los operadores del sistema penal. Así, se encadenan el rechazo de la información por parte de quienes deben recibirla, la cifra de los procesos con autor desconocido, el bajo porcentaje de hechos aclarados o descubiertos ... y de allí en más, la selección de los que, entre ellos, arriban a una condena” (*Derecho Procesal Penal*, t. I, pág. 833).

³² Guariglia, Fabricio, “*Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad*”, en Doctrina Penal, Año 1993, pág. 185. Véase también: Martínez, Santiago, “*Algunas Cuestiones en torno a los Principios de legalidad y oportunidad*”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal

Además, como destaca Klass en un reciente trabajo, a través del esquema basado en la obligatoriedad de la persecución penal “el Estado se desentiende de la víctima y de sus necesidades para volcar –como dijimos (dice), con nulo éxito- su actividad a reprimir al autor del hecho, antes que componer la situación alterada por el ilícito o resarcir el daño causado”³³.

Una de las formas de revertir este cuadro de situación, es abandonando el principio de oficiosidad, también llamado principio de legalidad procesal, y receptando los denominados *criterios de oportunidad*. La doctrina se ha expresado mayoritariamente a favor de su adopción, aún cuando subsistan algunas calificadas opiniones contrarias³⁴, y la Reforma Procesal Penal latinoamericana lo plantea entre sus ejes principales³⁵.

Con ello se pretende la sustitución de prácticas arbitrarias, irracionales o viciosas, por decisiones controlables, razonablemente fundadas en motivos establecidos en la ley procesal; pero también se procura dar sustento normativo a ciertos procedimientos de resolución de conflictos que se producen en la realidad al “margen” de la ley (conciliación extraprocesal, acuerdos de reparación, etc.) y, fundamentalmente, devolverle a la víctima el protagonismo en la solución del conflicto³⁶.

Además, tiene efectos muy importantes en el plano de la investigación criminal pues, en la medida que se apliquen en forma temprana y se asocien con otras salidas alternativas, liberan recursos para la investigación de los casos más importantes que ingresan al sistema.

b. Sin embargo, no alcanza con despejar el campo de la investigación, ofreciendo y aplicando otras respuestas institucionales a un segmento de los casos que reclaman la intervención del Ministerio Público, es igualmente necesario priorizar la investigación sobre el trámite, para que no pase lo mismo que con la instrucción de los sistemas inquisitoriales³⁷. La *simplificación, deformalización y flexibilidad* deben ser la regla en la etapa de investigación preparatoria. Ello es básico, si se procura cumplir con el postulado

Nº 14, pág.522. Al respecto, dice **Maier**, “ya se produzca esta selección o inconscientemente, lo cierto es que ella escapa a todo control jurídico y político, por los órganos de decisión de la justicia penal o por los que detentan el poder político, según criterios transparentes y razonables” (ob.cit. pág. 833)

³³ **Klass**, Ricardo J., “*La obligatoriedad de la Persecución Penal*”, en L.L., del 16 de julio de 2004, pág. 2.

³⁴ **Ibáñez**, Perfecto A., “*Por un Ministerio Público dentro de la legalidad*”, en Nueva Doctrina Penal, 1998-B, pág. 458. Dice el autor: “detrás del principio de legalidad está la aspiración de que toda infracción penal tenga una respuesta adecuada” y resulta “aparte de metodológicamente incorrecto, políticamente inaceptable poner en la cuenta del principio de legalidad lo que sean derivaciones directas de un específico tratamiento del mismo, que podría o incluso debería ser otro”. Y agrega: “...hay que insistir, ni el principio de obligatoriedad de la acción penal –racionalmente entendido- es la causa de todos los males de aquella (la justicia penal); ni la oportunidad el *curasana* de los mismos” (pág. 460). Véase también **Schmidt**, Eberhard, *Derecho Procesal Penal*, pág. 223 y **Ferrajoli**, ob.cit., pág. 568.

³⁵ Véase **Stippel**, Jörg y **Marchisio**, Adrián, “*Principio de Oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*, Ad-hoc.

³⁶ **Horvitz Lennon**, María I., “*Ministerio Público y selectividad*”, en Rev. Pena y Estado Nº 2., pág. 114.

³⁷ Herbert advierte los problemas planteados sobre este punto precisamente en la reforma bonaerense y como influye la saturación del sistema, por ausencia de criterios de racionales de selección, en la pérdida de agilidad y en un retorno al formalismo del sistema (**Herbert**, Gustavo A., “*La investigación penal preparatoria del fiscal como forma de otorgar eficacia y garantías al sistema punitivo (nuevo Código Procesal Penal bonaerense)*”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal Nº 8, pág. 694 y sigtes.)

de la centralidad del juicio y si, además, se busca llegar al debate en condiciones satisfactorias como para responder con las exigencias del juicio propio de los modelos adversariales³⁸.

Lamentablemente, los Ministerios Público reformados han mostrado una clara tendencia a repetir los modos de trabajo de los jueces de instrucción y no han mostrado capacidad para dinamizar la investigación de un modo efectivo, ni para aplicar criterios de gestión auténticamente innovadores.

El valor informativo de los resultados de la investigación (preparatoria) impone como correlato que no existan reglas rígidas sobre los procedimientos o modos de acumulación de la información. La informalidad y flexibilidad, comentan Duce y Riego, “permiten que el Ministerio Público pueda organizar el trabajo de los fiscales con plena libertad, pudiendo este ser individual y colectivo, especializado o no especializado y, en general, estableciendo y modificando las rutinas de trabajo y la distribución interna de la organización sin mayores restricciones”³⁹

4. DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POLICIAL.

a. La Policía suele tener a su cargo el cumplimiento de dos funciones básicas, la función de seguridad o de prevención de la criminalidad y la función judicial o de investigación de los delitos⁴⁰. Los Códigos procesales y, en muchos casos, también las leyes orgánicas, regulan las facultades con las que cuentan los funcionarios y empleados policiales para cumplir la investigación preliminar, es decir el rol de auxiliares de los fiscales y jueces. Se trata de funciones conceptual y operativamente diferenciables, que responden a lógicas diversas⁴¹; sin embargo, ordinariamente, tal como señala Maier, “la

³⁸ Dice **Binder**: “la idea de flexibilización es más amplia que la de simplificación, aunque la incluye. En el proceso inquisitivo, la sacralidad del trámite implica un solo camino, una sola vía de tratar el caso, de carácter ritual. Frente a ello el proceso penal, como ámbito de juego debe establecer diversas modalidades posibles, todas ellas marcadas por la idea de juego limpio e igualdad de armas (...) Este concepto no afecta la necesaria rigidez de las formas que acompañan a las garantías, ni la idea primera de legalidad del proceso. Afecta a la idea de lo ritual y lineal del trámite, que surgen de las condiciones de la palabra escrita y la producción de textos” (en “Diez tesis sobre la reforma de la justicia penal en América Latina”, en Rev. Contribuciones, Fundación Konrad Adenauer nro. 3/1996, pág.12, nota 11).

³⁹ *Introducción ...*, pág. 117-8.

⁴⁰ Esto sin desconocer que las actuales concepciones sobre la Policía complejizan la cuestión. Al respecto, puede verse **Duce**, Mauricio y **González**, Felipe, “Policía y Estado de Derecho: problemas en torno a su función y organización”, en Rev. Pena y Estado, N° 3, pág. 51 y sigtes. Dicen los autores: “por un lado, es posible distinguir una primera concepción que visualiza a la función policial como destinada básicamente a la lucha contra la criminalidad y consiguientemente a la Policía como una agencia estatal destinada en forma preponderante a la ejecución de las normas penales. Por otro, existe una concepción que pretende dar un sentido más amplio al papel policial, entendiéndolo a la Policía como una agencia estatal encargada de la solución de una gama más amplia de conflictos sociales, que básicamente se caracterizan por causar perturbación en la ciudadanía y que no necesariamente corresponden a lo que se conoce como una infracción penal” (pág. 56). También, **Goldstein**, Herman, “La nueva orientación policial: confrontando la complejidad”, en la misma revista, pág. 117; **García-Pablos de Molina**, Antonio, “Policía y Criminalidad en el estado de derecho”, en Doctrina Penal, 1991-A, pág. 40 y sigtes.

⁴¹ Señala **Ferrajoli** que las diferencias entre los usos policiales y los judiciales “justifica la separación entre las dos funciones”; la policía es “una función político-administrativa, prácticamente informada por la prioridad del resultado respecto de los medios para conseguirlo, los cuales, a su vez, son prioritarios en la actividad

*actividad preventiva y la de investigación o judicial conviven confundidas en un mismo cuerpo de funcionarios y, también, en un mismo funcionario, con competencia para ambas funciones*⁴².

La “*promiscuidad funcional*”, apunta Rusconi, provoca serios obstáculos para el desarrollo de un sistema eficaz y garantista de investigación criminal; primero, por que la “tendencia autoritaria proveniente de la actividad preventiva invade a menudo las tareas de investigación procesal”; segundo, porque “las actividades preventivas arrastran a las funciones investigativas aumentando el nivel de autonomía en relación con el control del Ministerio Público Fiscal y de la función jurisdiccional”⁴³.

El papel que ocupa la Policía en el proceso penal es muy importante y eso suele explicar la fuerte tentación de control que suele animar a los gobiernos⁴⁴. Y cuando esto sucede, la autoridad judicial queda subordinada al poder ejecutivo, pues de facto la policía dispone de la autoridad judicial orientando el trabajo de ésta⁴⁵. Además, frente a situaciones de tensión o de conflicto, como destaca Pérez Martínez, es frecuente que la autoridad policial “atienda preferentemente los requerimientos de dicha autoridad frente a las pretensiones de legalidad del juez”⁴⁶.

El Ministerio Público puede jugar un rol muy importante en esta materia, aportando legalidad a la actividad policial y protegiendo la independencia de los órganos jurisdiccionales, muchas veces jaqueada por la subordinación de la Policía, aún en su función judicial, a los criterios políticos de las autoridades gubernativas. Conviene tener presente las enseñanzas de Ferrajoli, cuando dice: “podemos tener un proceso penal perfecto, pero será siempre poca cosa si el monopolio judicial del uso de la fuerza contra los ciudadanos no es absoluto y si existe una fuerza pública que actúa sin vinculaciones legales”⁴⁷.

Por esto, además del fortalecimiento de los controles sobre la función policial, hay que trabajar muy fuertemente en una separación nítida de las tareas de

judicial: que es, además, el rasgo distintivo antes dilucidado de la lógica política de la razón de estado respecto de la jurídica del estado de derecho y, en particular, de la jurisdicción” (“*Derecho y Razón ...*”, pág. 825)

⁴² *Derecho Procesal Penal*, t. II, pág. 409.

⁴³ **Rusconi**, Maximiliano, “*Reformulación de los sistemas de justicia penal en América Latina y Policía: algunas reflexiones*”, en *Rev. Pena y Estado* N° 3, pág. 194. Sozzo también alude a esta promiscuidad, a la que entiende como “un juego de intersecciones” entre los dos campos o complejos de actuación policial. El autor, además, analiza la proximidad entre algunas técnicas de intervención preventiva (por ej. detenciones por averiguación de identidad o de antecedentes, o las detenciones por contravenciones o faltas policiales) con otras de naturaleza represiva (aprehensión en flagrancia) (**Sozzo**, Máximo, “*Policía y Prevención del Delito en la Argentina. Notas para una historia del presente*”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* N° 15, pág. 381).

⁴⁴ **Pérez Martínez**, Roberto, “*La policía judicial en el Estado Democrático de derecho*”, en *Rev. Pena y Estado* N° 3, pág. 165. Dice el autor: “el diseño de un sistema procesal penal donde la función jurisdiccional esté condicionada por la autoridad gubernativa que dirige a todos los efectos un órgano de imprescindible utilización como lo es la policía judicial, no puede considerarse, como hemos visto, acorde a los postulados del Estado democrático de derecho y provoca un verdadero desapoderamiento del poder judicial”.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Acerca del panorama de las policías latinoamericanas en relación a la investigación criminal, puede verse el segmento “*Debates*” de la *Rev. Pena y Estado* N° 3, pág. 343 a 393.

⁴⁷ **Ferrajoli**, ob. cit., pág. 764.

investigación de las que son propiamente de control de la criminalidad, para acabar con “el reino de la promiscuidad funcional” al que alude Rusconi ^{48 y 49}.

b. Por otra parte, nos parece oportuno remarcar la necesidad de reflexionar, con más hondura de la que permite este trabajo, en un tema que suele aparecer sólo insinuado en los procesos de transición al sistema acusatorio, y es acerca de si los fiscales deben estar a *cargo de la investigación* o *cargo de la dirección de la investigación*.

Para un sector de la doctrina, el Ministerio Público debe ocupar un lugar intermedio entre los funcionarios de la investigación y la jurisdicción⁵⁰, como una *interfase*⁵¹ admitiendo que investigue directamente como una práctica supletoria “en aquellos casos en que la Policía no quiera o no pueda practicar estos actos de investigación”⁵². Otros autores pretenden más, pues sostienen que “el fiscal debe realizar y dirigir la investigación, es decir, debe dejar el escritorio y las actas para colocarse al frente de la investigación”⁵³. Incluso, no faltan quienes plantean la conveniencia de suprimir la autonomía investigativa de la Policía, planteando la necesidad que sus funcionarios actúen sólo con impulso o autorización fiscal⁵⁴.

⁴⁸ **Rusconi**, Maximiliano, “Reformulación ...”, pág. 196.

⁴⁹ Schöneman tiene una posición distinta. Dice que “el esclarecimiento de un delito cometido y la prevención de delitos futuros han estado siempre en una estrecha relación, la cual, a través de las formas modernas de la criminalidad organizada, han ido transformándose, en definitiva, en algo completamente inseparable: esclarecimiento del pasado y prevención para el futuro deben ser intentados aquí, por regla general, a través de las mismas acciones y estrategias, como se muestra quizás más claramente con la figura del agente encubierto ...” (**Schüneman**, Bernd, “La Policía alemana como auxiliar del Ministerio Fiscal: estructura, organización y actividades”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 12, pág. 99). El autor destaca que en relación a la criminalidad organizada, debe reconocerse una “supremacía de la actividad preventivo-policial, la cual suministra un esclarecimiento procesal penal de los delitos cometidos, por decirlo así, como un *subproducto* de esa actividad preventiva” (pág. 104).

⁵⁰ **Gossel**, Karl-Heinz, “Reflexiones sobre la situación del Ministerio Público en el Procedimiento Penal de un Estado de Derecho y sobre sus relaciones con la Policía”, en Doctrina Penal, año 1981, , pág. 651. Y agrega: “debido a su función de vigía, el ministerio público debe examinar las investigaciones que practica otro funcionario del poder ejecutivo, conforme a criterios de justicia material, y así tomar su decisión sobre la acusación o el sobreseimiento y pretender luego la correcta decisión sobre el hecho acusado. Sólo así el ministerio público recibe su verdadera posición como órgano estatal para la defensa de la voluntad estatal dirigida a la realización de la justicia material en el procedimiento penal: igualmente distanciada de los órganos de investigación y juzgamiento, controlándolos, él establece la unión entre ambos, y evita así que el esfuerzo utilitario de los funcionarios de la investigación y el esfuerzo por la justicia de los tribunales choquen unos contra otros sin un filtro intermedio”

⁵¹ **Binder**, A. M., “Política Criminal. De la formulación a la praxis”, pág. 144.

⁵² *Ibidem*. Una opinión coincidente puede verse en **Maier**, cuando expresa que “en los delitos comunes, propios de la Policía, el MP va a ser una especie de intermediario entre el Juez y la Policía al realizar el primer examen de legalidad del procedimiento realizado; puede cumplir un papel importante en ese sentido. En los delitos más sofisticados, en cambio, el MP va a ser todo un personaje desde el comienzo” (en, *El Ministerio Público en el proceso de Reforma penal de América Latina*. Entrevista de Mirna **Goransky**, en Pena y Estado, año 2, N° 2, pág.177).

⁵³ **González Alvarez**, Daniel, “La Investigación preparatoria del Ministerio Público en el nuevo proceso penal costarricense”, en Rev. Pena y Estado Nro. 2, pág. 84. Por su parte, Ricardo **Membreño** sostiene que “no es necesario que los fiscales hagan el trabajo técnico de los policías”, aunque “deben jugar un papel más protagónico en cuanto a la persecución del delito” (“Comentario a las sentencias 2-E-96-R y 2-C-96-R de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, relacionadas con la dirección funcional de la Fiscalía General de la República sobre la Policía Nacional Civil en la investigación del delito”, en Pena y Estado N° 3, pág. 401).

⁵⁴ Roxin expresa que “el significado del ministerio público reside en el *control sobre la policía, inherente al estado de derecho*, que él debe ejercer” e invoca las contundentes expresiones de **Savigny**, quien propiciaba que la policía criminal sea puesta en manos del Ministerio Público y le sea concedido un imperio material sobre todos sus funcionarios, de tal manera que éstos estén obligados a subordinar su actividad de policía

Más allá de estas posiciones y de sus matices, en el marco de los sistemas acusatorios, no se discute que la investigación ejercida en forma autónoma o delegada por la Policía debe ser dirigida y controlada por los fiscales, y es lo que justifica el conjunto de normas que imponen la obligación de comunicar el inicio de una investigación policial a los fiscales ⁵⁵.

La “*supremacía fáctica*” ⁵⁶ u operativa de la Policía debe encontrar un equilibrio en la actividad controlante del ministerio público ⁵⁷. Al Ministerio Público, destaca Maier, “*como señor de la investigación preliminar y de la persecución penal estatal*”, le corresponden varias tareas de máxima importancia, entre ellas el control inicial sobre la actividad policial, tarea que si “puede sintetizarse como la de guardián de la ley –o de la legalidad de los actos de investigación- y que resulta de importancia en aquellos hechos punibles en los cuales la policía interviene y seguirá interviniendo en primer lugar” ⁵⁸.

Esta misión puede representar un valioso aporte a la consolidación de los estados democráticos, pues - apunta Elbert – “el problema central e insoluble de nuestros sistemas penales ha sido - y continúa siendo- *la imposibilidad de estructurar policías realmente subordinadas al control judicial*, en la investigación de los hechos criminales” ⁵⁹.

c. La relación con las instituciones policiales, cualquiera sea el modelo procesal que rija, suele ser tensa y problemática. El cambio procesal, por otro lado, plantea un nuevo escenario para esa relación y a un actor principal, que es el Ministerio Público. La dirección funcional asignada a éste suele entrar en colisión con los criterios y formas de organización administrativa de las fuerzas de seguridad, mucho más en organizaciones que asumen las funciones de policía de seguridad y policía de investigaciones. Se trata de instituciones que tienen historias, valores y una cultura organizacional diferentes, que las hace refractarias a estos cambios en muchos casos.

Por otra parte, es razonable suponer cierto grado de resistencia en cualquier organización frente a la aparición de una nueva forma de control atribuido a otra institución. A ello se agrega otro hecho gravitante, y es que los procesos de reforma procesal, generalmente no han sido acompañados por cambios sustanciales y planificados

criminal a la autoridad del fiscal, a satisfacer sus instrucciones en este sentido y, donde él intervenga, a apartarse de una intervención autónoma. Precisamente en las operaciones de los funcionarios de policía preliminares a una investigación subyace el peligro cercano de una lesión jurídica, y la experiencia enseña como, no raramente, los agentes de policía de menor jerarquía son los responsables de tales lesiones jurídicas, en perjuicio de una persona afectada” (Roxin, Claus, “*Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*”, en la obra colectiva *El Ministerio Público en el proceso penal*, pág. 41 y 42).

⁵⁵ Es interesante la definición acerca de “*dirección funcional*” adoptado en El Salvador: “Se entiende por dirección funcional, el ejercicio de las facultades que le corresponden al Fiscal General de la República orientadas a dirigir, promover, supervisar e intervenir en todas las actuaciones de investigación de los diferentes delitos y coordinar y decidir sobre la remisión de lo actuado a las autoridades judiciales” (véase en el trabajo de Membreno citado precedentemente).

⁵⁶ La historia muestra muchos ejemplos de como las funcionarios policiales terminan *apoderándose* por completo de la investigación. Shüneman alude a estos ejemplos y destaca como la policía “avanza de auxiliar a dueña secreta del procedimiento penal” considerando diversas situaciones en las que se aprecia el *predominio policial* (Shuneman, ob.cit., págs. 101, 111 y 122).

⁵⁷ Confr. Gossel, ob. cit. pag. 652.

⁵⁸ Maier, ob. cit. pag. 432.

⁵⁹ Elbert, Carlos A., “*Ideología, corrupción y excesos policiales*”, en Rev. Pena y Estado N° 3, pág. 69.

de las organizaciones policiales, ni éstas han tenido una participación relevante en la transformación del procedimiento.

Sin embargo, ni aquellos rasgos diferenciales ni los obstáculos apuntados, deben asumirse como condicionantes fatales de la relación entre el Ministerio Público y la Policía. Es posible encontrar formas de comunicación y de cooperación altamente satisfactorios, y es posible que la Policía se sume activamente motorizando también los cambios del sistema de justicia.

El Ministerio Público debe considerar adecuadamente la capacidad de intervención de la Policía frente a los casos de criminalidad, dada por su extendida presencia territorial, la amplitud de su cobertura en el plano temporal, el volumen de información que recibe y administra, los medios de que dispone y la experiencia de campo en el trabajo investigativo. La Policía, por su parte, puede aportar mucho a la persecución penal y el Ministerio Público debiera ser el interlocutor más calificado de las Policías en relación a los asuntos que ingresan al sistema de justicia. Los fiscales pueden actuar, para utilizar la gráfica expresión de Duce, como verdaderas *bisagras* entre el mundo policial y el mundo judicial, o sea como un puente de plata para transformar la información obtenida en la investigación policial en un caso judicialmente sustentable y ganable”⁶⁰.

5. CAPACIDAD AUTÓNOMA DE INVESTIGACIÓN.

Por otra parte, es un dato incontestable de la realidad de que ciertos segmentos de la criminalidad no son considerados por las agencias policiales; a raíz de ello, es responsabilidad del Ministerio Público contar con cierta capacidad propia para identificar, investigar y perseguir la criminalidad no tradicional, si es que pretende cumplir con su función de promotor de la justicia y la legalidad⁶¹. En este sentido, Maier plantea que en los hechos de mayor complejidad, en los que la Policía suele carecer de aptitudes, la fiscalía debe “desarrollar su capacidad autónoma de investigación y la policía, ordinariamente, le servirá de auxiliar, sobre todo cuando sea necesaria la utilización de la fuerza pública”⁶².

Un lugar central lo ocupan los delitos de corrupción, pues como explica Fernando Cruz Castro, la corrupción “forma parte de un sistema político oculto”, que no suele posibilitar acciones reales y efectivas que le pongan límite⁶³ y ofrece complejidades de toda naturaleza. Como decía Montesquieu, el poder “llega hasta donde encuentra límites”.

Además de las condiciones de independencia y fortaleza institucional que debe tener el Ministerio Público, es necesario contar con investigadores con alta

⁶⁰ Ob. cit., pág. 15.

⁶¹ Acota Carlos **Arias Núñez**, fiscal general de Costa Rica, que “el crimen organizado, la corrupción política, el delito económico y el lavado de dinero, entre otros, exigen sin duda alguna un Ministerio Público protagónico en la investigación, sobre todo frente a una de las características más perniciosas en estos delitos como es la denuncia formal y la *permissividad* de algunos sectores” (En “*La organización del Ministerio Público para una investigación eficiente*”, Rev. del Ministerio Público, Nro. 7, pág. 78).

⁶² Pág. 432.

⁶³ Ob.cit. pag. 84.

capacitación profesional (detectives, contadores, analistas de sistemas y otros expertos), fuentes de información adecuadas (acceso a registros públicos y privados), métodos apropiados y mecanismos de cooperación regional. También es importante, como apunta Baigún, “la interrelación que debe existir entre el Ministerio Público –en ese ámbito específico del control- y ciertos órganos administrativos pertenecientes al poder administrador”⁶⁴. Finalmente, es deseable que existan mecanismos que posibiliten la participación y cooperación ciudadanas, facilitando la presentación de denuncias y testimonios, brindando una protección adicional a estas fuentes y, en su caso, permitiendo el ejercicio de la acción popular, que puede cumplir un valioso control del Ministerio Público, aportando mayor transparencia al sistema.

6. SISTEMAS DE INFORMACIÓN Y SISTEMAS DE INVESTIGACIÓN.

a. Uno de los problemas mas serios que ofrece la investigación criminal en la actualidad es la *fuerte tendencia a la dispersión de los datos* relevantes para orientar la labor investigativa y la *extraordinaria lentitud* de los sistemas tradicionales para el recupero, análisis y comparación de información básica.

Existen infinidad de registros públicos y privados (electoral, reincidencia, automotores, armas, teléfonos, tributarios, servicios, obras sociales, etc.) pero su accesibilidad suele estar condicionada por trabas burocráticas y por sistemas de comunicación poco ágiles. A su vez, las unidades o cuerpos policiales dedicados a la investigación criminal, no se han preocupado por la construcción de *bancos de datos* con información específica para la labor investigativa (por patrones delictivos o *modus operandi*, huellas dactilares, restos biológicos, etc.).

El mejoramiento de la accesibilidad de los registros existentes y la disponibilidad de fuentes propias con información sistematizada, constituyen elementos necesarios para resolver la atomización de la extraordinaria información que caracteriza las sociedades modernas.

b. Por otra parte, es indispensable organizar y articular todos los actores institucionales y los recursos destinados a la búsqueda de información para los casos criminales⁶⁵. Las falencias por lo general afectan la investigación de la criminalidad convencional, pero se hacen aún más graves en relación a la criminalidad organizada y no convencional⁶⁶.

La organización federal de la Argentina, hace más complejo el panorama, pues coexisten múltiples fuerzas policiales y de seguridad que se ocupan de casos criminales, además de una pluralidad de unidades de policía científica o criminalística,

⁶⁴ Baigún, David, “El Ministerio Público y los órganos administrativos de control”, en Rev. Pena y Estado N° 2, pág. 213.

⁶⁵ Ledesma, Angela E. “Eficacia de la Persecución Penal”, en Rev. de las XVI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, 2003, Pág.16.

⁶⁶ Binder viene diciendo desde bastante tiempo atrás que “la tarea urgente consiste en reorganizar el sistema de investigación en creativa y dinámica, salvo, claro está, que sigamos mintiéndonos a nosotros mismos considerando que los únicos delitos son los hurtos, algún robo, la violación y el homicidio” (*Política Criminal: de la formulación a la praxis*, pág. 177).

direcciones de medicina forense, bioquímica y toxicología, gabinetes contables, informáticos, etc. Muchos de estos estamentos trabajan sin comunicación directa ni coordinación, con modelos de gestión altamente burocratizados, constituyéndose en actores poco efectivos de los sistemas de investigación, pues no aprovechan bien los recursos (que también suelen ser insuficientes), no prestan los cuidados necesarios a la cadena de custodia de las evidencias y, en ocasiones, causan destrucción de material sensible.

Una primera mirada sobre los componentes del sistema, nos permite reconocer las unidades de investigación policíaca (de campo, o de tipo detectivesco) y, por otro, las unidades de investigación forense o de policía científica. Las primeras, suelen contar con escasa formación específica y deben desplegar tareas administrativas, de prevención del delito y de investigación, cada una de ellas con exigencias y urgencias de difícil armonización. Las segundas, por lo general poseen equipamientos precarios y tecnológicamente obsoletos, útiles sólo para requerimientos simples en materia bioquímica, química, balística, etc., pero sin posibilidades de efectuar indagaciones más sofisticadas sobre muestras de casos criminales, o estudios sobre fauna cadavérica, polen u otras sustancias, etc. Las divisiones vinculadas con delitos complejos y delitos económicos, tampoco cuentan con profesionales y técnicos adecuadamente formados, ni equipamiento de última generación y menos métodos de trabajo satisfactorios, por lo que sus prestaciones suelen representar magros aportes a la investigación.

Un punto de partida insoslayable es hacer un adecuado relevamiento de los recursos disponibles en cada Estado, Provincia o Región en las áreas aludidas y definir los segmentos técnico-científicos que se deben desarrollar con recursos propios y que otras pueden incorporarse a través de formas contractuales, convenios con otras agencias estatales (ej. divisiones de investigación federales o de otras provincias, universidades, laboratorios estatales o privados, etc.) y emprendimientos intersectoriales o interprovinciales. Otro aspecto digno de atención, se relaciona con la necesidad de pautar las formas de intervención o de establecer protocolos de actuación. Si no se hace una inversión fuerte en tecnología y en capacitación de los profesionales y técnicos de la investigación, resultará difícil conformar verdaderos “sistemas de investigación”, que superen las formas artesanales con las que se lleva adelante la investigación en nuestro medio⁶⁷.

c. Otro de los problemas que debe enfrentar el Ministerio Público es todo lo relacionado con la *cadena de custodia* de la evidencia, responsabilidad que hasta ahora ha quedado en manos de los órganos jurisdiccionales penales, que ha demostrado una manifiesta tolerancia e indulgencia con la falta de los cuidados debidos.

Suele entenderse por cadena de custodia “el conjunto de etapas o eslabones desarrollados en forma científica y legítima en una investigación judicial con el fin de a) evitar la alteración (o destrucción) de los indicios materiales al momento (o después) de su recopilación, y b) dar garantía científica plena de que lo analizado en el laboratorio forense

⁶⁷ Una especial referencia a los delitos complejos, puede encontrarse en el trabajo de Ángela E. Ledesma, “*Procesos Penales Complejos*”, publicado el libro de ponencias de XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, T II, pág. 563. Una versión nueva y ampliada de la autora, con el mismo título, se publicará en el N° 1 de la *Revista Pensamiento Penal del Sur*, ed. Fabián Di Plácido.

(o presentado en juicio), es lo mismo recabado (o decomisado) en el propio escenario del delito (o en otro lugar relacionado con el hecho”⁶⁸.

En definitiva es vital asegurar la autenticidad de la evidencia desde la adquisición a la finalización del juicio, para lo cual es necesario reconocer y atender los momentos importantes, en especial los siguientes: *extracción o recolección* de la evidencia, *preservación, empaque, individualización o etiquetado, traslado, depósito y entrega* a los profesionales u órganos correspondientes. Cada una de estas etapas o momentos requiere técnicas específicas, de acuerdo al escenario de los hechos, las condiciones climáticas, la naturaleza de la evidencia, su cantidad, condiciones y degradabilidad, etc. . Además, de similar importancia es la implementación de un registro de las etapas y de las personas que han estado en contacto con la evidencia (policías, peritos, funcionarios judiciales, etc.).

7. OBJETIVIDAD Y LÍMITES DE LA INVESTIGACIÓN FISCAL.

a. Las normas que regulan la organización del ministerio fiscal, suelen consagrar el principio de *objetividad*, cuyo contenido no resulta de fácil de precisión. Una interpretación posible, esgrimen Duce y Riego, “es entender que el contenido de este principio resulta equivalente o muy cercano al de imparcialidad, lo que impone a los fiscales la obligación de actuar como magistrados neutrales de persecución penal que investigan y agotan todas las hipótesis posibles de investigación, tanto para la persecución como para la defensa”^{69 y 70}.

No obstante, al amparo del sistema inquisitivo, la vigencia de este principio ha resultado en gran medida una ficción y ha desmejorado la posición del imputado en el proceso, por el relajamiento del control de los órganos jurisdiccionales⁷¹. En atención a ello, Duce y Riego proponen explorar alcances concretos para perfilar con mayor nitidez el principio. Uno de los aspectos a considerar, tiene que ver con la investigación de aquellas hipótesis de exclusión o atenuación de la responsabilidad del imputado que posean algún tipo de sustento⁷². Otro es el derivado del deber de lealtad para con la Defensa, que incluye el de no esconder información relevante y disponible que pueda favorecer al imputado⁷³. El último elemento que hace a la objetividad, se vincula

⁶⁸ **Campos**, Federico, “*La relevancia de la custodia de la evidencia en la investigación judicial*”, Medicina Legal de Costa Rica, pág. 3.

⁶⁹ **Duce**, Mauricio y **Riego**, Cristian, “*Introducción ...*”, vol. 1 pág. 139. Véase también **Marchena Gómez**, Manuel, “*El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*”, pág. 168.

⁷⁰ En el derecho alemán, explica Roxin, el Ministerio Público no es parte, y debe investigar tanto las circunstancias de cargo como de descargo para el imputado, pues lo contrario “sería irreconciliable con su obligación hacia la verdad y la justicia” (**Roxin**, Claus, “*Derecho Procesal Penal*”, pág. 53).

⁷¹ **Duce**, Mauricio y **Riego**, Cristian, “*Introducción ...*”, vol. 1 pág. 140.

⁷² El principio de objetividad – dicen los autores – no obliga al MP a investigar todas y cada una de las innumerables situaciones de hecho que pueden excluir o atenuar la responsabilidad penal del imputado, ya que ello significaría agotar las posibilidades reales de actuación de los fiscales, especialmente pensando que normalmente las posibilidades de teoría del caso para la defensa resultan ser múltiples” (ob. cit. pág. 140).

⁷³ Al respecto, explica Baytelman que “las violaciones a las reglas de la revelación de la evidencia suelen devenir en revocación de la sentencia por la Corte de Apelaciones, cuestión que obviamente todo fiscal – y todo juez – desea evitar. De hecho, en los instructivos con que la fiscalía provee a sus fiscales en los cursos de entrenamiento es común ver remarcada y repetitivamente citada la instrucción: ‘en caso de duda, dé el

con el deber de lealtad del Ministerio Público con la Defensa, para que pueda ejercer adecuada y plenamente su cometido.

b. Otro tema de interés del Ministerio Público durante el proceso de transición es el relativo a los *límites* que establecen las Constituciones y las leyes en orden a la actividad de adquisición de información y de prueba⁷⁴, que suelen operar en distintos niveles⁷⁵, y cuyos efectos son impedir la adquisición o valoración de la información o de la prueba⁷⁶. La vigencia de estos límites, como enseña Hassemer, “muestran que el averiguamiento de la verdad no es la meta de la fase de producción en el proceso penal. La meta es más bien la *obtención formalizada de la verdad*”⁷⁷.

Si bien desde épocas muy antiguas los ordenamientos procesales han determinado ciertas *prohibiciones probatorias*⁷⁸, la constitucionalización del proceso ha instalado nuevas restricciones a la labor investigativa y probatoria⁷⁹. Por otra parte, las

material a la defensa” (**Baytelman**, Andrés, “*La Fiscalía del Crimen del Bronx (en busca de elementos para la futura fiscalía del crimen de Chile)*”, Rev. Pena y Estado No 2, pág. 277.

⁷⁴ Dice **Binder** que las reglas de prueba “*son límites a la búsqueda de la verdad* y como tal cumplen exclusivamente una función de garantía, es decir protegen al ciudadano del eventual abuso de poder en la recolección de la información” (*El incumplimiento de las formas procesales*, pág. 77).

⁷⁵ Así, **Binder** en la obra mencionada en la nota anterior, señala los siguientes niveles: “El primer nivel de limitación lo constituye la existencia misma de *medios de prueba*” (pág. 80); otros límites, se relacionan con la necesidad autorización judicial, o de requisitos especiales, o de límites horarios (pág. 81) y en otros casos, “en los que la actividad de adquisición de información está prohibida, ya sea por el objeto (por ej., ciertas cuestiones vinculadas al estado civil, que no pueden ser probadas por testigos) o por los procedimientos (la tortura y las nuevas formas de intimidación o violencia que se le asemejan ‘psicofármacos’ (pág.82). El juego armónico de estos tres niveles de limitación de la búsqueda de información constituyen la tarea principal de la teoría de la prueba y forman parte del área más dinámica del proceso penal” (pág. 82). Por su parte, Alejandro Álvarez identifica un primer ámbito de protección que tutela “la dignidad y la integridad personales”, en el que se enmarca la prohibición de ser obligado a declarar contra si mismo; un segundo nivel de protección que está relacionado con los ámbitos en los que el hombre desarrolla su actividad, es decir el ámbito de su intimidad y, un tercer ámbito, que “tiende asegurar la defensa del imputado, esto es, evitar la incorporación de prueba sin el debido control” (**Álvarez**, Alejandro E., “*La Prueba prohibida en el proceso penal. A propósito de la reforma del enjuiciamiento penal en Guatemala*”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal N° 4 y 5, pág. 484 a 486).

⁷⁶ Confr. **Alvarez**, Alejandro, ob. cit. pág. 486.

⁷⁷ **Hassemer**, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, pág.190. Y agrega: “la formalización de la indagación de la verdad, su obstaculización y limitación por reglas estrictas constituye el *ethos* propio de la fase de producción del caso” (pág. 191).

⁷⁸ Para Maier, la denominación “prohibiciones probatorias” acuñada por Beling, no es la más correcta, pues no se trata de determinar los deberes del funcionario y la eventual sanción por la infracción de tales deberes, “sino del análisis de los elementos de prueba idóneos o admisibles para fundar una resolución judicial y, por ende, de estudiar cuales son las *facultades* jurídicas de quienes operan el procedimiento y cuáles sus límites, materia de propia de las reglas que hemos llamado *potestativas*. La confusión de la rúbrica deviene, precisamente, de las garantías constitucionales, pues casi siempre se liga a ellas, al lado de la regulación de las facultades de los órganos estatales que actúan en el procedimiento, una regla de deber, ordinariamente una prohibición, como sucede con la tortura y el *allanamiento ilegítimo*” (**Maier**, Julio B. “*Derecho Procesal Penal*”, vol I, pág. 696).

⁷⁹ Puede verse sobre el tema: **Carrió**, Alejandro, “*Prohibiciones Probatorias*”; **Struensee**, Eberhard, “*La prueba prohibida*”; **Darritchon**, Luis, “*Prohibiciones Probatorias*” y **Pellegrini Grinover**, “*Provas Ilícitas*”, publicadas en el libro de ponencias del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santiago del Estero), págs. 225 a 265. También, **Racz**, Georges, “*La Defensa de los Derechos del hombre en el marco de las actividades policiales*”, en Doctrina Penal, año 1980, pág.586 y sigtes.; **Cafferata Nores**, José I., “*Los frutos del árbol envenenado (La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales)*”, en Doctrina Penal 1986 pág. 491; **Díaz Cantón**, Fernando, “*Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba*”, en Nueva Doctrina Penal, 1999-A, pág. 333 y sigtes.; **Guzmán**, Nicolás, “*Prohibición de declarar, facultad de abstención y*

nuevas tecnologías aportan en la actualidad muchos recursos para la obtención de información, pero su empleo también puede colisionar o poner en tensión a las garantías constitucionales; esto plantea al Ministerio Público Fiscal la necesidad de considerar adecuadamente todos estos aspectos para lograr una investigación eficaz, pero respetuosa de los límites constitucionales y legales. La búsqueda de la verdad, como enfatiza Maier, *no justifica la utilización de medios prohibidos de investigación* “y la justificación de los métodos para arribar a la verdad depende de la observancia de las reglas jurídicas que regulan como se incorpora válidamente el conocimiento al proceso”⁸⁰.

c. Las nuevas tecnologías de la información permiten en la actualidad el desarrollo de potentes sistemas para el almacenamiento y vinculación automatizada de datos; posibilitando el procesamiento de cantidades casi ilimitadas de datos; al decir de Hassemer tienen “un hambre de información que casi no es posible contener”⁸¹. Además, permiten el hallazgo y el agrupamiento de los datos sobre múltiples parámetros, según los filtros de búsqueda utilizados; y la fácil transferencia de los datos o la conexión con otros sistemas de procesamiento⁸².

También es digno de destacar el desarrollo y accesibilidad de las técnicas e instrumentos utilizables para grabar sonidos e imágenes de forma sigilosa o oculta; la aparición de nuevas formas de interceptación de comunicaciones telefónicas y electrónicas; el empleo de inspecciones aéreas de inmuebles con fines investigativos; la difusión de las pruebas biogenéticas de identidad, pruebas psicométricas o psicoanalíticas y una variedad de técnicas de investigación encubiertas o subrepticias⁸³. La accesibilidad de los instrumentos de grabación de sonidos e imágenes ha llevado que, además, del uso por parte de las agencias estatales de investigación, muchas víctimas, abogados, periodistas y

prohibiciones probatorias”, en ¿Más derecho?, N° 1, pág. 141 y sigtes.; **Cesano**, José D. y **Malvido**, Ana, “Consideración sobre la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales”, en Rev. Ley, Razón y Justicia, Año 2 N° 2, pág. 166.

⁸⁰ Ob. cit., t I, pág. 703. Para Roxin, “en un procedimiento penal propio del estado de Derecho, la protección del principio de formalidad no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica” (**Roxin**, Claus, *Derecho Procesal penal*, pág. 2).

⁸¹ **Hassemer**, Winfried, “La privacidad frente a las necesidades de control”, en Nueva Doctrina Penal, Año. 1999-A, pag. 109.

⁸² Existe una diferencia cualitativa que no se puede desconocer entre los antiguos y modernos sistemas de procesamiento de datos. Antes la información se mantenía en expedientes y actuaciones escritas, pero estas, como apunta Hassemer (pág. 109), se caracterizan por el caos y el olvido y son limitadas sus posibilidades de utilización. Uicich nos da varios ejemplos de lo que acontece en la actualidad: “nuestros datos aparecen en el *mailing* de incontables empresas, la relación que hacen esos datos nos hace integrantes o no del *target* de potenciales clientes y es por ello que recibimos ofrecimientos comerciales de distinta índole ...”; a su vez, “el manejo de la información suministrada por las tarjetas de crédito indican, por ejemplo, las tendencias adictivas del consumidor o su inclinación sexual. (...) De los archivos médicos y farmacéuticos se extraen los datos para evaluar a un postulante a un trabajo. Los *cookies* identifican a los visitantes de los sitios de internet ...” (**Uicich**, Rodolfo D., “Los Bancos de Datos y el Derecho a la Intimidad”, pág. 39/40).

⁸³ Véase al respecto: **Hairabedian**, Maximiliano y **Arbones**, Mariano, “Novedades sobre la prueba Judicial”, ed. Mediterránea, especialmente en orden a las inspecciones áreas, interceptaciones telefónicas y estudios biogenéticos; **Saez Capel**, José, “El Derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas”, ed. Din; **Vázquez Sotelo**, José L., “Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal”, pág. 153 y sigtes., a propósito de la exploración del imputado mediante técnicas psicométricas y psicoanalíticas; **Huertas Martín**, M. Isabel “El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba”, pag. 129 (“prueba ilegal”), pág. 232 (reconocimiento a través de vestigios biológicos) y pag. 373 y sigtes. (intervenciones corporales); **Tschadek**, Otto, *La Prueba*, Temis, pág. 91 (medios novedosos); **Montoya**, Mario D., *Informantes y Técnicas de investigación encubiertas*, ed. Ad-Hoc; **Carrió**, Alejandro, “Agentes encubiertos y testigos de identidad reservada: armas de doble filo, ¿confiadas a quien?”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 6, pág. 313;

particulares hagan registros que luego se ponen en manos de los fiscales a cargo de la investigación criminal, con las implicancias, efectos y problemas que ello acarrea⁸⁴. Así, pueden mencionarse las grabaciones de seguridad (pública o privada)⁸⁵ o las comunicaciones registradas por hallazgos casuales o inesperados⁸⁶; y los registros que permiten el *recuento*, que hace posible conocer las comunicaciones de un abonado telefónico, su origen, destino, día, hora y duración, y el *rastreo* inmediato de comunicaciones⁸⁷.

d. Otra vertiente de problemas vinculados con el tema que analizamos surge a partir de ciertos regímenes de excepción vinculados con la investigación de la criminalidad organizada⁸⁸, que fijan fronteras distintas a la actividad investigativa, que luego se trasladan a algunos casos de delitos comunes caracterizados por la violencia y por el impacto social. Como apunta Hassemer, “que la violencia, el riesgo y la amenaza se hayan convertido en los fenómenos centrales de la percepción social, tiene importantes e inevitables consecuencias en la actitud que adopta la sociedad ante la violencia”⁸⁹, entre ellas las mayores demandas de la opinión pública al derecho penal y al derecho procesal penal.

Estas orientaciones de política criminal, han tenido influencia en el derecho procesal penal, especialmente en el plano de la teoría de la prueba, pues se han relativizado ciertos efectos de la prueba ilícita, “propugnándose un balance entre el interés en una administración de justicia eficiente en la persecución de los delitos de gravedad y el interés del imputado, favoreciéndose el primero de dichos intereses”⁹⁰.

8. ¿DELITOS INVESTIGABLES Y NO INVESTIGABLES?

a. Todo sistema de justicia criminal, afirma Riego, enfrenta una delicada situación: “por una parte, no puede investigar todos los delitos porque el presupuesto no

⁸⁴ Confr. **Hairabedián**, Maximiliano, ob. Cit., pág. 105/118.

⁸⁵ **Hairabedián**, Maximiliano, ob.cit., pág. 117.

⁸⁶ **García**, Luis ;M., “La intervención de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones en el Código Procesal Penal de la Nación: un cheque en blanco para espiar nuestra vida privada”, segunda parte, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal N° 7, pág.771.

⁸⁷ **García**, Luis M., ob. cit., pág. 776.

⁸⁸ Dencker explica que el *crimen organizado* “consiste en una comisión planificada de delitos determinados por una ambición de ganancias o adquisición de poder, que en forma individual o conjunta resultan de gran importancia, cuando más de dos partícipes actúan en conjunto por un tiempo prolongado: a) utilizando estructuras profesionales o de empresas; b) empleando violencia u otros medios destinados a la intimidación; c) influenciando en la política, los medios, la administración pública, la justicia o la economía”, dando a título ejemplificativo los casos de criminalidad industrial, terrorismo, tráfico de drogas y personas, espionaje y criminalidad de Estado (**Dencker**, Friedrich, “*Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal*”, en Nueva Doctrina Penal, t. 1998-B, pág. 481). Y luego expresa que “aquello que permita intervenciones especiales debe ser algo muy diferente, que es la necesidad y la dificultad de aclarar hechos criminales de aquellos autores de los cuales también en el futuro pueda esperarse la comisión de hechos graves y peligrosos” (pág. 492).

⁸⁹ **Hassemer**, Winfried, “*El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”*”, en Doctrina Penal t. 1990, pág. 195.

⁹⁰ Confr.: **Llobet Rodríguez**, Javier, “*Garantías Procesales y Seguridad Ciudadana*”, en *Sistemas Penales y Derechos Humanos*, Costa Rica, CONAMAJ 1997, pág. 156.

alcanza a cubrir este universo y por la otra, debe decidir cuantos recursos debe asignar a la investigación de cada delito”⁹¹. La selección suele depender de los resultados esperables, de los costos y de la importancia social del caso⁹².

En una investigación empírica realizada en Chile y comentada por Riego, se definen como delitos *investigables* todos aquellos en que, de acuerdo a una apreciación *a priori* y fundada en la experiencia, existen posibilidades de éxito en su esclarecimiento; y *no investigables*, aquellos en que las posibilidades son muy bajas o remotas⁹³.

b. Vale aquí, tener en cuenta que el *modelo de la no impunidad es un mito no un programa realizable*, como bien señala Cosacov, aún en sistemas con alta sensibilidad, esto es con alta capacidad de atención y de gestión de casos penales. De allí que “la magnitud de casos aparentemente delictivos que quedan sin castigo demuestra que no se puede hacer ninguna política criminal seria con el mito de la no impunidad”⁹⁴, esa misma magnitud nos obliga a reconocer que existen casos en los que la investigación es viable y otros de viabilidad escasa o nula⁹⁵.

Conviene aclarar en este punto que la viabilidad no resulta de la dificultad de la investigación, pues los casos complejos y difíciles por lo general posibilitan (y justifican) el desarrollo de una investigación. Esta salvedad se justifica especialmente en la región latinoamericana caracterizados por sistemas de investigación perezosos e indolentes, especialmente en orden a la criminalidad no convencional.

Por otra parte, también es probable que, como ocurre con tantas otras reglas, que reconocen excepciones, existan casos en los que la investigación igualmente deba llevarse adelante aún con escasas posibilidades de éxito, en atención a la trascendencia e importancia del caso, el daño social causado u otras razones de política criminal.

⁹¹ **Riego Ramírez**, Cristian, en “*Reforma procesal penal: análisis costo-beneficio*”, en Rev. Contribuciones, Fundación Konrad Adenauer Nro. 3/1996, pág.46. Y agrega: “Luego, el universo de delitos denunciados que conoce el sistema de justicia criminal se puede dividir en dos grupos: aquellos delitos que la técnica permite que sean resueltos y aquellos que no es posible resolver técnicamente. A estos último, un sistema racional no debiera destinar recurso alguno, ya que no producirán resultado. Al interior del grupo de delitos técnicamente investigables se debe decidir que investigar. Hay algunos delitos que son más caros de investigar, luego asignarle recursos a estos delitos puede significar disminuir sustancialmente los recursos que podrían recibir otros, más baratos de investigar. También existen delitos a cuya investigación y resolución la sociedad otorga un alto valor y otros a los que otorga un valor menor. Esto hace que el sistema deba ser muy cuidadoso en la selección de los delitos que se investigarán, de forma tal de maximizar los resultados posibles de acuerdo a los costos de investigar y a las valoraciones sociales”.

⁹² Negar la necesidad de aplicar ciertos criterios discrecionales, expresa Bovino -citando a La Fave- es “como ordenar a un general que ataque al enemigo en todos los frentes al mismo tiempo” (**Bovino**, Alberto, en “*La persecución penal pública en el derecho anglosajón*”, en Rev. Pena y Estado, nro.2, pág. 63).

⁹³ **Riego Ramírez**, ob. cit, pág. 47.

⁹⁴ **Cosacov**, Gustavo, “*El Mito de la No Impunidad*”, publicación de la Univ. De Córdoba, pág. 63.

⁹⁵ Sostiene Herman **Goldstein** que la realidad indica que muchos casos no pueden esclarecerse pues la evidencia no se encuentra, en gran medida se pueden predecir si las posibilidades de solucionarlo son mínimas: “Yo creo que con el tiempo se ha venido aceptando esta limitación y se ha planteado que, basándose en ciertos indicadores, se puede hacer un juicio sobre la probabilidad de identificar al responsable y así se puede determinar la conveniencia de invertir más en ciertos casos que en otros”. (“*Community Policing y organización policial*”, entrevista realizada por Cristian Riego, en Rev. Pena y Estado N° 3, pág. 246).

9. EL TIEMPO DE LA INVESTIGACIÓN.

a. La duración de la investigación y de los procesos penales en general representa otro problema que merece una especial atención del Ministerio Público. El tiempo, como apunta Binder, no es un recurso ilimitado ⁹⁶ y las dilaciones excesivas tienen efectos importantes para el sistema penal.

Por una parte, están las reglas que consagran de la prescripción de las acciones penales fijan un límite temporal preciso a la potestad punitiva del Estado, cuya función “consiste en garantizar que ese poder no sea utilizado más allá de los límites de la necesidad social, porque ese poder sólo existe para garantizar el orden social y es políticamente preferible presumir que el tiempo ha restaurado, por su solo transcurso, ese orden social, que otorgarle al Estado un poder penal temporalmente ilimitado” ⁹⁷.

Además, por la vigencia de normas de jerarquía constitucional, existen otros límites temporales más estrechos, que corren en forma independiente, alternativa o conjunta con los términos de la prescripción de la acción penal, que deben observar los órganos estatales para tomar una decisión sobre la culpabilidad de una persona ⁹⁸. Ese tiempo no siempre tiene una fijación precisa, pero no debe ir más allá del *tiempo razonable* según las pautas que se han ido perfilando jurisprudencialmente ⁹⁹.

El derecho a obtener un pronunciamiento definitivo en un lapso razonable de tiempo, ha señalado la Corte Suprema, obedece a “una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal” ¹⁰⁰.

⁹⁶ Binder, Alberto M., *Política Criminal* ..., pág. 229.

⁹⁷ Binder, Alberto, “*Prescripción de la acción penal: el indescifrable enigma de la secuela del juicio*”, en *Doctrina Penal*, Año 1990, pág. 279/80. Dice el autor: “Existen varias clases de límites al poder penal del estado: límites materiales (sólo es admisible cuando se transgrede una prohibición o mandato estrictamente definido por la ley); instrumentales (sólo se pueden aplicar penas establecidas legalmente); formales (es necesario respetar, para su realización práctica, ciertas formas y procedimientos); institucionales (sólo el Poder Judicial puede aplicar penas); y también *límites temporales* (sólo es admisible ejercer el poder penal dentro de un plazo, cuyo límite debe ser preciso)” .. (pág. 279.

⁹⁸ Anitua, Gabriel I. “*Los límites temporales al poder del Estado*”, en *Nueva Doctrina Penal*, t. 1997-A, pag. 216.

⁹⁹ La razonabilidad del plazo depende de las circunstancias del caso, en especial de los siguientes elementos: a) la *complejidad del caso*; b) el *comportamiento del propio titular del derecho*, especialmente ha contribuido injustificadamente con la demora; y c) la *conducta de las autoridades competentes* (falta de diligencia, parálisis de los procedimientos, etc.). Esto surge la interpretación de la La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (informe no 12/96 del 1/3/96), al tratar el art. 8, cuando manifiesta que “... la duración del proceso debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso”. (vease también el informe 43/96, del 15/10/96). La Corte Interamericana también ha receptado estos criterios en el caso “*Genie Lacayo*” (sentencia del 29/1/97) y “*Suárez Rosero*” (sentencia del 12/11/97). (Véase, Albanese, Susana, “*El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales*”, en *La Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, PNUD-CELS, pág. 247 y sigtes.).

¹⁰⁰ CSN, caso “*Matter*”, en *Fallos* 272-188, entre otros. Véase también, a partir de la reforma constitucional, el fallo de la : CFCC, c “*Fridman*”, del 25/9/98, en *Nueva Doctrina Penal*, t.1999-A, pág. 176, con cita de los pactos y jurisprudencia internacional

b. Los sistemas inquisitivos y mixtos, por lo general, han sido muy tolerantes con la duración excesiva de los procesos y no han garantizado adecuadamente el derecho a un pronunciamiento penal rápido (nota), confiando en que los propios responsables de los excesos podían autocontrolarse y no extralimitarse. La realidad ha demostrado lo contrario.

La situación es distinta en los sistemas acusatorios, pues la premisa de constitucionalizar el proceso penal, conduce a darle vigencia real a las normas supraleales (Constitución y Tratados) que tutelan el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, lo que se procura a través de la fijación de plazos fatales para la duración de la investigación o del proceso, con efectos extintivos de la acción penal y, en ciertos casos, con consecuencias disciplinarias para los funcionarios responsables de las demoras injustificadas.

Pero, al margen de ello, la misma lógica del modelo acusatorio -que reivindica la centralidad del juicio- obliga a los fiscales una atención estricta de la duración de la investigación, pues deben procurar las mejores condiciones para acreditar en juicio las imputaciones que formulen, evitando que el transcurso del tiempo mengue las posibilidades de evocación de los testigos, que constituyen una de las fuentes de convicción principales.

Para que esto sea posible, cada fiscal en sus casos deben hacer un uso cuidadoso de este recurso, a fin de no malograr sus investigaciones ni causar la impunidad de casos graves e importantes; el Ministerio Público debe prestar atención a este aspecto y controlarlo adecuadamente y el sistema judicial, en su conjunto, debe ofrecer condiciones para que ello sea posible.

10. LOS CASOS DE FLAGRANCIA.

a. Un segmento de asuntos que amerita una gestión diferenciada es el que conforman los *casos de flagrancia*, pues los actuales tiempos procesales resultan absolutamente injustificados, toda vez que son virtualmente “esclarecidos” en pocas horas, y pueden ser “resueltos” en plazos muy breves, sin apearse a la observación de las actuales rutinas y *prácticas* judiciales. Estos casos se caracterizan por una recolección inmediata de la información que se necesita para definir la imputación y para poder llevar el caso a juicio o la aplicación de una solución alternativa. La identidad del imputado aparece revelada desde el inicio de las actuaciones policiales y no demandan peritajes o comprobaciones delicadas y complejas, no plantean la solicitud de documentación ubicada en extraña jurisdicción, ni exigen el interrogatorio de a muchas personas.

La “*calidad*” de la respuesta judicial en estos casos sencillos tiene que estar dada por la “*rapidez*”, así como en los casos complejos debe resultar de la profundidad y profesionalismo de la investigación.

b. La gestión actual de estos casos, suele tener varios efectos negativos, entre ellos los siguientes: a) una extensión de la prisión preventiva más allá de lo estrictamente necesario; b) demoras injustificadas en la resolución definitiva que

corresponde adoptar; c) dispendio de recursos judiciales en trámites innecesarios; d) ayudan a encubrir en gran medida la falta de atención y de eficacia de los casos más difíciles que ingresan al sistema, pues aumentan la estadística, favoreciendo la impunidad de la criminalidad más grave o dañosa, y e) privan a la víctima de una respuesta inmediata al conflicto y refuerza en ella y la ciudadanía la impresión de que el sistema no funciona, lo cual mengua la credibilidad en las instituciones.

La búsqueda de definiciones jurisdiccionales rápidas para estos casos debe formar parte de la *visión estratégica* que exigible al Ministerio Público ¹⁰¹, que atienda a las posibilidades concretas de actuación, a la consecución de metas, a la optimización de recursos y a una reducción de los tiempos de la investigación.

III. CONCLUSIONES.

Hemos tratado de pasar revista a varias cuestiones vinculadas con la investigación criminal que el sistema acusatorio atribuye al Ministerio Público; de la forma como éste pueda prever y resolver los problemas planteados, dependerá en gran medida el logro de una de las metas planteadas por la reforma procesal y, también, el reconocimiento y credibilidad del propio Ministerio Público, en el que se han depositado muchas responsabilidades y expectativas.

Esta “institución problemática” está atravesada en la actualidad por fuertes tensiones y contradicciones, por la coexistencia entre esquemas conceptuales y organizacionales del modelo antiguo y las ideas y transformaciones que proponen los nuevos diseños.

El campo de la investigación criminal es uno de los espacios en los que se manifiesta la necesidad de transformación institucional y la resistencia al cambio, lo que exige examinar cuidadosamente todo lo concerniente a su *rediseño*, pues éste como es lógico debe poner la mirada en productos ya existentes y operantes, introduciendo *perturbaciones eficaces* orientadas hacia los cambios postulados ¹⁰².

Para ello es indispensable tener una clara conciencia de estos problemas y cuestiones para no caer en el facilismo de quienes creen que los cambios se producen solos, ni el pesimismo de quienes que piensan que los mismos resultan imposibles ¹⁰³, asumiendo que representan verdaderas *oportunidades* para poner al Ministerio Público en el lugar en el que debe estar.

¹⁰¹ Duce, Mauricio J. y Riego, Cristian R., *Introducción ...*, pág. 348.

¹⁰² Confr.: Schvarstein, Leonardo, “*Diseño de Organizaciones. Tensiones y paradojas*”, pág. 67 y 277.

¹⁰³ Schvarstein hace mención de una frase de Cohen, March y Olsen, que invita a la reflexión: “una organización es un conjunto de elecciones que busca problemas, asuntos en espera de soluciones que pueden tener respuesta y tomadores de decisiones en busca de trabajo” (ob. cit. pág. 276).