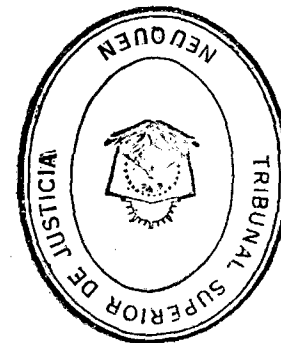


Consejo consultivo

Prof. Dr. Enrique Bacigalupo Zapater (España)
Prof. Dr. Miguel Polaino Navarrete (España)
Prof. Dr. Ferrando Mantovani (Italia)
Prof. Dr. Karl Heinz Gössel (Alemania)
Prof. Dr. Gonzalo D. Fernández (Uruguay)
Prof. Dr. Milton H. Cairoli Martínez (Uruguay)
Prof. Dr. José Henrique Pierangeli (Brasil)
Prof. Dr. Manuel de Rivacoba y Rivacoba (Chile)
Prof. Dr. Carlos Creus (Argentina)
Prof. Dr. Pedro Rubens David (Argentina)
Prof. Dr. Jorge Daniel López Bolado (Argentina)
Prof. Dr. Carlos A. Chiara Díaz (Argentina)
Prof. Dr. Víctor René Martínez (Argentina)
Prof. Dr. Enrique García Vitor (Argentina)
Prof. Dr. Luis Marcó del Pont (Argentina)
Prof. Dr. Guillermo Rafael Navarro (Argentina)
Prof. Dr. Alberto Donna (Argentina)
Prof. Dr. Norberto Eduardo Spolansky (Argentina)
Prof. Dr. José María Orgeira (Argentina)
Prof. Dr. Omar Breglia Arias (Argentina)
Prof. Dr. Julio O. Chiappini (Argentina)

La Fundación Cuadernos de la Cátedra agradece muy especialmente a los señores profesores doctores Carlos Creus, Karl Heinz Gösel y Manuel de Rivacoba y Rivacoba el haber aceptado tan generosamente ser miembros del Consejo Consultivo de la "Revista de Ciencias Penales".



Revista de Ciencias Penales

1999 - 2

Director

DR. JORGE E. BUOMPADRE

Coordinación general

DRA. ZULEMA DEL CARMEN MORILLA

Departamento publicaciones

DR. JUAN RAMÓN ALEGRE

DR. JUAN DAVID CASTELLO

m a v e

Mario A.
Viera
Editor

bien interrumpir la realización del resultado completo⁵⁶. A mi juicio, la clave en este punto la da ROXIN, al señalar que el participante de un plan común será coautor cuando todos los intervinientes puedan realizar su propósito a través de la actuación conjunta, a la vez que cada uno por separado pueda anular el plan conjunto mediante el retiro de su aporte: en esta medida, cada uno tiene el hecho en sus manos⁵⁷. Habrá, pues, coautoría por dominio funcional del hecho cuando para el hacer concluir se requiera la cooperación de todos, pero para impedir el desenlace baste uno solo⁵⁸. Por esta razón, estimo que el caso sometido a juzgamiento del tribunal fue puntualmente bien resuelto, ya que la realización del plan no dependía de la aportación de Cejas al evento criminoso.

Lamento haber hecho llegar al paciente lector hasta este punto del relato para advertirle que, mientras la ley no sea modificada o algún autor avance hacia una mayor precisión dogmática, habrá que seguir recurriendo, en materia de complejidad primaria, a la más pura casuística en la que el juez estará encargado de efectuar las veces de "gurú" a través de una prognosis del pasado.

⁵⁶ DONNA, Edgardo, ob. cit., p. 22.

⁵⁷ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Pons, Madrid, 1998, p. 307. Este autor ilustra su explicación con los ejemplos del atracador de banco que con su pistola amenaza a la gente mientras su compinche se apodera del dinero y de quien sujeta a la víctima mientras otro le da muerte: el interviniente no puede ejecutar nada solo, la intimidación de los empleados del banco o el sujetar a la víctima no realizan el resultado, pero lo cierto es que únicamente si el compañero coopera "funciona" el plan. Pero no es menos cierto que el otro se ve igualmente "desamparado", ya que de no quedar inmovilizados los empleados del banco, sería detenido, y de no sujetar nadie a la víctima, esta se defendería o huiría; de lo que se colige que para ambos la situación es la misma: solo pueden realizar su propósito mediante actuación conjunta, de igual modo que cada uno por su lado puede cancelar la maniobra retirando su tributo. La esencia de esta categoría, entonces, reside en que el comportamiento funcional sostiene o derrumba lo emprendido (ROXIN, Claus, ob. cit., ps. 307 a 309).

⁵⁸ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 308.

EL ACTOR EN EL PROCESO PENAL. EXTINCIÓN DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA POR FALTA DE ACUSACIÓN

Por JUAN R. ALEGRE*

§ 1. ACCIÓN PENAL. CONSIDERACIONES GENERALES

A partir de la instauración del estado de derecho a través de la norma jurídica que legitima ese ejercicio, pero a su vez lo limita, desaparece el arbitrio de la venganza.

La transgresión de esa norma de conducta impuesta por la ley trae aparejada una sanción.

La posibilidad de esa sanción y el imperio emergente de la ley de aplicar esa sanción fundamenta el sistema jurídico, sobre el cual descansa la existencia del Estado, como sociedad jurídicamente organizada, que monopoliza la fuerza.

§ 2. POTESTAD REPRESIVA DEL ESTADO

Mediante la definición del delito y la amenaza de una pena o de una medida de seguridad, la norma jurídico-penal consagra, define y limita la potestad represiva del Estado, la cual es una emanación de su soberanía (no constituye un derecho subjetivo de punir).

En virtud del interés público que tutela, el ordenamiento jurídico convierte al Estado en titular de un poder o posibilidad

* Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE).

jurídica de obrar dentro de los límites que la norma determina y traza, pero, al mismo tiempo, le impone el deber de ejercitar ese poder, siempre que la norma sea transgredida.

La potestad de reprimir no es un mero derecho (libertad de ejercicio), sino un poder de ejercicio obligatorio, que responde a la necesidad que el Estado tiene de mantener o reintegrar el orden jurídico que ha sido violado, esto es (poder-deber), de actuar concretamente la norma jurídica para mantener la paz social.

Esa transgresión, que significa la alteración del orden social asegurado por la norma jurídica, debe tener, como ya dijimos, su contención en la sanción legal, que será de acuerdo con la alteración provocada y con la actuación de la norma penal en el caso concreto.

Si esa acción transgresora ha lesionado uno o varios de los bienes jurídicos que la organización jurídica ha seleccionado mediante la norma penal, como de protección extrema, la sociedad organizada debe reaccionar, restableciendo ese orden mediante la sanción que será de carácter penal.

En consecuencia, esa acción transgresora (delito penal) es sancionada por la norma penal con una pena. Frente a un hecho antijurídico culpable y punible, la potestad represiva del Estado se manifiesta como una acción penal, vale decir, como el derecho de someter al autor a la pena que la ley establece para el caso. Esta potestad represiva del Estado, otorgada por la ley penal, se trata de una potestad abstracta e hipotética, que como potestad concreta nace después de un procedimiento legalmente definido (impuesto por la Constitución nacional).

El proceso penal es el instrumento esencial para efectuar ese tránsito de lo abstracto e hipotético a lo concreto individual y efectivo. Cuando la actividad represiva del Estado sustituye a la del individuo, el derecho de venganza se convierte en derecho de demandar justicia, de acusar.

La acción legal procesal reemplaza la acción física y surge la necesidad del dominio de la acción penal. Veamos su evolución:

a) La acción penal nace como una especie de derecho sustancial, en el sentido de que el castigo depende de la voluntad del acusador, ya que este condiciona en absoluto el ejercicio

de la potestad jurisdiccional. El acusador es el dueño de la acción y de la pena. Es el sistema de acusación privada.

b) En un segundo momento de esta evolución, nace la idea de que algunos delitos perjudican a la colectividad, de suerte que su represión no puede estar supeditada a la voluntad del ofendido. Entonces, surge la clasificación en delitos públicos y privados (Grecia y Roma). En los públicos, cualquier ciudadano podía acusar, asumiendo la defensa y representación de la sociedad de la que formaba parte. En los privados, el ofendido por el delito era el dueño de la acción.

c) Acusación popular es una tercera etapa, donde son los grupos de intereses o profesionales lo que ejercitan o dominan la acción.

El régimen de la acusación popular decae y la inactividad de los particulares se traduce en la impunidad de los delinquentes, el Estado siente la necesidad de actuar sin previa excitación, de lo que surge la *persecución de oficio*. Primero, como excepción ante la inactividad de los particulares, y luego se convierte en regla general.

Este sistema reúne y confunde *dos funciones*: la de juzgar y acusar, que deben ser y permanecer distintas en interés de la imparcialidad judicial.

Por último, se da la instauración del Ministerio Público (Europa continental), movimiento que es receptado en Corrientes, Chaco, Misiones, Formosa, entre otras provincias, y por el Código de Procedimientos de la Nación. Debemos destacar que el actual sistema cordobés incorpora el Ministerio Público en la Constitución de la provincia, y dictó una ley orgánica. En la reforma de la Constitución nacional, se lo incorpora expresamente (art. 120).

Retomado el análisis, veamos las acciones penales y su ejercicio según el derecho argentino.

§ 3. LAS ACCIONES PENALES. CLASIFICACIÓN

Las acciones penales se dividen (art. 71, Cód. Penal) en públicas y privadas, y las públicas, por su promoción, se subdividen en promovibles de oficio y promovibles a instancia privada.

jurídica de obrar dentro de los límites que la norma determina y traza, pero, al mismo tiempo, le impone el deber de ejercitar ese poder, siempre que la norma sea transgredida.

La potestad de reprimir no es un mero derecho (libertad de ejercicio), sino un poder de ejercicio obligatorio, que responde a la necesidad que el Estado tiene de mantener o reintegrar el orden jurídico que ha sido violado, esto es (poder-deber), de actuar concretamente la norma jurídica para mantener la paz social.

Esa transgresión, que significa la alteración del orden social asegurado por la norma jurídica, debe tener, como ya dijimos, su contención en la sanción legal, que será de acuerdo con la alteración provocada y con la actuación de la norma penal en el caso concreto.

Si esa acción transgresora ha lesionado uno o varios de los bienes jurídicos que la organización jurídica ha seleccionado mediante la norma penal, como de protección extrema, la sociedad organizada debe reaccionar, restableciendo ese orden mediante la sanción que será de carácter penal.

En consecuencia, esa acción transgresora (delito penal) es sancionada por la norma penal con una pena. Frente a un hecho antijurídico culpable y punible, la potestad represiva del Estado se manifiesta como una acción penal, vale decir, como el derecho de someter al autor a la pena que la ley establece para el caso. Esta potestad represiva del Estado, otorgada por la ley penal, se trata de una potestad abstracta e hipotética, que como potestad concreta nace después de un procedimiento legalmente definido (impuesto por la Constitución nacional).

El proceso penal es el instrumento esencial para efectuar ese tránsito de lo abstracto e hipotético a lo concreto individual y efectivo. Cuando la actividad represiva del Estado sustituye a la del individuo, el derecho de venganza se convierte en derecho de demandar justicia, de acusar.

La acción legal procesal reemplaza la acción física y surge la necesidad del dominio de la acción penal. Veamos su evolución:

a) La acción penal nace como una especie de derecho sustancial, en el sentido de que el castigo depende de la voluntad del acusador, ya que este condiciona en absoluto el ejercicio

de la potestad jurisdiccional. El acusador es el dueño de la acción y de la pena. Es el sistema de acusación privada.

b) En un segundo momento de esta evolución, nace la idea de que algunos delitos perjudican a la colectividad, de suerte que su represión no puede estar supeditada a la voluntad del ofendido. Entonces, surge la clasificación en delitos públicos y privados (Grecia y Roma). En los públicos, cualquier ciudadano podía acusar, asumiendo la defensa y representación de la sociedad de la que formaba parte. En los privados, el ofendido por el delito era el dueño de la acción.

c) Acusación popular es una tercera etapa, donde son los grupos de intereses o profesionales lo que ejercitan o dominan la acción.

El régimen de la acusación popular decae y la inactividad de los particulares se traduce en la impunidad de los delincuentes, el Estado siente la necesidad de actuar sin previa excitación, de lo que surge la *persecución de oficio*. Primero, como excepción ante la inactividad de los particulares, y luego se convierte en regla general.

Este sistema reúne y confunde *dos funciones*: la de juzgar y acusar, que deben ser y permanecer distintas en interés de la imparcialidad judicial.

Por último, se da la instauración del Ministerio Público (Europa continental), movimiento que es receptado en Corrientes, Chaco, Misiones, Formosa, entre otras provincias, y por el Código de Procedimientos de la Nación. Debemos destacar que el actual sistema cordobés incorpora el Ministerio Público en la Constitución de la provincia, y dictó una ley orgánica. En la reforma de la Constitución nacional, se lo incorpora expresamente (art. 120).

Retomado el análisis, veamos las acciones penales y su ejercicio según el derecho argentino.

§ 3. LAS ACCIONES PENALES. CLASIFICACIÓN

Las acciones penales se dividen (art. 71, Cód. Penal) en públicas y privadas, y las públicas, por su promoción, se subdividen en promovibles de oficio y promovibles a instancia privada.

La regla general está constituida por las acciones públicas promovibles de oficio. Los arts. 72 y 73 del Cód. Penal enumeran taxativamente los delitos que dan lugar a las categorías de excepción:

ACCIONES	{	Públicas	{	Promovibles de oficio
			}	Promovibles de instancia privada
		}	Privadas	

Al establecer “acciones privadas” y “acciones (públicas) dependientes de instancia privada”, la ley consagra derechos subjetivos individuales que condicionan el ejercicio de la potestad represiva del Estado, es decir, la actuación de la ley penal. Son derechos sustanciales que la ley procesal penal no puede negar ni modificar, sino solo establecer los medios o formas en que pueden ser ejercidos.

La norma penal se refiere a la pretensión, o sea, la aspiración concreta de que se ejerza la potestad represiva en un caso particular, o mejor, a la afirmación de su concreta existencia.

a) *ACCIÓN (PRETENSIÓN) PRIVADA.* — El art. 71 del Cód. Penal afirma implícitamente el principio general de que la acción penal es pública, lo que no habría tenido necesidad de establecer si no instituyera la categoría excepcional de las acciones privadas.

Para condicionar el ejercicio de la potestad represiva a la voluntad del ofendido y concederle a este el derecho de pretender, lo ha erigido en titular exclusivo de la acción que denomina privada.

Este derecho subjetivo material que recae sobre el contenido sustancial del proceso, se pone en evidencia por los arts. 59, inc. 4º, y 69 del Cód. Penal. Según el primero, “*la acción penal se extinguirá por renuncia del agraviado* [dispone de la pretensión y de la pena], *respecto de los delitos de acción privada*”; mientras el segundo prescribe que en esos casos “*el*

perdón de la parte ofendida extinguirá la pena”. En el primer caso, la ley se refiere a la pretensión, puesto que esta, y no la acción, es la que se extingue a consecuencia de la renuncia del ofendido.

Ambas disposiciones demuestran que en esta especie de “acciones privadas” —resabio del sistema de acusación particular—, el Estado no se limita a conceder al ofendido el poder jurídico de requerir la actuación de la ley penal, sino que le acuerda un derecho que condiciona y enerva por completo la potestad pública. La acción procesal le es concedida porque es el único medio de hacer valer el derecho sustancial que la ley le confiere: el derecho de provocar la represión con exclusión de toda otra persona; cuando ejercita una “acción privada”, el querellante es parte en sentido material (lo mismo que el actor civil ante la respectiva jurisdicción) porque tiene un poder dispositivo sobre la pretensión represiva, sobre el contenido sustancial del proceso.

Si se tratara de un poder de promover la acción, debería concederle el derecho procesal, que regula el ejercicio de la acción (en sentido amplio). Pienso que no es realmente un derecho subjetivo —como dije antes— porque el deber de promover la acción que adquiere el Ministerio Público no es correlativo a este poder jurídico, sino que nace directamente de la ley.

En consecuencia, la ley procesal solo puede disciplinar la forma en que este derecho puede ser ejercido: mediante querrela (Córdoba, Mendoza; y los códigos que siguen en sistema), Corrientes, Chaco, Misiones y Formosa, y ahora el Código nacional.

b) *ACCIÓN (PRETENSIÓN) PÚBLICA DEPENDIENTE DE LA INSTANCIA PRIVADA.* — Con respecto a este tipo de acciones públicas, la esfera de la ley procesal resulta aún más clara, pues nadie duda de que en estos casos, el ofendido no tiene el ejercicio de la acción penal, sino una facultad pre-procesal, anterior al proceso y también sustantiva, que es la facultad de provocar la promoción.

El principio que afirma la primera parte del art. 71, de que todas las acciones deben iniciarse (promoverse) de oficio

salvo los casos taxativamente enunciados, deriva de la propia naturaleza de la acción penal. Significa que debe ser promovida o impulsada por iniciativa propia del órgano competente (Ministerio Público) sin necesidad de excitación extraña, sin que sea preciso un requerimiento del damnificado o de cualquier otra persona. No tiene otro alcance. Ni alude al órgano competente para promover la acción ni niega al ofendido el poder formal de promoverla o ejercerla. Ambas cuestiones deben ser resueltas por el Código Procesal Penal. También en este caso, la prescripción legal tiene una sola razón de ser: el propósito de establecer la categoría excepcional de las acciones que solo pueden ser promovidas a instancia de parte.

En estas acciones dependientes de instancia privada, el ofendido juzga sobre la conveniencia y oportunidad de provocar el proceso penal; la ley deja a su arbitrio la apreciación de los intereses familiares y sociales que pueden estar en pugna; le acuerda la facultad de instar la promoción de la acción, no la promoción misma. El Estado condiciona así su potestad represiva. El silencio del ofendido consagra su renuncia que se perfecciona en la prescripción.

La facultad del particular es singularísima, pues se agota con su ejercicio; expresada su voluntad favorable a la iniciación del proceso, su poder dispositivo perece, se extingue entera y definitivamente. En otros términos, salvado el obstáculo que se opone a esa iniciación, promovida la acción, toda manifestación de voluntad, contraria al ejercicio de la misma, es irrelevante. Diríase que el Estado recobra incólume su potestad de reprimir. Es que se trata de una acción pública.

Esto quiere decir que el Código Penal tampoco acuerda en estos casos el ejercicio de la acción, que siempre es materia del derecho procesal, sino la facultad de provocarlo, de instar la promoción.

c) ACCIÓN PÚBLICA PERSEGUIBLE DE OFICIO. — Si prescindimos de la excepcional categoría de acciones (pretensiones) penales privadas, cuyo titular es el ofendido por el delito en virtud del cual el Estado condiciona a la voluntad de aquel el ejercicio de su potestad represiva, enseguida pondremos de manifiesto

quién debe ser el titular de la pretensión y de la acción penal: un órgano del Estado.

Así como en el área del derecho privado la acción es el poder jurídico, pertenece al sujeto a quien inmediatamente le interesa la observancia de la ley, la posibilidad de requerir su actuación en el caso concreto —limitándose el Estado a prevenir, disponer y garantizar los medios para que el derecho se realice, es decir, a ejercitar el poder jurisdiccional (*strictus sensu*)—.

En el campo del derecho penal, en cambio, el Estado, como titular de la potestad represiva, debe intervenir de diverso modo: antes de la infracción, con medidas de prevención, de policía tendientes a impedirla; después que se presume cometido el delito, con una compleja actividad en todo aspecto y momento dirigida a hacer actuar el derecho.

Precisamente porque es el titular de la potestad represiva, no puede limitarse a juzgar; debe también instituir órganos que se encarguen de la investigación de la acusación, asumiendo así toda la función que la naturaleza pública del derecho penal le impone.

La acción penal es pública tanto por el objeto al cual se refiere como por la finalidad que persigue. Para cumplir sus fines, para defender su propia vida, para mantener el orden jurídico-social, el Estado ha reivindicado del particular el derecho de acusar; este se ha convertido en una función pública.

“La acción penal es el instrumento jurídico por medio del cual se actúa el derecho subjetivo del Estado (nosotros decimos la potestad represiva) de aplicar, por la autoridad y con las garantías del poder jurisdiccional, las acciones jurídicas necesarias a la defensa y al mantenimiento del orden social y de las condiciones externas de pacífica convivencia de los ciudadanos.” Vale decir que si el derecho penal tutela intereses sociales y tiende a asegurar el mantenimiento del orden jurídico, el delito que los vulnera exige, más que determina, la actividad del Estado en el cual se concentran naturalmente las facultades que promueven y realizan la actuación de los órganos estatales. “La función es de índole eminentemente estatal.”

La intervención, aun cuando la historia, la doctrina y la práctica han desarrollado por sí mismos distintos sistemas de actuación, en la función debe hacerse sobre el presupuesto ineludible de una intervención directa de Estado, mediante un órgano representado el Ministerio Público, sin perjuicio de admitir, al respecto, por el delito, la intervención en el proceso penal mediante el instituto del querellante conjunto o adhesivo. "La institución de un órgano estatal permanente encargado del ejercicio de la acción penal, surge del principio mismo de la publicidad de la acción, como consecuencia del concepto de que la acción incumbe al Estado"; su institución responde no solo a la necesidad de esa injerencia por la imposibilidad de abandonar en manos del individuo la acción penal y la defensa del interés público correlativo, sino también a la imposibilidad de atribuir su ejercicio, o sea, la función requirente, a los mismos órganos que ejercitan la jurisdicción.

Aun en los países en que se admite una intervención más o menos lata del particular, sea a título de ciudadano, sea a título de ofendido, el Estado no podría desentenderse ni se desentiende de la acción penal. No solo es "directamente excitado en su principal función por las violaciones del orden legal", sino porque si la actuación del derecho penal está condicionada a la acción, en cuanto el juez no puede proceder espontáneamente, de oficio, sino a requerimiento de parte, de acuerdo con un principio superior, conceder al ciudadano o al ofendido el ejercicio exclusivo de la acción implicaría confiar demasiado, supeditar a su voluntad la vida del proceso y, por tanto, la efectiva aplicación de la ley. Por eso no cabe discutir acerca de la institución de un órgano del Estado, llámesele o no Ministerio Público, que en defensa del interés colectivo promueva y demande el ejercicio de la jurisdicción.

§ 4. EL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público, como órgano predispuesto por la ley, está conformado por los funcionarios que constitucionalmente integran el Poder Judicial, sin existir vinculación funcional con el Poder Ejecutivo, y cuentan con la garantía de la in-

violabilidad mientras dure su buena conducta y solamente puede ser removidos a través del juicio legal si dentro del proceso no cumplen funciones jurisdiccionales y están obligados por la ley a promover y ejecutar la acción penal.

El artículo 120 de la Constitución nacional define: "*El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás Miembros que establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones*".

La doctrina define al Ministerio Público como la corporación legalmente organizada de funcionarios públicos instituida en general para la defensa de determinados intereses de la sociedad.

El Ministerio Público, según la estructura del Código Procesal Penal y la ley orgánica, se compone de agentes fiscales, fiscal de Cámara y procuradores y agente fiscal del Superior Tribunal de Justicia.

El agente fiscal actuará ante los jueces de instrucción correccional y de menores. El fiscal de Cámara, ante la Cámara en lo Criminal.

El procurador general o fiscal del Superior Tribunal de Justicia, ante este, de acuerdo con las atribuciones que la ley le confiere según el estado del proceso. Sin embargo, existe la necesidad de una relación funcional y jerárquica que se da en la ley pero no es muy practicada. El fiscal de Cámara debe realizar una actividad real, respecto de los agentes fiscales, de contralor para el efectivo cumplimiento de la misión que la ley les tiene encomendada, y el fiscal general hacer lo propio respecto de los fiscales inferiores, de forma tal que el ejercicio de la acción penal pública tenga un contralor de eficiencia.

La función trascendente del Ministerio Público se consolida por la vigencia del principio *ne procedat ex officio* y que se complementa con la intervención de un acusador. En este sistema, el real funcionamiento del Ministerio Público es trascendente para la efectiva realización de la ley penal, mediante

el proceso (luego de la doctrina de la Corte Nacional, plasmada en "Tariffeño", "García" y "Cattonar").

En consecuencia, entre las funciones importantes del agente fiscal está el requerimiento de instrucción formal y el requerimiento de elevación a juicio, además del ejercicio permanente de la acción penal. En el debate, la necesaria acusación para habilitar la competencia condenatoria del tribunal de mérito.

El fiscal de Cámara y el agente fiscal, ante los tribunales de juicio, tienen la misión de averiguar la verdad real mediante la regular realización del debate oral.

§ 5. ORIENTACIÓN MODERNA

Sin embargo, encontramos una profunda necesidad de establecer con claridad el rol del Ministerio Público en el proceso penal.

Con asombro, vemos a los agentes fiscales en la estructura funcional del Poder Judicial con una presencia exclusivamente formal, sin una participación protagónica; así, el proceso en la faz instructoria es prácticamente desarrollado totalmente sin la efectiva participación del funcionario del Ministerio Público; las diligencias que propone están al final de la investigación y su papel cotidiano se limita, casi, a actuar cuando el juez lo solicita.

No investiga en forma autónoma y llega al extremo de que, en casos de tener noticias de un hecho presuntamente delictivo, previamente solicite al juez de instrucción que practique las diligencias que le resulten necesarias para el ejercicio de la acción penal del cual es titular. Esta situación es provocada por la confusión conceptual que trae aparejada una mixtura de roles con los que aparentemente está investido el juez de instrucción. Debemos definir con claridad: el juez de instrucción debe dirigir la investigación, pero fundamentalmente debe ser el Ministerio Público quien, mediante el ejercicio activo, en uso de sus facultades y en cumplimiento de sus funciones, realice la investigación.

Sin embargo, esta situación aparece clara de acuerdo con los lineamientos generales del sistema mixto. Luego, uno se

encuentra con la realidad, que presenta a un juez de instrucción histórico, si se permite tan dura expresión, que debe hacer de todo: de investigador, de garante de los derechos del imputado, de guardián de los intereses de la sociedad.

Pero ¿qué queremos, a) un juez imparcial o b) un investigador, acusador? La realidad nos exige todos estos roles. Un juez debe ser imparcial, estar en el justo equilibrio del interés social y el individual; entonces no puede ser investigador y acusador (recuerdo que me decían cuando en instrucción hay dudas, se debe procesar, porque si se dicta falta de mérito ya no se investiga, además del procesamiento apelan y de la falta de mérito casi nunca). No puede ser un eficaz investigador imparcial, sabemos que la investigación es una hipótesis que necesariamente debe presentarse con alternativas. Eso provoca una suerte de orientación subjetiva, que aleja de la imparcialidad, cualidad esta imprescindible de todo juez.

Ambas cosas, investigador y juez, eso es lo que el procedimiento mixto pretende. La práctica ha demostrado que es imposible que el juez sea un investigador imparcial y ello provoca que sea inquisitivo y autoritario. El juez de instrucción es quien, en definitiva, juzga, después de la etapa crítica instructoria, sobre la procedencia o no de la acusación. Es cuestionada su imparcialidad, investiga durante la instrucción, luego cuando él estima que está concluida corre vista al fiscal para que acuse, porque si considera que no debe acusar, antes ya dicta el sobreseimiento a la prórroga extraordinaria. El fiscal puede acusar o no; si no lo hace, el juez de instrucción no queda conforme y eleva al fiscal de Cámara, es decir, insiste en su tesis acusatoria.

Las pruebas, aspecto trascendente en esta etapa del proceso, se deciden prácticamente a su arbitrio: las partes pueden proponer, pero si el juez de instrucción las rechaza, su resolución es irrecurrible. Pensemos en la hipótesis de una prueba fundamental que puede desaparecer en el transcurso del tiempo. Si el juez se obstina en que esa prueba es impertinente respecto de su prueba de investigación, ¿cómo se repara este daño si con esta prueba el fiscal o la defensa puede probar en el plenario su pretensión? Entonces, llegó el momento de purificar los conceptos: el Ministerio Público debe ser el titular

de la acción penal y el responsable de sostener la acusación ante el tribunal de juicio. Para ello, debemos contar con todos los poderes necesarios.

Pero ¿cómo puede acusar si no tiene todos esos medios? Debemos superar todas esas hipocresías, todos entendemos que es así, y que es posible la adecuación de los recursos sin que ello signifique, en principio, mayor erogación. Se puede consolidar la autonomía funcional del Ministerio Público para que cumpla verdaderamente con el *rol* que se impone a la sociedad. No permitamos que nuestra negligencia como hombres de derecho provoque la vuelta del caos, la inseguridad jurídica, debemos brindarle a la sociedad respuestas a sus angustiantes requerimientos de justicia, si no queremos abrir las puertas al infierno de la justicia por mano propia.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, en un fallo reciente, completó la tarea de elaboración doctrinaria sobre el papel del Ministerio Público en el proceso penal mixto y, sobre todo, en la necesaria acusación para habilitar al tribunal al dictado de una sentencia condenatoria, y cerró el círculo persecutorio del Estado al absolver de la culpa y cargo al imputado cuando, en el debate, el fiscal no formuló acusación. Recordemos que la Corte nacional quedó en la puerta al declarar la nulidad de la sentencia condenatoria por falta de acusación fiscal, pero posibilitando el recurso de la causa para un nuevo juzgamiento, intención esta que significa, a nuestro criterio, un regreso al infinito, vulnerándose la garantía constitucional del derecho al recurso entablado solo para el imputado a partir de la reforma de 1994.

Esta decisión significa, entonces, el cumplimiento irrestricto de las nuevas garantías constitucionales del proceso penal y, por ello, transcribimos íntegramente sus partes en la sección de jurisprudencia.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL
(UN PARADIGMA DE LO QUE NO HAY
QUE HACER).
ALGUNAS OBSERVACIONES A LA LEY 25.087
DE REFORMAS AL CÓDIGO PENAL

Por JORGE E. BUOMPADRE*

§ 1. IDEAS GENERALES SOBRE LA REFORMA

El 7 de mayo de 1999 fue promulgada, por el Poder Ejecutivo Nacional, la ley 25.087 (BO, 14/5/99) que introdujo novedosas e importantes reformas al Título III del Libro II del Código Penal –“Delitos contra la honestidad”–, modificando delitos de viejo cuño, derogando otros cuyo encaje en el marco directriz del moderno derecho penal sexual venía siendo cuestionado por la doctrina penal contemporánea y, en fin, incorporando nuevas figuras que no aparecen registradas entre los antecedentes de nuestra codificación penal.

La reforma, en general, ha significado un cierto (aunque tímido) avance en materia de delitos sexuales, fundamentalmente porque su contenido responde a las exigencias de un derecho penal propio de un estado de derecho consecuente con los lineamientos programáticos de la reforma constitucional de 1994, que están orientados, ciertamente, hacia un Estado protector de las libertades individuales, entre las que se in-

* Profesor titular de Derecho Penal, Parte especial, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE).