

## **LA INSTRUCCIÓN COMO PRE-JUICIO\***

**Por MARTÍN ABREGÚ\*\***

Artículo publicado en la obra colectiva *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

### **Introducción**

Es sabido que la instrucción nace de un prejuicio: se sospecha que una persona ha cometido un delito. En ese sentido, la instrucción es el momento en el que se enfrentan el principio constitucional que dispone que toda persona es inocente hasta que se demuestre su responsabilidad penal con la necesaria investigación dirigida a demostrar justamente lo contrario: la presunción de inocencia se contrapone con la sospecha de culpabilidad.

Esta tensión entre los derechos del imputado y la necesidad de investigar un delito, ha sido resuelta por un sector importante de la doctrina y la legislación caracterizando a la instrucción como una etapa preparatoria del juicio. En este trabajo trataremos de presentar una visión parcialmente distinta, que hace hincapié no en el carácter preliminar de la instrucción sino en la identificación de su propio objeto y fin. Por ello, preferimos hablar de la instrucción como un pre-juicio,

---

\* En esta nota debería agradecer a Julio MAIER por leer una primer versión de este trabajo y dedicarle el tiempo necesario para compartir sus sugerencias y discrepancias. Sin embargo, ese agradecimiento sería incompleto si no hiciera mención a su permanente apoyo durante mis años de formación y por sus incansables esfuerzos (e infructuosos, dirán algunos, incluyendo al propio Julio) para que aprendiera Derecho penal y procesal penal. Pero esta nota seguiría siendo incompleta si no le agradeciera también la amistad con la que me honra.

\*\* Agradezco a Alberto BOVINO, por su insistencia para que escribiera estas ideas que conversamos hace muchos años. Mirna GORANSKY, por su parte, colaboró con ideas, datos y correcciones.

en el sentido de que se trata de una etapa que debe resolver interrogantes distintos a los que dominan el juicio propiamente tal<sup>1</sup>.

Las cifras son coincidentes en el reducido número de causas que llegan a la etapa del juicio. Al respecto, no parece haber demasiadas diferencias entre sistemas inquisitivos y acusatorios, “viejos y caducos” y nuevos, o, incluso, eficaces e ineficaces. En la Argentina, las cifras más optimistas mencionan que alrededor de un cuatro por ciento de causas que ingresan al sistema de administración de justicia penal llegan al debate<sup>2</sup>. En Estados Unidos, “los porcentajes exactos son difíciles de calcular para todo el sistema de justicia penal, pero en los principales tribunales federales, alrededor del 80 o 90 % de las acusaciones por hechos delictivos no llegan a juicio”<sup>3</sup>; en los tribunales estatales, que intervienen en la mayoría de los casos penales, esta cifra se eleva al 91 %<sup>4</sup>. En el mismo sentido, las cifras recogidas en Chile a partir de la reciente y exitosa implementación de un nuevo Código Procesal Penal presentan un panorama similar, en el que las causas que son elevadas a juicio con el nuevo sistema no son muchas

---

<sup>1</sup> No ignoramos que el término “juicio” tiene un significado muy específico en el Derecho procesal penal actual y, cuando hablamos de “pre-juicio” de ninguna manera queremos asimilar ambos términos. Por el contrario, tal como trataremos de demostrar a lo largo de este trabajo, el “pre-juicio” al que aquí nos referiremos no tiene casi nada en común con el “juicio” ni en lo referido a su objeto ni a sus condiciones de realización.

<sup>2</sup> Cf. *Informe Anual 2001 de la Procuración General de la Nación*, ps. 511 y ss.; una cifra más llamativa es que, según el mismo informe, sólo el diez por ciento de los casos con autor individualizado se elevan a juicio.

<sup>3</sup> LYNCH, G., *Plea Bargaining: El sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos*, p. 298. **[Comentario agregado]** Gerard LYNCH es, desde el año 2000, Juez Federal de Distrito del Distrito Sur de New York. Con anterioridad, se dedicó a la práctica privada, fue Jefe de la División Criminal de la Oficina del Fiscal de Distrito del Sur de New York, Vicedecano de la Facultad de Derecho de COLUMBIA UNIVERSITY (New York), y Profesor de Derecho (penal, procesal penal y criminología) en la misma Universidad.

<sup>4</sup> Datos de la Oficina de Estadísticas del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, citados por LANGBEIN, J., *Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio por jurados*, nota 7, p. 47.

más que las que llegaban con el sistema anterior (todavía vigente en la Región Metropolitana, que incluye la ciudad de Santiago de Chile)<sup>5</sup>.

Frente a esta situación, clarificar el objetivo y el fin de la instrucción es avanzar en el tratamiento de la gran mayoría de los procedimientos penales, que no llegarán a verse beneficiados por la cuidadosa ingeniería funcional del juicio.

### **¿Una instrucción preparatoria?**

“La instrucción preparatoria es un problema propio del enjuiciamiento penal y uno de los más delicados a enfrentar a la hora de decidir políticamente su regulación”<sup>6</sup>. La sospecha acerca de la comisión de un delito genera la necesidad de una investigación. Al mismo tiempo, la utilización del poder público para esa investigación lleva aparejada una necesaria limitación de los derechos de aquellos sospechados o de otra forma alcanzados por la persecución penal, lo que obliga al legislador a tomar los recaudos necesarios para evitar el uso arbitrario de las facultades estatales<sup>7</sup>.

Es por ello que, en palabras de MAIER: “le era absolutamente necesario al Estado —como persecutor penal— contar con un período en el que, cuidando de no lesionar gravemente los derechos fundamentales del individuo, pudiera investigar sin mayores trabas formales la realidad acerca de un injusto que no había observado, y, por lo tanto, debía reconstruir para formar su decisión acerca de la demanda para la aplicación de la ley penal, pues incluso esa decisión, la de someter al individuo a un juicio público, tomada sin fundamentos suficientes,

---

<sup>5</sup> Cf. BAYTELMAN, A. y DUCE, M., *Evaluación de la Reforma Procesal Penal*, cap. VI.

<sup>6</sup> MAIER, J., *El Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*, p. 660.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 660.

lesiona al individuo imputado en su honor y libertad; *de allí la justificación de la instrucción preparatoria*"<sup>8</sup>.

En un sentido coincidente, la mayoría de la doctrina acompaña esta frecuente caracterización de la instrucción como "preparatoria" o "preliminar". Una descripción bastante compartida por varios de los autores consultados es la que realiza VÉLEZ MARICONDE:

*"El proceso penal debe comenzar por una investigación que sirva para excluir el delito, por determinar un sobreseimiento, o para dar fundamento a la acusación, es decir, por una actividad encaminada a reunir los elementos útiles para justificar o no el juicio plenario...*

Esta necesidad de una fase preparatoria autónoma se conecta claramente a los intereses que han de tutelarse: *Si es preciso comprobar sin tardanza los hechos que se creen delictuosos, individualizar a sus presuntos culpables, llevar a cabo contra ellos los actos coercitivos indispensables y reunir las pruebas que darán fundamento a la acusación, con lo cual se 'mantiene el orden jurídico y se protege la vida y la propiedad de los ciudadanos'...*

La investigación preparatoria del juicio, sin duda, evita el peligro de que desaparezcan las pruebas del delito o que el imputado consiga eludir la acción de la justicia, vale decir, que se torne imposible la actuación de la ley, al mismo tiempo que sirve para poner de manifiesto la falsedad o sinrazón de las imputaciones iniciales, evitando que el imputado sea llevado a juicio público en virtud de una acusación carente de fundamento.

*Bajo el aspecto negativo* preindicado, la instrucción tiene *una primera finalidad específica: eliminar juicios injustos o inútiles...*

*Bajo el aspecto positivo*, es fácil observar que *el juicio plenario se apoya en la instrucción: ésta reúne los elementos de convicción que aquel emplea, después de haberlos sometido a examen y control...*"<sup>9</sup>.

Si nos hemos extendido en la cita de estos autores es porque representan la opinión dominante sobre la instrucción que, con variantes menores, se repite en gran parte de la doctrina. Es

---

<sup>8</sup> MAIER, J., *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª ed., p. 362; destacado agregado.

<sup>9</sup> VELEZ MARICONDE, A., *Derecho procesal penal*, 3ª ed., t. I, ps. 384-385; bastardillas en el original, subrayado agregado. En el mismo sentido, CLARIÁ OLMEDO, J., *Derecho procesal penal*, t. II, p. 526.

interesante destacar que, a pesar de que la doctrina en general reconoce la función selectora de la instrucción al tener como uno de sus dos objetivos el “eliminar juicios injustos o inútiles”, tal como puede leerse en la cita de VÉLEZ MARICONDE, ello es entendido como un objetivo “negativo”, esto es, sólo como una consecuencia de no haber podido alcanzar su razón de ser: elevar la causa a juicio. En el mismo sentido, los autores se refieren a “la naturaleza preparatoria de la instrucción preliminar”<sup>10</sup> o a “un período netamente preparatorio”<sup>11</sup>.

La legislación, por su parte, acompaña esta doctrina dominante y, en general, los códigos procesales modernos se refieren a la etapa de la investigación penal como un “procedimiento preparatorio”<sup>12</sup> o expresiones similares. Una mención aparte merece el Código Procesal Penal de la Nación, que en su artículo 193, dispone que:

“La instrucción tendrá por objeto:

- 1) Comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad.
- 2) Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen o influyan en la punibilidad.
- 3) Individualizar a los partícipes.
- 4) Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado...
- 5) Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque el damnificado no se hubiera constituido en actor civil”.

Como puede observarse, en este texto ya no se trata solamente de hacer referencia al carácter preparatorio de la instrucción, sino que

---

<sup>10</sup> MAIER, J., *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª ed., p. 363. Para este autor, “la instrucción (procedimiento preparatorio y preliminar) es el período procesal cuya tarea principal consiste en averiguar los rastros —elementos de prueba— que existen acerca de un hecho punible que se afirmó como sucedido, con el fin de lograr la decisión acerca de si se promueve el juicio penal —acusación— o si se clausura la persecución penal —sobreseimiento— ...”.

<sup>11</sup> BINDER, A., *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed., p. 235.

este artículo identifica como objeto de la investigación el mismo objeto que tiene el juicio. De hecho, si uno incluyera este artículo dentro de la sección dirigida a regular la etapa del juicio, probablemente la redacción sería muy similar. Ello responde, claro está, a la concepción de una instrucción preparatoria que, desde este punto de vista, debería tomar una decisión al final de la investigación que de alguna manera anticipa la resolución del tribunal oral. Desde esta perspectiva el cierre de la instrucción es, sin duda, un prejuicio en el peor de los sentidos.

La lectura del artículo 193, CPP, ya citado, nos obliga a preguntarnos: si éste es el objeto de la instrucción, ¿cuál es la finalidad del juicio? ¿Se trata acaso sólo de ratificar (o rectificar) lo decidido por una investigación preliminar? Sin duda, seguir considerando a la instrucción como preparatoria favorece la confusión en cuanto a los fines de la investigación.

Lógicamente, para la posición que destaca el carácter preparatorio de la instrucción, toda forma de terminación de esta etapa que no sea la elevación a juicio —o, por la negativa, la eliminación de juicios inútiles— parece ser una desviación de un curso natural. En palabras de MAIER: “La instrucción preparatoria o la investigación preliminar finaliza con el requerimiento de la fiscalía para el enjuiciamiento del imputado (acusación) o para la conclusión de la persecución penal (sobreseimiento = sentencia absolutoria anticipada)... Existen otros modos de finalización que, sin ser anormales, no son deseables, esto es, no derivan del fin al cual se destina este período del procedimiento”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Código Procesal Penal de Guatemala, cap. IV; Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, cit., cap. 4.

<sup>13</sup> MAIER, J., *Derecho procesal penal*, t. II, p. 160. Es necesario destacar, sin embargo, que el recientemente aprobado Código Procesal Penal de la Provincia de

Alejándose de la postura más tradicional y difundida, algunos autores, especialmente entre los juristas alemanes, hacen referencia a aquellos aspectos “no preparatorios” de la instrucción e incluso cuestionan lo que consideran una caracterización teórica de la instrucción que se aleja de la práctica. Así, ROXIN sostiene que: “El procedimiento de investigación, que según el programa originario del legislador sólo debía preparar el procedimiento que tenía su coronación en el juicio oral, se ha convertido, entretanto, con frecuencia en la parte esencial del proceso penal”<sup>14</sup>.

En el mismo sentido, WOISCHNIK afirma que “La etapa preparatoria sigue constituyendo la fase procesal decisiva” y abunda en la nota que “Desde el punto de vista alemán, este conflicto no es desconocido. Es cierto que, según el parecer del Tribunal Constitucional Federal, en el derecho alemán el juicio es la parte esencial del proceso penal, mientras que las etapas procesales anteriores tienen una importancia subordinada. Pero, por otro lado, es hoy un dato seguro que ya en la etapa preparatoria se toman decisiones y disposiciones que, o bien concluyen el procedimiento anticipadamente en esa fase, o a lo sumo son, posteriormente, prácticamente imposibles de corregir”<sup>15</sup>.

En palabras de DUCE y RIEGO, dos de los promotores de la reforma procesal penal en Chile: “Uno de los cambios más importantes que la reforma del proceso penal debe significar, es el de cuestionar lo que podemos caracterizar como la forma tradicional de entender los procesos judiciales. Esta manera de comprender los procesos... entiende que los procesos judiciales están constituidos por un conjunto

---

Chubut (CPP Chubut), en cuya elaboración también participó este mismo autor, tiene una estructura parcialmente diferente a los proyectos anteriores e incluso parece distanciarse de esta afirmación, por ejemplo, al considerar a las otras salidas de la Instrucción como “Vicisitudes” (art. 9, CPP Chubut).

<sup>14</sup> ROXIN, C., Derecho procesal penal, p. 326.

<sup>15</sup> WOISCHNIK, J., *Juez de instrucción y derechos humanos en Argentina*, p. 35.

de actuaciones sucesivas y necesarias, por medio de las cuales se van cumpliendo las condiciones mínimas para alcanzar un objetivo, que es el de la decisión judicial definitiva”<sup>16</sup>.

Otras legislaciones procesales también se alejan de las caracterizaciones de la instrucción como preparatoria. Así, por ejemplo, puede mencionarse el caso del recientemente sancionado Código Procesal Penal de Chile, que dispone que:

“... la investigación se llevará a cabo de modo de consignar y asegurar todo cuando condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo. Así, se hará constar el estado de las personas, cosas o lugares, se identificará a los testigos del hecho investigado y se consignarán las declaraciones...”<sup>17</sup>.

En esta disposición se ha optado, desde nuestra perspectiva en forma correcta, por hacer una descripción de las actividades que se llevarán a cabo durante esta etapa, sin necesidad de destacar ninguna finalidad en particular<sup>18</sup>. Una descripción de este tipo resulta más acertada y es consistente con el resto de este texto legal, que denomina a esta etapa como “la investigación”, sin ningún adjetivo que haga referencia a una supuesta cualidad “preparatoria” o “preliminar”.

Podemos concluir de esta rápida revisión de la doctrina, que, mientras la corriente mayoritaria, especialmente en nuestro país, se vuelca por una visión de la instrucción como preliminar, hay autores y textos legales que cuestionan esta posición tomando como elemento central para ello esos mismos datos de la realidad que mencionábamos en la introducción y que ponen en crisis el paradigma “preparatorio” de la investigación.

---

<sup>16</sup> DUCE, M. y RIEGO, C., *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, ps. 343 y 344.

<sup>17</sup> Código Procesal Penal de Chile, art. 181.

<sup>18</sup> Resulta desacertado, sin embargo, que el art. 18 comience con una referencia a “los fines previstos en el artículo anterior”, especialmente si se considera que no hay ningún “fin” previsto en esa disposición; cf. art. 180 Código Procesal Penal de Chile.

## La instrucción preparatoria y el debido proceso

La caracterización de la instrucción como preparatoria oculta, hace invisible, la realidad de los procesos penales actuales, en los que la instrucción es el gran filtro en la selección de aquellos hechos que serán castigados. En la gran mayoría de los casos, esto es en porcentajes que van del 80 a más del 95 % de los asuntos, la instrucción es la etapa procesal en la que se decide el conflicto social que tiene por objeto el proceso penal. La pregunta obligada, entonces, versa: ¿debemos seguir caracterizando a la investigación de una forma que oculta, o al menos ignora, lo que ocurre con 90 de cada 100 procesos penales<sup>19</sup>?

Un ejemplo de esta “invisibilización” de la forma en que se deciden la gran mayoría de los casos, y de las consecuencias que ello acarrea para la vigencia de los derechos individuales y, especialmente, para el debido proceso penal, es el mecanismo del *plea bargaining* utilizado en el sistema procesal de los Estados Unidos. A pesar de que, tal como hemos mencionado más arriba, alrededor del 80 o 90 % de las acusaciones concluyen por “la declaración de culpabilidad del acusado y/o por la reducción de los cargos por parte del Estado”<sup>20</sup>, “estos hechos son percibidos típicamente como distorsiones del refinado modelo de procedimiento que, en principio, debería aplicarse pero que, lamentablemente, en la práctica es dejado de lado con frecuencia. Aun cuando el *plea bargaining* y la discreción del fiscal puedan decidir el

---

<sup>19</sup> Una pregunta adicional vinculada con la caracterización de la instrucción como preparatoria es de índole político-criminal: ¿sería deseable que la investigación penal fuera en la mayoría de los casos el antecedente de un juicio? No es éste el lugar para contestar esta pregunta pero, al menos, queremos dejar planteado que cada vez es más extendida la opinión que busca salidas alternativas a la sanción penal para los conflictos sociales —mientras la doctrina tradicional, al caracterizar la instrucción como preparatoria, pareciera apoyar la posición contraria—.

<sup>20</sup> LYNCH, *Plea Bargaining*, cit., p. 298.

destino de la mayoría de los acusados, solo raramente estas prácticas son percibidas como un sistema autónomo”<sup>21</sup>.

Como destaca LYNCH, “El hecho de que estos procedimientos existen... no significa que sean necesariamente justos”<sup>22</sup>. En la práctica, este sistema contiene una variedad de limitaciones al derecho de defensa y un aumento considerable de las facultades discrecionales del fiscal que, sin duda, conspiran contra el principio del juicio justo<sup>23</sup>.

Sin alcanzar los niveles de perversión que en la práctica significa el sistema del *plea bargaining* en los Estados Unidos, constituye un secreto a voces entre nosotros que la instrucción ha perdido la función que originariamente había previsto el legislador y se ha convertido en una etapa decisiva del proceso penal. Es en este sentido que ROXIN, reconociendo la centralidad de la instrucción, propone diseñar una nueva ingeniería para la investigación que asegure el debido proceso. Este autor hace referencia a las demandas de reforma que avanzan en esta dirección<sup>24</sup> y afirma que “es imperiosamente necesario darles al imputado y al defensor mayores posibilidades de influir sobre el procedimiento de investigación”<sup>25</sup>.

Un dato no menor respecto a las violaciones a las garantías individuales en esta etapa del proceso es el hecho de que gran parte de la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos se concentre en esta etapa del proceso penal<sup>26</sup>. Los organismos internacionales han ratificado la vigencia de la normativa supranacional durante el transcurso de la investigación

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 296.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 305

<sup>23</sup> *Ibidem*, ps. 300 y ss.; una obra especialmente interesante para la tesis aquí defendida es FEELEY, M., *The Process is the Punishment, Handling Cases in a Lower Criminal Court*.

<sup>24</sup> ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 334

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 326

penal a partir justamente de la constatación de la necesidad de proteger con mayor recelo las garantías del debido proceso durante la investigación penal<sup>27</sup>.

Como afirma MAIER, "El procedimiento de construcción de la verdad procesal es, durante la instrucción preliminar, un procedimiento básicamente autoritario, cualquiera que sea la autoridad que lo preside o dirige (juez de instrucción o fiscal)"<sup>28</sup>. Es por ello que, asumiendo la importancia que en la práctica ha adquirido la etapa de investigación, resulta indispensable revisar su caracterización, de modo de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales especialmente en este momento del proceso.

### **Aportes para la redefinición de la instrucción**

Si coincidimos entonces en que la definición de la instrucción como una etapa preliminar o preparatoria no es sólo irreal sino que además resulta riesgosa para la vigencia del debido proceso penal, entonces parece necesario explorar caracterizaciones alternativas, que reflejen la realidad y favorezcan la protección de los derechos fundamentales.

La propuesta es, entonces, pensar la instrucción como un "pre-juicio" (en el sentido de "juicio previo al juicio"), esto es, una etapa procesal en la que, al igual que en el juicio propiamente tal, se deben tomar decisiones evaluando las pruebas obtenidas en un proceso contradictorio. La diferencia es que, en esta etapa, las pruebas no hacen referencia a la culpabilidad o inocencia del imputado, sino que pretenden iluminar las decisiones asociadas a los objetivos propios de la investigación.

---

<sup>26</sup> CAFFERATA NORES, J., *Proceso penal y derechos humanos*, p. 134.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>28</sup> MAIER, J. *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª ed., p. 578.

Desde este punto de vista, la instrucción sería un pre-juicio en, al menos, dos sentidos: en primer lugar, durante la investigación se debe tomar una decisión sobre si corresponde o no aplicar algunas de salidas alternativas al juicio, incluyendo, por ejemplo, decisiones que puedan significar la suspensión del procedimiento a prueba, la extinción de la acción penal por diversos motivos, la conciliación, etc. En segundo término, si el proceso no termina antes, la instrucción debe concluir con una decisión que disponga si hay elementos o no para la elevación de la causa a juicio. Lo que se quiere destacar, entonces, es que la instrucción es una etapa decisiva —no preparatoria— en el proceso penal.

En el primer sentido, nos referimos a que, como es sabido, los códigos procesales penales modernos incluyen otras formas de finalización del procedimiento penal distintas a la condena o a la absolución del imputado. En nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo, es el caso de la suspensión del procedimiento penal a prueba, dispuesta en el Capítulo III del Libro Segundo del CPP Nación. Otros ordenamientos más avanzados incluyen otras salidas, tales como el principio de oportunidad. Estas disposiciones no tienen como objetivo preparar el juicio, ni tampoco eliminar juicios inútiles o injustos: se fundamentan en otras razones de política criminal que no tiene sentido destacar aquí, ya que la bibliografía al respecto es abundante y variada. Para la toma de decisiones vinculadas con estos u otros mecanismos que reconocen otras finalidades de índole político-criminal diferenciadas, poco ayuda la caracterización de la instrucción como preliminar o preparatoria.

Una situación similar se da en los supuestos de sobreseimiento. Si, tal como propone la doctrina clásica sobre la instrucción, esta sólo tiene una finalidad positiva (elevar a juicio) y una finalidad negativa

(desechar juicios inútiles o injustos), el derecho del imputado a su sobreseimiento queda subsumido en estos objetivos. Por el contrario, una instrucción que tuviera entre sus objetivos la investigación de un delito, por ejemplo, para desvirtuar acusaciones infundadas debería necesariamente llevar a resoluciones distintas en el trámite del proceso. Piénsese por ejemplo en el caso de una denuncia por un hecho en el que la acción penal se ha extinguido. Si la instrucción tiene como único objetivo evitar juicios injustos, entonces la investigación debería terminarse sin más. Si, por el contrario, la investigación también tiene por objeto, entre otros, “limpiar el buen nombre de los injustamente acusados”, entonces el imputado podría exigir su derecho a la continuidad de las averiguaciones para desbaratar las acusaciones en su contra<sup>29</sup>.

En el segundo sentido, la referencia a la instrucción como pre-juicio se refiere a la decisión de elevar la causa a juicio. En este caso, la instrucción debe ser un juicio previo al juicio en el que es necesario tomar una decisión sobre la existencia o no de elementos que justifiquen continuar el procedimiento penal y elevar la causa para que se pueda llevar adelante el debate. Aquí, entonces, la pregunta que el juez debe contestar es: ¿hay elementos para elevar la causa a juicio? Para responder a ese interrogante, el tribunal tendrá que evaluar las evidencias recolectadas, sin tener que preguntarse si existen “indicios vehementes de culpabilidad”, como esgrimía el viejo ordenamiento procesal penal nacional ni “elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquel es culpable como partícipe de éste”, como dispone el artículo 306 del CPP Nación.

---

<sup>29</sup> Entendemos que en una situación como ésta también hay cuestiones de política criminal involucradas que podrían justificar que el derecho “a limpiar el buen nombre” no pueda ser exigido a través de una investigación penal; sin embargo, ello

La propuesta que aquí se hace de considerar a la instrucción como un ante-juicio que debe contestar a la pregunta sobre si hay evidencias para elevar la causa a la siguiente etapa del proceso, no es diferente a la forma de entender esta decisión por parte de la doctrina procesal penal más moderna. Sin embargo, la consideración de la instrucción como pre-juicio lleva aparejados una serie de consecuencias adicionales.

En primer lugar, si la instrucción es un juicio previo al juicio, entonces el procedimiento para resolver las distintas cuestiones que se le presenten al tribunal deberá ser un proceso contradictorio que asegure el debido proceso también en esta etapa. Para decidir cuestiones tales como la suspensión del procedimiento a prueba o la aplicación del principio de oportunidad, por ejemplo, el procedimiento deberá asegurar que todas las partes puedan ser escuchadas de acuerdo con el principio de la igualdad de armas. La investigación, en este sentido, deberá avanzar hacia un proceso acusatorio y abandonar el carácter autoritario que describía MAIER más arriba.

Si, tal como explicaba ROXIN, el plan original del legislador era una instrucción rápida que anticipara un juicio contradictorio, hoy no podemos ignorar las estadísticas sobre la cantidad de casos que llegan al debate y la cantidad de aquellos que terminan durante la instrucción. Estas cifras nos obligan a revisar los postulados originales y proponer soluciones procesales realistas, que aseguren el debido proceso legal también para el 90 % de los casos que no superan la etapa de la investigación y que significan, muchas veces, otras formas de condena (como es el caso, por ejemplo, de la prisión preventiva). Por otra parte, una investigación contradictoria también ayudaría a

---

no afecta el argumento de que la inclusión de una u otra finalidad entre los objetivos de la instrucción lleva aparejadas consecuencias prácticas disímiles.

resguardar de mejor manera los intereses de las víctimas de un delito, ya que debería necesariamente incluir su mayor participación a lo largo de esta etapa del proceso. Un modelo interesante en esta dirección es el recientemente sancionado CPP Chubut, en el que todas las decisiones durante la investigación se toman en audiencia y hacen referencia a objetivos similares a los aquí identificados<sup>30</sup>.

En el mismo sentido, si la gran mayoría de los casos terminan con salidas distintas a la originalmente previstas que en muchas ocasiones tienen objetivos político-criminales distintos a los del juicio, es imprescindible llevar a cabo una reasignación de los recursos existentes, de modo tal de asegurar una distribución que responda a los objetivos dispuestos por el legislador. Por ejemplo, revisar los presupuestos para los casos en que se dispone la suspensión del procedimiento a prueba y el de los casos que se elevan a juicio, *vis a vis* la cantidad de casos que siguen uno u otro camino puede ser ilustrativo de la racionalidad (o irracionalidad) en la asignación de recursos. Esto no significa que la tarea sea la de revisar presupuestos sino, en general, la de revisar en qué medida se alcanzan los otros objetivos dispuestos por la ley.

Como puede observarse, las consecuencias que tendría considerar a la instrucción como un pre-juicio son absolutamente coincidentes con los diversos objetivos propuestos por la moderna doctrina procesal penal, que aspira a un proceso penal que asegure el debido proceso para todas las partes y que propone salidas alternativas al juicio como una forma de limitar los costos vinculados a la "solución penal". Para avanzar hacia un proceso que alcance esos objetivos es necesario deshacerse de la mochila que se arrastra del proceso inquisitivo, cuya

---

<sup>30</sup> CPP Chubut, cit., Libro I, Título I.

propuesta, coincidente con la ideología de ese tipo de procesos, es una instrucción preparatoria<sup>31</sup>.

### **Consideración final**

Un reciente estudio del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sobre la situación de la administración de justicia en Colombia propone un marco de análisis que parte de la identificación de “confusiones misionales” (instituciones que asumen funciones que no le corresponden, lo cual acaba por desvirtuar su naturaleza), “funciones desatendidas” (no se logra cumplir con una o más de las funciones asignadas) y “funciones sobreatendidas” (se dedica un exceso de esfuerzos o recursos para cumplir con determinadas funciones)<sup>32</sup>. Si bien esta clasificación ha sido diseñada para analizar las distintas instituciones que componen el aparato de seguridad y justicia, podemos verificar que las mismas confusiones pueden hallarse en las distintas etapas del proceso penal o, al menos, en la instrucción. Sin duda, en el caso de la investigación, las salidas alternativas y otras formas de clausura del procedimiento penal están desatendidas mientras que la preparación del juicio parece sobreatendida, al menos en lo que se refiere a la doctrina.

Avanzar hacia una nueva definición de la misión de la investigación penal requiere mucho más que estas reflexiones preliminares. Aquí sólo hemos tratado de cuestionar el modelo propuesto por la mayoría de la doctrina y esbozar algunas ideas que podrían estar incluidas en esa eventual reformulación.

---

<sup>31</sup> DUCE y RIEGO, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, cit., ps. 343 y siguientes.

<sup>32</sup> PNUD, *El conflicto, callejón con salida, Informe Nacional de Desarrollo Humano Colombia - 2003*, ps. 150 y siguientes.

Esta redefinición de objetivos y funciones, en todo caso, es de la mayor importancia, ya que lo que está en juego es cuál es el tratamiento que se le da a la gran mayoría de los procesos penales que nunca llegarán a juicio. Se trata, entonces, de proponer reformulaciones realistas en la etapa de investigación de un delito, de modo de asegurar el debido proceso de todos los actores en el momento en el que más lo necesitan, esto es, la efectiva implementación de los derechos fundamentales del imputado y de las otras víctimas del proceso penal.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BAYTELMAN, Andrés-DUCE, Mauricio, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal*, Ed. Centro de Estudios de Justicia de las Américas-Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2003.

BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos*, Ed. Del Puerto/Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, 2000.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, t. II, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1984.

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, Ed. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002.

FEELEY, Malcolm M., *The Process is the Punishment, Handling Cases in a Lower Criminal Court*, Russell Sage Foundation, New York, 1992.

LANGBEIN, John H., *Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio por jurado*, en "Nueva Doctrina Penal", 1996/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

LYNCH, Gerard E., *Plea Bargaining: El sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos*, en "Nueva Doctrina penal", 1998/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

MAIER, Julio B. J., *El Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*, en "Doctrina Penal", año 9, 1986, Ed. Depalma, Buenos Aires.

MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, 2ª ed., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996.

MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. II, *Parte general. Sujetos procesales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003.

PNUD, *El conflicto, callejón con Salida, Informe Nacional de Desarrollo Humano Colombia - 2003*, PNUD, Bogotá, 2003.

ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. I, 3ª ed., Ed. Marcos Lerner, Córdoba.

WOISCHNIK, J., *Juez de instrucción y derechos humanos en Argentina*.

#### **OTROS DOCUMENTOS CITADOS**

Informe Anual 2001 de la Procuración General de la Nación, Buenos Aires, 2002.

Código Procesal Penal de la Nación, Argentina.

Código Procesal Penal de Chile.

Código Procesal Penal de Guatemala.

Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut.