

Unidad II

ACTIVIDADES INICIALES Y DILIGENCIAS PRELIMINARES

Autor

Daniel González Álvarez

El Procedimiento Preparatorio en el Proceso Penal Dominicano

En estas líneas abordamos la unidad sobre el Procedimiento Preparatorio para la Escuela Nacional de la Judicatura, según las exigencias previamente establecidas en el programa para los cursos de capacitación de los funcionarios judiciales y para el resto de los operadores del sistema judicial: defensores públicos, fiscales y policías. En el texto agregamos otros aspectos que en nuestra opinión también son de gran importancia para abordar la comprensión de esta fase del procedimiento.

Aspectos Introdutorios

En el nuevo proceso penal podemos distinguir, al menos, cinco fases principales: el procedimiento preparatorio, el procedimiento intermedio, la fase de juicio, la etapa de impugnación de la sentencia, y finalmente la fase de ejecución.

Siguiendo una clasificación ya hecha por Binder, podemos afirmar que en la estructura del Proceso Penal se aprecian cinco momentos básicos, que responden a las etapas ya señaladas, a saber: un primer momento que consiste en la admisión del caso, donde se determina cuáles ingresan al sistema y cuáles no; un segundo momento donde se determina la relevancia del caso, para establecer si debe ir a juicio o no; un tercer momento determinado por el juzgamiento del caso, es decir el juicio, para establecer o descartar la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado; un cuarto momento determinado por el control del juzgamiento, donde se articulan los recursos; y finalmente un último momento de la ejecución, donde se establecen las formas y los modos de cumplimiento de la pena. Cada una de esas estructuras es un patrón de funcionamiento de seis elementos: sujetos, actos, tiempo, espacio, coerción y caso (hipótesis fáctica mas petición y decisión).

Pretendemos describir en estas líneas la estructura del procedimiento preparatorio, con el fin de facilitar el estudio y el análisis del nuevo sistema procesal. Entendemos que el conocimiento de la estructura del proceso es de suma importancia para tener una visión más o menos completa de la reforma, pero coincidimos con Binder al afirmar que ello no garantiza el conocimiento del proceso penal ni mucho menos del Derecho Procesal Penal¹.

¹ BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993. p. 208.

El estudio de la estructura del sistema procesal no debe tampoco subestimarse, puesto que "...muchas de las peores distorsiones de las garantías y principios fundamentales provienen de una estructura incorrecta o de las distorsiones que la práctica genera en la propia estructura del proceso penal..."². Es indispensable entonces conocer y manejar adecuadamente la estructura y el diseño del sistema, a sabiendas de que se trata de un conocimiento parcializado, pues lo importante será siempre comprender que el proceso constituye un medio para tratar conflictos surgidos entre seres humanos, con determinados fines o aspiraciones, en especial en procura de una solución o una redefinición del problema, para convertirlo en otro al menos de menor violencia y menor costo social.

La base de la transformación del sistema procesal penal no se agota, desde luego, en el nuevo Código Procesal Penal. Es necesario también una reforma organizacional que debe complementar los cambios y que habrán de reflejarse necesariamente en la estructura del Ministerio Público, en la de los órganos jurisdiccionales y en menor grado en la propia estructura policial. Haremos referencia exclusiva a la parte relativa al Código Procesal Penal, de manera que nuestras observaciones deberán complementarse con esos otros procesos de reforma. Para ello debe comprenderse que "...no es posible poner en vigencia un nuevo Código Procesal Penal sin una nueva ley de organización judicial, al menos cuando la reforma no consiste en pequeños remiendos normativos a las reglas del procedimiento, sino, antes bien, en una profunda transformación de la manera según la cual se administra justicia penal"³.

Por último, es necesaria también una precisión conceptual. El nuevo Código Procesal Penal Dominicano no menciona, al menos formalmente, la existencia de la Fase Intermedia. Dentro del Procedimiento Preparatorio se incluyen las actividades procesales a realizar en la "Audiencia Preliminar", que corresponde en sentido estricto a la Fase Intermedia, y a su vez se le asigna al Juez de la Instrucción la competencia para intervenir durante todo lo que se denomina Procedimiento Preparatorio. Sin embargo, apreciando la verdadera naturaleza de los actos que se cumplen en la Audiencia Preliminar, la actividad de los sujetos procesales, los roles que se le asignan, y principalmente las razones por las cuales se articula dicha audiencia, debemos concluir que se trata de una fase distinta de la inicial, razón por la cual la distinguimos de la Fase Preparatoria. Obsérvese además, que algunas de las disposiciones del propio Código hacen

² Ibídem, p. 207.

³ MAIER, Julio. *"Hacia una nueva justicia penal"*. En: **Anteproyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público**. Buenos Aires: Cuadernos de la Revista Doctrina Penal; Depalma, 1988. p. 5. Véase también MAIER, Julio B.J. y BINDER Alberto. *"Exposición de motivos del Anteproyecto de ley orgánica para la justicia penal y el Ministerio Público"* En: **Doctrina penal, teoría y práctica en las ciencias penales**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988. pp 8 a 16. (No.2)

referencia al Procedimiento Preparatorio, sin incluir dentro de él la actividad procesal de la audiencia preliminar, como por ejemplo en el artículo 150, donde se señala que el Ministerio Público debe concluir el procedimiento preparatorio con el respectivo requerimiento, es decir señala que esa fase concluye con la acusación o el archivo, no obstante que después continúa el procedimiento con la Audiencia Preliminar. En el artículo 286 se señala que las partes tienen la potestad de proponer diligencias de investigación en cualquier momento del Procedimiento Preparatorio, obviamente aquí no se incluye a la Fase Intermedia porque ya en la Audiencia Preliminar se presume que la investigación ha concluido.

Actos Iniciales del Procedimiento

El curso del procedimiento puede ser instado por **denuncia** de cualquier ciudadano o funcionario público y **de oficio** por los órganos encargados de la persecución penal (Policía, Ministerio Público). Ahora también se agrega la **querella** formulada por la víctima o por cualquier ciudadano en ciertos casos.

Cuando surge la noticia de delito por lo general se sabe muy poco acerca del hecho y de todas sus circunstancias, lo que hace evidente la necesidad de investigar con el fin de reconstruirlo hasta donde sea posible, para examinar si se trata de un hecho delictivo o no y si se dan los supuestos para la aplicación de la ley penal a un determinado sujeto.

Normalmente la maquinaria represiva comienza a funcionar con la denuncia, que puede realizar cualquier persona que tenga noticia de la posible existencia de un hecho delictivo de acción pública (artículo 262 CPP). La denuncia puede hacerse verbalmente, cuando el ciudadano se presenta ante la autoridad (Ministerio Público y Policía Judicial) y pone en su conocimiento el hecho; o bien puede presentarse por escrito (artículo 263 CPP).

Por regla general la denuncia constituye una facultad, que cada ciudadano examina si la ejerce o no en un caso concreto, según las circunstancias. No se trata de una obligación, y por regla el ciudadano no asume ninguna responsabilidad cuando decide no poner en conocimiento de la autoridad una noticia de delito. “Un Estado en el que los ciudadanos tuvieran esa obligación sería un estado policial en el que cada ciudadano se convertiría en garante del orden”⁴.

⁴ BINDER, Alberto. *Ob. Cit.*, p. 211.

Pero por excepción se establece que algunas personas están obligadas a denunciar por razones legales, éticas o profesionales. Tales son los supuestos que establece el artículo 264 del nuevo Código Procesal Penal: a) respecto de los funcionarios o empleados públicos que conozcan los hechos en el ejercicio del cargo; b) los profesionales que ejercen cualquier ramo del arte de curar, y c) **“los contadores públicos y los notarios públicos, respecto de infracciones que afecten el patrimonio o ingresos públicos” (art. 264 CPP).**

La **querella** también constituye otra forma de instar el procedimiento en delitos de acción pública. La pueden formular la víctima, respecto de delitos cometidos en su perjuicio, o cualquier persona cuando se trate de hechos atribuidos a funcionarios públicos. (artículo 85 CPP). Tratándose de hechos punibles que afectan intereses colectivos o difusos, pueden constituirse como querellante las asociaciones, fundaciones y otros entes, siempre que su objeto se vincule directamente con esos intereses (art. 85 CPP).

Finalmente, los órganos encargados de la persecución penal pueden iniciar su propia actividad **de oficio**, es decir sin necesidad de instancia especial de alguna persona o autoridad, cuando se trata de delitos de acción pública. Desde ese punto de vista dichos órganos tienen una amplia facultad de iniciativa en la investigación. Por lo general ellos toman noticia directa de un hecho aparentemente delictivo, y a partir de entonces se inicia toda la actividad procesal (Artículos 30, 88, 91, 273 CPP).

En relación con los delitos de acción pública pero perseguibles sólo a **instancia privada**, el Ministerio Público no puede ejercer la acción penal sino hasta después de que quien tenga derecho a instar haya formulado la denuncia. Sin embargo, aún antes de producirse esa instancia, podrán realizarse todos aquellos actos urgentes que tiendan a impedir la continuación del hecho o los imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que no afecten la protección del interés de la víctima (artículo 31 CPP).

Cuando el hecho configure un delito de **acción privada**, el proceso sólo podrá iniciarse cuando la persona legitimada para hacerlo formula la respectiva querella, pero en estos casos no hay etapas previas al juicio, ya que se presenta directamente ante el Tribunal de Sentencia (artículos 32, 359 y ss. CPP).

El régimen jurídico de esta querella por delitos de acción privada debe distinguirse de la querella que por delitos de acción pública pueden formular ciertas personas autorizadas para hacerlo (Arts. 85 y 267 CPP).

La Privacidad y el Secreto de las Actuaciones

En una clara defensa a dos intereses básicos, el nuevo Código dispone que **“el procedimiento preparatorio no es público para terceros”** (artículo 290).- Con ello se quiere tutelar, por un lado, la propia investigación y la aplicación de la ley penal, en la medida en que al inicio de las indagaciones la publicidad puede comprometer el éxito de las mismas, al poner sobre aviso a los involucrados y a sus encubridores, quienes alertados no sólo eluden la acción de la justicia sino además desaparecen los rastros del delito; y, por otro, se tutela también la imagen y el prestigio de los investigados, pues al inicio pueden aparecer algunas personas como sospechosas de haber realizado un hecho delictivo, pero se trata de hipótesis iniciales que requieren de verificación.

Los medios de comunicación tienen una gran responsabilidad al momento de orientar a los ciudadanos sobre la persecución del delito, en especial cuando se encuentran involucrados grandes intereses o de altos funcionarios públicos. Sin embargo no podemos dejar de reconocer, como muy bien se ha expuesto, que “el juez de instrucción, que ya era “el hombre más poderoso de Francia” a juicio de Napoleón, se convierte en un poder cuasi omnímodo cuando utiliza la prensa como caja de resonancia. Y es que una inculpación pública equivale a un juicio. La presunción de inocencia desaparece y el verdadero juicio en primera instancia se asemeja a un veredicto de la opinión pública...porque el primer juicio, el de la opinión pública, equivale siempre a una condena...”⁵.

En consecuencia, ese mecanismo debe utilizarse con sumo cuidado en protección de aquellos intereses. Como complemento de esas prohibiciones, el artículo 95 apartado 8 del nuevo Código dispone que el imputado tiene derecho a **“no ser presentado ante los medios de comunicación o ante la comunidad en forma que dañe su reputación o lo exponga a peligro”**, aspecto que se ratifica al exigirse a las autoridades de policía que no pueden permitir la presentación del arrestado a ningún medio de comunicación social o la comunidad, sin su expreso consentimiento manifestado en presencia de su defensor (art. 276.6 CPP). Estas disposiciones son también confirmadas por la obligación de los funcionarios que participan de la investigación de guardar discreción sobre las actuaciones cumplidas (art. 290 CPP).

⁵ MINC, Alain. **La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública**. Madrid: Temas de Hoy S.A., 1995. p.97.-

En nuestro criterio la prohibición se refiere a los funcionarios públicos y a las personas que por alguna razón deban intervenir en el proceso, como las partes, los testigos, los peritos, los traductores e intérpretes, y demás empleados administrativos de los Tribunales, de la policía y del Ministerio Público. No comprende a los medios de comunicación colectiva, pero sobre ellos hay otras restricciones respecto de las informaciones provenientes de los juicios públicos, cuando se puedan afectar intereses como los secretos oficiales, la integridad de los declarantes o el derecho del imputado y la víctima a un juicio imparcial y justo (artículos 308 y 309 CPP).- Desde luego es de esperar que estas potestades que autorizan ciertas restricciones sean utilizadas con mesura, con el fin de no desnaturalizar la publicidad del debate, y la información de los ciudadanos sobre lo que ocurre en los tribunales de justicia⁶.-

Cuando en contra del imputado no se ha pedido una medida de coerción, ni se ha solicitado realizar un anticipo de prueba, el Ministerio Público está facultado para ordenar el **secreto total o parcial de las actuaciones**, siempre que sea indispensable para el éxito de un acto concreto de investigación (art. 291 CPP). Esta medida debe ser interpretada en forma muy restrictiva, según lo ordena el artículo 25 del Código porque de ser generalizada podría obstaculizar el ejercicio del derecho de defensa y los derechos de la víctima.

La Actividad Policial

a. Las diligencias preliminares

Dentro del procedimiento preparatorio podemos ubicar lo que el propio Código denomina las “diligencias preliminares”, es decir las indagaciones propias que realiza la policía inmediatamente después de haber tenido noticia de la posible existencia de un hecho delictivo.

Se trata de una actividad típica de investigación, cuyo propósito consiste en “...*obtener y asegurar los elementos de prueba, evitar la fuga u ocultamiento de los sospechosos, recibir las declaraciones de las personas presentes e impedir que el hecho produzca consecuencias ulteriores...*” (artículo 274, véanse también arts. 91 y 92 del CPP).

⁶ Sobre el tema véanse NUVOLONE, Pietro. “*Segreto istruttorio e informazione*” En: **La ricerca sulla giustizia del Centro per la Riforma dello Statto**. Quali Garanzie (Italia), 199?. pp. 416 ss; y CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. “*La publicidad en el Código Procesal Penal*” En: **Revista de Ciencias Penales**. San José, 1977. N° 32 pp. 11 y ss.

Para proceder a realizar su investigación, la Policía tiene una serie de atribuciones que son señaladas en forma concreta en las disposiciones relativas a los medios de prueba (arts. 166 y ss. del CPP), como por ejemplo practicar inspecciones (173 CPP), levantamiento e identificación de cadáveres (174 CPP), practicar registros de personas, lugares o cosas, salvo el que requiere orden de juez (arts. 175 y 180), entrevistar personas presentes en el lugar del hecho (274 CPP), y las que establezcan otras leyes especiales que no contradigan las exigencias previstas en el nuevo Código Procesal Penal.⁷

Incluso la policía puede arrestar a una persona cuando se trate de delitos cometidos en flagrancia, de reos prófugos y cuando tiene en su poder evidencias que permitan deducir que puede ser autor de un delito y existe la posibilidad de que pueda fugarse (art. 224 CPP). Para tales efectos la policía debe ponerla inmediatamente a la orden del Ministerio Público, para que éste valore la situación o si lo estima procedente pida al Juez la aplicación de una medida de coerción, dentro de las veinticuatro horas contadas a partir de la captura (artículo 224 CPP), para lo cual debe seguir todas las medidas señaladas en el artículo 276 CPP.

Finalmente, conforme exponemos de seguido, la Policía debe realizar los actos de investigación que le encargue el Ministerio Público, y puede realizar todas aquellas facultades establecidas en leyes especiales, siempre que no hayan sido derogadas, incluso implícitamente, por el nuevo Código Procesal Penal.

b. La subordinación funcional de la policía respecto del Ministerio Público.

Para la práctica de estas diligencias preliminares, el nuevo Código dispone que la policía que realiza funciones de investigación está subordinada al Ministerio Público, con el propósito de hacer más eficiente la investigación y la recopilación de los elementos probatorios que deberán ser incorporados legalmente al proceso (véanse los artículos 22, 88, 92, 93, 259 CPP, entre otros).-

Los fiscales deben orientar jurídicamente la labor policial. Tanto ellos como los policías son los que con mayor cuidado y escrúpulo deben respetar las garantías procesales y los derechos fundamentales del imputado, ya que el irrespeto de aquellas normas traen como consecuencia

⁷ Sobre las funciones de la policía cfr. HIDALGO MURILLO, José Daniel. **Manual de derecho procesal penal para la investigación policial**. San José: Escuela Judicial, 1995. PP. 117 ss.

la inutilización de evidencias que de otra manera pudieron servir para acreditar la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado. Muchas investigaciones policiales no han tenido mayor éxito en los tribunales en virtud de haberse quebrantado garantías procesales y derechos fundamentales, en especial en lo que se refiere a la forma y los métodos de recoger esas evidencias, al momento de su descubrimiento o custodia, las que luego fueron invalidadas en el proceso, provocando situaciones de impunidad.

El fiscal debe ser un sujeto atento a orientar la labor policial, en especial en lo que se refiere a las garantías procesales. La verdad es que entre mayor participación se le permita al imputado y a la defensa en la adquisición de los elementos probatorios, mayor será el grado de confianza que los juzgadores depositarán en dichas pruebas, sobre todo en un sistema donde rigen los principios de libertad probatoria y libre valoración conforme a las reglas de la sana crítica⁸.

Esta dirección técnica del Ministerio Público sobre la policía es fundamental, puesto que, como bien se ha afirmado, aún cuando "...la titularidad de la acción penal esté reservada por la ley y la Constitución a los magistrados del Ministerio Público, son en realidad los cuerpos de policía los que, mediante sus denuncias e informes, ejercen el poder de dar impulso a la misma, controlan e influyen la marcha de la instrucción, recogen las pruebas, orientan o desvían las investigaciones...El principio constitucional según el que 'la autoridad judicial dispondrá directamente de la policía judicial' se convierte así, realmente, en su contrario: es la policía judicial quien dispone directamente de la autoridad judicial, orientando su trabajo conforme a las propias opciones e intereses."⁹

Esta deformación práctica es más real cuanto más independiente es la policía del Ministerio Público y de los jueces. Por esa razón el nuevo Código Procesal Penal delinea una mayor adscripción policial al Ministerio Público, con nuevas opciones de colaboración y dirección técnica. Se trata de una relación de colaboración y dependencia técnica, no de una subordinación administrativa.

El tema no ha sido pacífico. Se opina que "...el Ministerio Público no es ningún funcionario de investigación en la gran mayoría de los delitos de pequeña y mediana gravedad, sino, al contrario, un funcionario que trabaja las actas. Ello quiere decir que el fiscal, en la gran mayoría

⁸ MORA MORA, Luis Paulino, y GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. "La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina" En: **Ciencias Penales**, N° 5, marzo-junio 1992, pp. 53 ss.-

⁹ FERRAJOLI, Luigi. "Por una reforma democrática del ordenamiento judicial". En: **Política y justicia en el estado capitalista**. Barcelona: EF, 1978. p. 180.- Véanse también ARROYO GUTIERREZ, José Manuel. "Bases para una legislación policial en Costa Rica" En: **Ciencias Penales** N° 5, San José, marzo-junio 1992, pp. 9 ss; y SPANGHER, Giorgio y VOENA, Giovanni Paolo, **Soggetti, Profili del nuovo Codice di Procedura Penale**. 3° ed. a cura di Giovanni Conso e Vittorio Grevi. Padova: CEDAM, 1993. pp. 42 ss.-

de los casos criminales, es enterado de la existencia del procedimiento sólo después de la conclusión de las investigaciones policiales, investiga muy poco personalmente y no puede modificar demasiado el resultado de la averiguación policial con las investigaciones por él dispuestas...”, por esa razón, concluye este autor, “...a la policía debe serle concedida responsabilidad propia en el ámbito de la conducción de la investigación fáctica en virtud del progreso técnico, de sus nuevas y crecientes tareas y de la estructura personal mejorada, como también por su pericia superior”, en comparación con el Ministerio Público.¹⁰ Compartimos plenamente la reflexión inicial de Gössel, cuando se hace en el contexto de un sistema procesal penal tradicional, pero entendemos que el mejor correctivo se encuentra en una transformación de ambas instituciones. El Fiscal debe realizar y dirigir la investigación, es decir, debe dejar su ordinaria tarea de recopilar papeles para colocarse como director y orientador jurídico de la investigación policial, sin pretender sustituir al policía. Sólo así podrá contribuir efectivamente a mejorar la investigación policial desde todo punto de vista. Por su parte la policía debe comprender que el Fiscal está del lado de la justicia, de la aplicación correcta de la ley penal y que a esta última le interesa tanto la condena del culpable cuanto la absolución del inocente, pero la condena del culpable obtenida con pleno respeto de las garantías constitucionales y legales que se reconocen en un Estado de Derecho, por ello creemos indispensable la dirección funcional del Ministerio Público sobre la policía.

Ya en algunos países de América Latina han surgido roces y muchas dificultades para llevar a la práctica una adecuada dirección funcional. La verdad es que ello ha ocurrido por la falta de reglas claras y precisas que señalen cuáles son los verdaderos alcances y los límites de esa subordinación de la policía, no obstante que el en caso dominicano observamos un esfuerzo por indicar algunos de esos aspectos en su legislación (en especial en el artículo 93), pero la mayoría de las legislaciones se limitan a disponer en forma genérica que el Ministerio Público realiza la investigación con el auxilio de la policía, y que ésta última depende funcionalmente del primero y debe atender las órdenes que imparta (como se indica en los arts. 22, 92 y 259 CPP). La única posibilidad para impedir que éstas disposiciones se conviertan en dificultades operativas para combatir la criminalidad conforme lo exige un Estado de Derecho, se logra con una adecuada planificación, con la toma de conciencia sobre la necesidad de esta subordinación funcional y su razón de ser, pero sobre todo con la toma de decisiones a muy alto nivel, que

¹⁰ GÖSSEL, 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**. 1981, pp. 649, 650, 651.- Sobre las relaciones entre policía y Ministerio Público véase también GALLI, Guido. “Il pubblico ministero nella prospettiva del nuovo codice di procedura penale” En: **Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma**. 6° ed. a cura di Giovanni Conso. Zanichelli. Bologna, 1984. pp. 156 ss.-

permita articularla en forma adecuada y que impida en el trabajo diario de policías y fiscales que surjan malos entendidos y se evite que se convierta en un instrumento de obstaculización. De no ser así, al final, habrá perdido la batalla la lucha contra la impunidad.

La policía debe dar un aviso inmediato al Ministerio Público sobre el inicio de las diligencias preliminares, sin que pueda exceder de las 24 horas siguientes a su primera intervención (artículo 273 CPP), sin perjuicio del informe final sobre el resultado obtenido y de todas las diligencias practicadas para investigar el hecho delictivo, el cual debe ser rendido en el plazo de 72 horas, plazo que se reduce a 24 horas cuando se ha procedido al arresto del imputado (informe al que se refiere el artículo 277 CPP). Como bien se afirma, “el delicado problema de individualizar el momento en que surge la obligación de la policía judicial de referir al Ministerio Público la noticia de delito puede ser resuelto asumiendo como punto de referencia los extremos del delito de omisión de denuncia. La obligación surge en el momento en que la noticia de delito adquiere perfiles de determinación tal que el agente de policía judicial no podría razonablemente sostener que no se había percatado, desde el punto de vista del dolo, de encontrarse frente a una verdadera y propia noticia de delito”¹¹.

El aviso inmediato constituye un mecanismo para que el Fiscal intervenga desde el inicio de la investigación, o al menos para que tenga esa posibilidad, con el fin de orientar y brindar asesoría para obtener mejores resultados. También constituye un mecanismo de control y vigilancia sobre la función policial, como corresponde en un sistema democrático. Esos mecanismos de vigilancia los observamos también en las regulaciones entre los demás sujetos del proceso: los fiscales y defensores vigilan la función del Juez, incluso la pueden cuestionar y contradecir por medio de incidencias y recursos; el Juez también controla la actividad de las partes, al tomar las decisiones sobre los diferentes aspectos que le son sometidos a conocimiento; es decir se trata de una dinámica transparente de frenos y contrapesos que conforman el principio adversarial del nuevo proceso penal.

¹¹ NEPPI MODONA, Guido. *“Indagini preliminari e udienza preliminare”*. En: **Profili del nuovo Codice di Procedura Penale**. 3° ed. a cura di Giovanni Conso e Vittorio Grevi, Padova: CEDAM, 1993, p. 322.-

La investigación fiscal (la investigación preparatoria)

La idea de realizar una investigación preparatoria no es nueva. “El antecedente más remoto de procedimiento preparatorio dirigido por el acusador puede ubicarse en el enjuiciamiento acusatorio romano –*quaestio, accusatio o iudicium publicum*– y su sistema de acusación popular -aunque parece haber tenido también existencia en el acusatorio griego-”¹².

La investigación que realiza el fiscal constituye la actividad más sobresaliente y extensa del **procedimiento preparatorio**, pero no es la única actividad procesal de esta etapa, razón por la cual no deben asimilarse los conceptos de **procedimiento preparatorio** con la **investigación preparatoria o preliminar**.

Dentro del **procedimiento preparatorio** deben incluirse, además de la investigación fiscal preparatoria, las diligencias preliminares de la Policía, los actos conclusivos de la etapa, como la acusación y sus traslados, o la solicitud de sobreseimiento, y finalmente las actividades propias del juez, como por ejemplo anticipos de prueba, lo relativo a las medidas cautelares, la afectación de garantías constitucionales (allanamiento, intervención telefónica, etc), y cualquier otro aspecto incidental que deba resolver¹³.

“Sustancialmente, durante el período preparatorio existen cuatro tipos de actividades: 1. Actividades puras de investigación.- 2. Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento.- 3. Anticipos de prueba, es decir, prueba que no puede esperar su producción en el debate.- 4. Decisiones o autorizaciones, vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales.”¹⁴ Por consiguiente, la investigación preparatoria es solamente un aspecto más, aunque extenso y de relevancia, del procedimiento preparatorio.

¹² MAIER, Julio. **La investigación penal preparatoria del Ministerio Público**. Buenos Aires: Lerner, 1975. p. 30.-

¹³ En general sobre la instrucción en el Código Tipo y en los códigos procesales latinoamericanos, cfr. PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “*La instrucción procesal penal*” En: **XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal**. La Plata (Argentina): Universidad Nacional de La Plata, La Plata, pp. 301 ss.-

¹⁴ BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**, cit., p. 214.-

a. Definición de una política general de investigación y actuación

A partir de la vigencia del nuevo Código el Ministerio Público debe iniciar el diseño de una muy bien planificada política de persecución penal en todas y cada una de las materias de su competencia, la cual debe ser flexible, revisable y transformable conforme lo exijan las necesidades, pero debe recoger en alguna medida los valores y el sentir de la comunidad.

La criminalidad es un fenómeno muy variable, se sustenta en motivaciones diversas y es realizada por diferentes sectores de la población. No pueden asimilarse los esfuerzos para prevenirla y reprimirla, puesto que requiere de estrategias bien diferenciadas, con mecanismos muy distintos, y respuestas también diversificadas. No es lo mismo prevenir o reprimir los delitos ecológicos, que los abusos de poder y la corrupción en la administración pública; los delitos culposos en la circulación de vehículos en relación con los delitos sexuales; el abuso de poder económico en la empresa privada (como la sobrefacturación o la subfacturación, la competencia desleal, etc.) en relación con los homicidios; los asaltos callejeros en relación con los fraudes en el Registro de la Propiedad; los delitos de drogas en relación con los delitos de imprenta; etc.

Los mecanismos para prevenir esos diferentes tipos de criminalidad y las respuestas del sistema penal no pueden ser idénticos. En ese contexto el nuevo Código también estableció mecanismos de diferenciación de la respuesta penal. Se abandona la inflexible posición anterior, basada en las teorías absolutistas de la pena, según las cuales frente a todo hecho en apariencia delictivo debía tramitarse necesariamente un proceso para llegar a una sentencia definitiva, y en su lugar se instauran mecanismos de diversificación, desde el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal hasta otras alternativas como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, y el proceso abreviado, entre otros.

En consecuencia, las alternativas son muy variadas frente a un caso concreto. Lo anterior exige que el Ministerio Público planifique adecuadamente las posibles respuestas, como responsable de una parte muy importante de la política criminal del país, tomando en consideración una serie de factores sociales, económicos, humanos, jurídicos, circunstanciales.

No es posible pretender que cada fiscal, en cualquier lugar del territorio nacional, adopte la política que según su criterio sea la más adecuada frente a cierto tipo de criminalidad, sino que haya una concreta política de persecución penal que de ninguna manera deberá ser definitiva e

inmutable, sino que tenderá a transformarse y adecuarse con los cambios sociales. Es decir una adecuada planificación sobre las formas de operar, las posiciones a asumir, las estrategias, las alianzas y los acuerdos que puede adoptar el fiscal durante el curso de la investigación y durante el desarrollo de todo el proceso penal.

El proyecto de “**Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el procedimiento penal**” (Reglas de Mallorca) recomienda la adopción de esta política general para orientar la acusación y evitar las desigualdades y los tratos discriminatorios sobre casos similares, al disponer en la regla número A.3 lo siguiente: “***Cuando los fiscales estén investidos de facultades discrecionales, se establecerán, en la ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento***”. En ese mismo texto se señala que tal directriz fue también recomendada en el punto 17 del **VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente**, celebrado en La Habana, Cuba, en 1990.

Esa planificación debe comprender muy variados aspectos, no sólo de política criminal en general sino también aspectos muy particulares, como la manera de realizar las investigaciones. Además, debe planificarse por materias, tomando en cuenta las particularidades de cada tipo de criminalidad, el grado de afectación a la ciudadanía, la alarma social y otros factores, con el fin de adoptar posiciones. A su vez deben establecerse mecanismos de consulta y de control al interno de la propia estructura del Ministerio Público, que funcionen ágilmente, para solucionar cualquier duda, abuso o negligencia en el uso de estas distintas opciones que ofrece el sistema jurídico.

Como muy bien se señala en doctrina, debe “...otorgarse a la cabeza del ministerio fiscal la dirección de toda la institución encargándole hoy el establecimiento de prioridades y mañana la fijación de las políticas de persecución penal, estableciendo a la vez una disciplina jerárquica (con unidad de actuación y a los fines del cumplimiento de éstas), arreglada a los principios de imparcialidad y observancia de la ley... Debe consagrarse como regla general la atribución del ministerio público de decidir cómo va a investigar (estrategia de la investigación), qué instrucciones va a dar a la policía judicial, y qué pruebas va a seleccionar...”¹⁵.

También es indispensable se incluyan aspectos relacionados con la “dirección funcional”, y se establezcan reglas claras y precisas para orientar la forma en que los fiscales impartirán

¹⁵ CAFFERATA NORES, José Ignacio. “La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional” En: **Doctrina Penal**. Buenos Aires, pp. 681-683.-

instrucciones a la policía durante la investigación, más allá de las pautas ya señaladas en el artículo 93 del nuevo texto procesal penal, con lo cual se evitarán malos entendidos y roces innecesarios entre esos órganos, y para evitar las arbitrariedades y las incomprensiones que probablemente surgirán a falta de disposiciones expresas.

b. La informalidad de la investigación fiscal

La investigación del Ministerio Público es una actividad totalmente desformalizada, dirigida a determinar la existencia de fundamentos para la apertura a juicio, mediante la recolección de los elementos de prueba que permitan sustentar la acusación o la defensa del imputado (art. 259 CPP).

En su informalidad radica la gran diferencia con la instrucción formalista típica del sistema inquisitivo. El cambio de un Código a otro no ha consistido en trasladar hoy al fiscal lo que ayer hacía el juez. No se trata de un traslado de funciones de un sujeto a otro, que para el sistema habría significado lo mismo. El cambio consiste en una verdadera desformalización de las indagaciones previas a la acusación del fiscal, no sólo por la forma en que ésta se lleva a cabo, sino también en sus consecuencias, al restársele eficacia probatoria para sustentar la condena, salvo los casos excepcionales.

Como muy bien afirma Binder, “la investigación es una actividad eminentemente creativa; se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre. Se trata, pues, de la actividad que encuentra o detecta los medios que servirán de prueba. En la realidad de la mayoría de nuestros sistemas procesales, 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. Este fenómeno de burocratización de la investigación -fenómeno que genera mucha impunidad- es una consecuencia del procedimiento escrito y de la adopción del sistema inquisitivo en esta fase, lo cual lleva necesariamente a una formalización excesiva de la investigación. Aun los sistemas llamados “de juicio oral” que conservan sin embargo el modelo inquisitivo en esta etapa, padecen este defecto e, inclusive, ello produce luego una distorsión del juicio oral mismo (distorsión que se origina en la incorporación de la “prueba” del sumario, simplemente a través de su lectura o, mejor dicho, por su mera mención)”¹⁶.

¹⁶ BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. cit., p.214-215.-

En esa perspectiva la investigación del fiscal debe ser desarrollada con absoluto desprendimiento de ritualismos, a las actas típicas de la instrucción formalista del sistema inquisitivo. Es una actividad que debe ser versátil, dinámica, real, efectiva, con el fin de averiguar lo ocurrido y sustentar una concreta posición del Ministerio Público frente al caso.

El fiscal debe llevar un **“registro de la investigación”** (legajo) al que debe agregar solamente las actas de las diligencias realizadas cuando éstas sean útiles para fundar la acusación o para cualquier otro requerimiento de relevancia para el caso (según lo señala el artículo 261 CPP). Con esa disposición se pretende evitar que el Fiscal levante un expediente y lo llene de papeles, pero además tiende a evitar que los jueces, sobre todo los encargados del juicio oral, examinen documentos que puedan formarle anticipadamente un criterio sobre la posible solución del caso. El nuevo Código hace referencias concretas a ciertas actas y constancias del proceso durante la fase preparatoria (arts. 261, 263, 266.8, 273, 274, 277, 279 CPP), además de aquellas referidas a los actos probatorios autorizados, como las inspecciones, los registros, el secuestro de objetos, pericias, reconocimientos, etc. pero no va más allá, de manera que el “expediente” típico del sistema inquisitivo, plagado de papeles, debe desaparecer, para que surja un simple legajo de actuaciones, útil a los fines para los cuales se ha dispuesto una actividad preparatoria a la fase más trascendente del proceso que debe ser solamente la del juicio.

La desaparición de la instrucción formal del juez, y su sustitución por una investigación preparatoria del fiscal, no sólo fortalece la oralidad, con todas sus consecuencias (inmediación, contradictorio, concentración, valoración de la prueba conforme a la sana crítica, fundamentación de la sentencia, etc)¹⁷, sino que además fortalece la dinámica misma del proceso, el aspecto adversarial y su efectividad para buscar una solución real al conflicto humano que lo provoca y lo nutre. En otras palabras lo sustantivo pasa a ser trascendente, lo formal pierde terreno.

El tema de la investigación fiscal no ha sido pacífico en doctrina. **Ricardo Levene**, quien siempre atacó el traslado de la investigación al fiscal, llegó a afirmar: “...soy enemigo de la instrucción fiscal o citación directa, porque entiendo que la instrucción fiscal o citación directa viola expresamente la pureza del sistema acusatorio, porque la instrucción fiscal coloca al fiscal en condiciones decisorias de magistrado; porque la instrucción fiscal le da enormes facultades y desnaturaliza el proceso... Cuando al fiscal se le permite detener, allanar, secuestrar, dictar auto de procesamiento, carear, interceptar correspondencia, dictar prisión preventiva, conceder o no la excarcelación, quiero

¹⁷ Cfr. GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. *“La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal”* En: **La implementación de la reforma procesal penal**. Santiago (Chile): CDJ-CPU-NCSC, 1996; y en **Ciencias Penales** N° 11, San José, julio 1996, pp. 60 ss.-

preguntar de quién son esas facultades, si son del fiscal o son típicamente las facultades del juez de instrucción... La instrucción fiscal llega a vulnerar el principio del juez natural, por eso me opongo a ella, para mi modo de ver el debido proceso requiere una instrucción judicial...”¹⁸.

No pretendemos ahora contestar esa afirmación, sólo mencionar que el nuevo Código Procesal Penal no le otorga al fiscal la mayoría de las atribuciones que se mencionan, puesto que para realizar la mayoría de esas actuaciones se requiere la intervención del juez de la Etapa Preparatoria, lo cual implica que no asume funciones jurisdiccionales, porque al fiscal se le impide detener preventivamente al acusado más allá de las horas indispensables para solicitar una resolución del juez, así como también le impide recibir elementos probatorios que puedan luego introducirse al debate¹⁹.

En todo caso para evitar las dudas que puedan surgir, el Código Procesal Penal Dominicano hace una declaración de principio, ya en sus disposiciones iniciales, al señalar que “*Las funciones de investigación y de persecución están separadas de la función jurisdiccional. El juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal ni el Ministerio Público actos jurisdiccionales...*” (art. 22 CPP). En ese sentido debe interpretarse que el archivo de la causa por disposición del fiscal (autorizado en el artículo 281 CPP) no implica más que un acto de disposición sobre el ejercicio de la acción penal, el cual le está asignado exclusivamente a él, con las excepciones expresamente previstas sobre la participación de la víctima.

Algunos autores visualizan los actos del Ministerio Público y la Policía como una actividad de carácter preprocesal. En tal sentido, se afirma, “...la actividad inicial de la policía judicial y del Ministerio Público debe ser de carácter preprocesal, debe servir al proceso y no a la decisión, es decir no debe tener ninguna relevancia probatoria en el proceso, sino solamente debe servir para el ejercicio de la acción penal”²⁰. En esa perspectiva se afirma que el Ministerio Público es un órgano de investigación, de solicitudes pero no de decisiones, de acción pero no juzga.

¹⁸ LEVENE, Ricardo (hijo). **El debido proceso penal y otros temas**. San José (Costa Rica): ILANUD y Corte Suprema de Justicia, 1981. pp. 34, 35, 36.- En similar sentido véase FERRUA, Paolo. “*Il giudice per le indagini preliminari e l'acquisizione delle prove*” En: **Rivista di Diritto Processuale**. anno L (Seconda Serie), N° 1, gennaio-marzo, 1995, pp. 203 ss.-

¹⁹ Sobre la constitucionalidad de la tesis de trasladar la investigación al fiscal cfr. GONZÁLEZ-CUELLAR S., Nicolás. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990. pp. 123 ss.

²⁰ BERTONI, Raffaele. “*L'attività di indagine e di istruzione*”. En: “**Prospettive del nuovo processo penale**”. Jovene, Napoli, 1978. P. 61.- En igual sentido NEPPI, Guido. **Indagini preliminari e udienza preliminare**, cit., p. 306 ss.

El Ministerio Público sigue siendo un órgano de justicia²¹ que escapa a una posición de contraparte a ultranza del imputado, pues no es llamado a asumir una inflexible posición de acusador. Puede y debe solicitar el sobreseimiento o la absolución en los casos que así se justifique; y tiene el deber de no lesionar los derechos del imputado, tanto como el juez.

Obsérvese que el fiscal investiga con el fin de dar sustento a la actividad requirente que debe desplegar frente al órgano jurisdiccional, pero no para sustituir la actividad probatoria del juicio. Esta finalidad constituye un claro límite de la investigación, límite que no interesa superar porque los actos que realice no tendrán eficacia en otras etapas del procedimiento, salvo las limitadas excepciones.

La investigación permite al fiscal determinar los hechos que consignará en su acusación o en los que sustentará la solicitud de sobreseimiento. Con ella también individualiza los elementos probatorios que habrán de ofrecerse al Tribunal para ser recibidos durante el juicio, y que tienden a acreditar su acusación.

c. La objetividad de la investigación

La investigación del fiscal debe dirigirse a determinar si existen fundamentos para la apertura a juicio, que le permitan basar su acusación o la defensa del imputado. De ello se deduce irremediamente que a la sociedad le interesa tanto la condena del culpable cuanto la absolución del inocente. En consecuencia, tanto la policía como el fiscal deben investigar todos los hechos, así como identificar y poner a disposición todos los elementos probatorios, con absoluta objetividad, independientemente de que incriminen o favorezcan al imputado.

El nuevo Código Procesal resalta ese deber, al disponer que primero que el procedimiento preparatorio tiene por objeto determinar los fundamentos para la apertura a juicio mediante la recopilación de los elementos de prueba que permitan basar la acusación o la defensa del imputado (art. 259) y al disponer que *“es obligación del Ministerio Público extender la investigación a las circunstancias de cargo y también a las que sirvan para descargo del*

²¹ Sobre la naturaleza del Ministerio Público Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. **Constitución y proceso**. Madrid: Ed. Tecnos S.A., 1988, pp. 65 ss.; VELEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**. 2° ed. Buenos Aires: Lerner, 1969. volumen I, pp. 51 ss; SABATINI, G. **Il pubblico ministero nel diritto processuale penale**. Jovene, Napoli, 1943. vol. I, pp. 38 ss.

imputado, procurando recoger con urgencia los elementos probatorios y actuando en todo momento conforme a un criterio objetivo” (art. 260 CPP).

Se trata de disposiciones que moldean una verdadera actitud que deberá asumir en la práctica tanto la policía como el Ministerio Público. Corresponderá a los jueces de la etapa preparatoria hacer que estos preceptos sean respetados, así como también a los propios fiscales en la medida en que orienten el curso de las investigaciones, por ser el Ministerio Público un órgano de justicia más que un acusador a ultranza.

d. La valoración inicial del caso por parte del fiscal

Como una consecuencia natural de la política a seguir por parte del Ministerio Público, para evitar injusticias al disponer la persecución penal de manera innecesaria o inútil, e incluso para evitarse trabajo no productivo, el Fiscal debe realizar una valoración inicial respecto de cada caso apenas llegue a su conocimiento, de previo a proseguir con las investigaciones.- En otras palabras, cuando el fiscal avanza con la investigación preparatoria ha adoptado ya un criterio concreto respecto al curso del procedimiento, por los menos según el estado que a ese momento presentaban las diligencias, y que significa que por ahora no vislumbra la posibilidad de adoptar otro camino diferente, como sería la el archivo, la incompetencia, la posible aplicación de un criterio de oportunidad, la suspensión del proceso a prueba, la aplicación del procedimiento abreviado, la conciliación o cualquier otra medida tendiente a finalizar el proceso por una vía distinta.

Esta obligación se deduce de una relación de los artículos 279 y 280 del nuevo Código Procesal Penal. Obsérvese que esa última norma dispone que apenas tenga conocimiento de un hecho en apariencia delictivo, la investigación se inicia siempre que el Ministerio Público decida ejercer la acción penal, lo que presupone una valoración del caso, en cumplimiento de las políticas generales adoptadas por el Ministerio Público respecto de la persecución penal.

Al recibir las primeras diligencias el fiscal debe valorarlas con el fin de examinar si continúa con la investigación, o solicita alguno de los aspectos antes mencionados.- No se quiere un automatismo en la actividad de investigación del fiscal, sino un comportamiento reflexivo, valorativo, analítico.

Esta valoración inicial debe estar muy ligada a las directrices generales que el fiscal haya recibido, y a la política general que haya adoptado el Ministerio Público en relación con ese tipo de casos y según sus circunstancias.

e. La actividad probatoria del fiscal

Los elementos probatorios que servirán de base a la sentencia deben ser incorporados al proceso durante el debate oral y público. El juicio debe constituir la fase más importante y trascendente de todo el proceso penal, pues los elementos de prueba se introducen a él con plenas garantías, en presencia de todos los sujetos procesales, tanto las partes como el juez, lo que facilita su análisis y valoración; así como también en forma pública y contradictoria²². Las fases anteriores del proceso no deben seguir sustituyendo al juicio, y para ello debe restársele eficacia probatoria a los actos cumplidos en forma preliminar, salvo que se haya seguido el mecanismo previsto para los anticipos de prueba.

Ello significa que el fiscal, por regla general, no podrá ordenar la práctica de pruebas durante la investigación que tengan eficacia durante el juicio, salvo los casos expresamente autorizados, a los que haremos referencia de seguido.

El curso de la investigación será definido por las circunstancias del caso, las condiciones y los recursos de trabajo de la oficina, y las directrices generales de la Jefatura del Ministerio Público. Una vez recibida una noticia de delito debe indagarse cómo ocurrieron los hechos, para lo cual el Fiscal deberá realizar interrogatorios directos y personales a quienes puedan suministrar información, preparando así también la posible nómina de los testigos que ofrecerá para ser recibidos en la audiencia oral ante el Tribunal de Sentencia. Debe además recoger y conservar todas las evidencias que permitan probar los hechos ocurridos, las que aportará con su acusación. Asimismo dispondrá la práctica de aquellas pruebas que deban realizarse de inmediato, como por ejemplo las peritaciones, y procederá en forma directa a realizar una serie de actividades probatorias de carácter impostergable, las cuales puede realizar por excepción, al estar taxativamente autorizado para hacerlo.

²² BINDER, Alberto M. *"Perspectivas de la reforma procesal penal en América latina"*. En **Justicia Penal y Estado de Derecho**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993. pp.201 ss.-

La regla genérica señala que “**...Las actuaciones contenidas en el registro de investigación no tienen valor probatorio para fundar la condena del imputado...**” (artículo 261, párrafo segundo, del CPP), lo cual impide darle alcance probatorio a las actuaciones del fiscal, sin embargo esa misma norma de inmediato agrega “**...salvo las actas que este Código autoriza incorporar al juicio por su lectura...**”, lo cual implica que las actas levantadas durante la realización de algunas actuaciones con claro contenido probatorio, autorizados al fiscal, eventualmente podrán ser introducidas por lectura al juicio conforme lo señala y autoriza el artículo 312 en sus apartados 1, 2 y 3 del nuevo Código Procesal Penal.

En consecuencia, resulta indispensable pasar lista a los casos en que se autoriza al Fiscal o a la policía realizar determinadas actuaciones, porque eventualmente las actas que levanten para informar de lo acontecido podrán ser introducidas válidamente al juicio, con la posibilidad de que sean valoradas conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia para sustentar incluso la condena del imputado, según lo indican los artículos 172 y 333 del Código Procesal Penal.

Sin pretender agotar esas posibilidades, algunos de esos casos son los siguientes:

Inspección del lugar del hecho. El representante del Ministerio Público e incluso la policía, se encuentran autorizados a custodiar y comprobar, mediante la inspección del lugar y las cosas, los rastros y otros efectos materiales que sean el resultado del hecho punible, para lo cual levanta una acta donde describe y deja constancia todo lo acontecido, siempre que no se trate de uno de los lugares privados para los cuales necesita orden de juez (arts. 173 y 180 CPP).

Registro de personas, lugares o cosas. El fiscal y la policía también están autorizados para ordenar la inspección corporal del imputado o de cualquier otra persona, así como de lugares y cosas, cuando existan motivos que permitan suponer la existencia de elementos de prueba útiles para la investigación o el ocultamiento del imputado (artículo 175 CPP).-

Exámenes corporales del imputado en casos de urgencia. Excepcionalmente, cuando exista peligro en la demora que pueda significar la solicitud de autorización previa al juez, tanto el fiscal como la policía pueden disponer la práctica de exámenes médicos y otros peritajes sobre el imputado, como análisis de sangre, para la constatación de circunstancias relevantes para la investigación (artículo 99 párrafo 3 CPP)²³.

²³ Véanse nuestras observaciones contrarias a utilizar al imputado como objeto de prueba, en MORA MORA, Luis Paulino, y GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. **La prueba en el Código...**, cit., pp. 63 ss.

Prueba pericial. El fiscal también puede ordenar los peritajes que sean indispensables para el descubrimiento de la verdad, para lo cual debe seleccionar los peritos y determinar los extremos de la peritación, siempre que por sus características sea posible que se realice posteriormente un nuevo examen (artículos 207 y 287.1 CPP).-

Ordenar la autopsia. Como una excepción a las limitaciones dispuestas en los artículos 207 y 287.1, el Fiscal puede ordenar la práctica de la autopsia, que implica la realización de un peritaje que muy probablemente no se pueda repetir, al menos en su integralidad, aún cuando se conserven algunos tejidos, órganos, fluidos y otras partes del cuerpo para repetir en parte ciertos aspectos involucrados en el dictamen.

Requerir informes. Al igual que el juez, el fiscal puede requerir informes a cualquier persona o entidad pública o privada, sobre aspectos relacionados con la investigación, con todas las garantías y las consecuencias previstas para el caso de incumplimiento del deber de informar (285 CPP).-

Estos actos que puede realizar el fiscal son actos por lo general urgentes, o con poca incidencia en la posible afectación de derechos fundamentales, aunque tengan efectiva incidencia en el resultado del proceso. La posibilidad de realizarlos llega a configurar el denominado **principio de investigación autónoma del Ministerio Público**²⁴.

Cuando surjan conflictos entre el fiscal y los demás sujetos del proceso, como por ejemplo el imputado y su defensor, debe necesariamente intervenir el juez, conforme señalamos adelante. Como puede apreciarse, el Fiscal dispone de una amplia posibilidad probatoria excepcional durante la investigación. Pero obsérvese que no se ha mencionado la **prueba testimonial**, que constituye todavía la reina de la prueba en el proceso penal como un día lo fue la confesión, y que cada día pierde más terreno conforme se profesionalizan y tecnifican los métodos para reconstruir un hecho.

El fiscal podrá (y necesariamente deberá) interrogar testigos en el curso de su investigación, para lo cual ya no puede recurrir más a los escribientes o auxiliares, sino que deberá hacerlo en forma directa y personal. De lo contrario no estará nunca en capacidad de formular una acusación, o de decidir si corresponde ordenar el archivo o solicitar un sobreseimiento, pues sólo podrá estar en esa posibilidad quien haya interrogado a los testigos. Pero esos interrogatorios

²⁴ Al respecto véase GÖSSEL, 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.** cit. pp. 646 ss.

son totalmente informales, sin actas, pueden hacerse en el lugar de los hechos, en el domicilio o lugar de trabajo del testigo, incluso puede recurrirse al teléfono. Sobre el resultado del interrogatorio el fiscal deberá llevar notas o apuntes personales, donde consigne también observaciones, que le servirán tanto para formular sus requerimientos, cuanto para ofrecer la prueba y también para realizar el interrogatorio durante el juicio. Desde luego en esas notas personales deberá consignar el nombre completo del testigo, su domicilio o lugar donde localizarlo, y una referencia muy general y sintética sobre los aspectos que podría declarar, pues son requisitos que debe cumplir al momento de ofrecerlo como prueba.

De lo anterior se desprende la necesidad de que el fiscal que practique la investigación sea el mismo que mantenga la acusación durante el juicio. Esto le permitirá tener un conocimiento más exacto de lo ocurrido y contribuirá en mejor medida a hacer más eficiente el desarrollo de su labor. A ello obedece que en el artículo 89 del nuevo Código se haya dispuesto que el funcionario encargado de la investigación actúa ante toda la jurisdicción competente y continúa haciéndolo durante el juicio sosteniendo la acusación y los recursos cuando corresponda.

En esa actividad probatoria el fiscal debe permitir la intervención de las partes, garantizando los derechos de defensa al imputado y a la víctima, articulándose desde los primeros actos del procedimiento el aspecto adversarial y contradictorio que informan el nuevo proceso penal. Las partes pueden proponerle al fiscal que realice determinados actos probatorios y en caso de que éste se niegue, pueden acudir ante el Juez del procedimiento preparatorio, quien finalmente decide lo que corresponda (artículo 286 y 292 CPP).-

f. Trascendencia probatoria de los actos del fiscal

El fiscal practica la investigación preparatoria preocupado, en primer término, por delimitar los hechos que sustentarán su requerimiento ante el Juez, y por otro lado en procura de la identificación de los elementos probatorios que serán ofrecidos y aportados para acreditar su posición en el juicio.

Por esa razón, recordemos, se establece como principio que ***“el juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal ni el Ministerio Público actos jurisdiccionales”*** (Artículo 22 CPP).-

Lo anterior significa que, en principio, ninguna eficacia probatoria debe otorgársele a los actos cumplidos por el fiscal en la investigación preparatoria, conforme lo establece el propio Código al disponer que **“...las actuaciones contenidas en el registro de investigación no tienen valor probatorio para fundar la condena del imputado, salvo las actas que este Código autoriza incorporar al juicio por su lectura...”** (artículo 261 CPP).-

Como bien se afirma, “... los elementos de convicción que recoja (el Fiscal) durante la investigación preparatoria, sólo tendrán valor para dar fundamento a la acusación o al sobreseimiento, en su caso. Si se pretendiera utilizar esas pruebas para fundar la sentencia, habrá que reproducirlas durante el juicio, bajo el régimen del contradictoria pleno, salvo que hubiesen sido cumplimentadas con arreglo al régimen de actos definitivos e irreproducibles...”²⁵.

La regla tiende a evitar que el fiscal se convierta en un órgano receptor de prueba, principalmente testimonial y en general reproducible, con algún grado de eficacia para la condena del acusado, o al menos con suficiente poder de convencimiento para perjudicar a los jueces del debate.

Sin embargo, en virtud de que el fiscal está autorizado en forma expresa para ordenar y practicar algunos actos probatorios, según lo señalamos antes, también como excepción a la oralidad se autoriza introducir por lectura al juicio: **“1.Los informes, las pruebas documentales y las actas que este Código expresamente prevé; 2. Las actas de anticipos de prueba...3. Los informes de peritos...”**(art. 312 CPP).-

Se trata precisamente de los actos mencionados en el apartado anterior, los que el fiscal puede ordenar sin autorización jurisdiccional y con plena eficacia probatoria. El riesgo que se corre con esta posibilidad, como bien se ha expuesto, es que las indagaciones preliminares se conviertan en la “instrucción formal” del sistema inquisitivo, lo que tiraría por la borda la reforma²⁶.

²⁵ BERTOLINO, Pedro J. *“El proceso penal mixto: del sistema de juzgados de instrucción clásicos a la instrucción procesal en contradictorio”*. En: **XIV JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL**. La Plata, 24 al 27 de Abril de 1994. Universidad Nacional de la Plata, Argentina, quien realiza una síntesis de las exposiciones de Chiara Diez, Cafferata Nores, Vasquez Rossi, Sánchez y D'Gregorio, p.372.- En general sobre la trascendencia probatoria de los actos del fiscal, véanse GALLI, Guido. **Il pubblico ministero nella prospettiva del nuovo codice di procedura penale**. cit., pp. 149 ss.; y FERRUA, PAOLO. **Il giudice per le indagini preliminari e l'acquisizione delle prove**. cit. pp. 203 ss.-

²⁶ Tales preocupaciones expresa PISAPIA, Giandomenico. *“Il nuovo processo penale: esperienze e prospettive”*. En: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Nuova Serie, anno XXXVI, Fasc. 1, gennaio-marzo 1993, pp. 17 ss.-

Ese riesgo es minimizado ahora al no estar prevista siquiera como posibilidad la introducción al juicio de testimonios recibidos por el fiscal o la policía en el curso de un interrogatorio ordinario.

g. El plazo para practicar la investigación fiscal

El fiscal tiene un plazo fijo para concluir el procedimiento preparatorio y presentar la acusación o disponer el archivo, que será de tres meses si contra el imputado se ha dictado prisión preventiva o arresto domiciliario, incluso aún cuando después haya sido revocada la medida y de 6 meses en los demás casos (art. 150 CPP).

Si ese plazo no está vencido y el Fiscal justifica la necesidad de una prórroga para presentar la acusación, puede pedir por una única vez al juez, una prórroga que no puede ser superior a dos meses (art. 150 CPP).

Tales plazos son perentorios, puesto que si se encuentran vencidos y el Fiscal no ha formulado la acusación ni ha dispuesto el archivo, el juez de oficio o a petición de parte, intima al superior inmediato del Fiscal y a su vez notifica a la víctima, para que formulen alguno de ellos o ambos, su respectivo requerimiento en el plazo de diez días. Esta opción sólo procederá cuando se estime que no ha habido una prolongación indebida en el tiempo de las indagaciones fiscales, pues si se aprecia que el asunto es complejo y que el tiempo que tiene de estar en investigación es razonable, el juez debe autorizar la petición. Pero, si vencidos esos 10 días ninguno de ellos formula la acusación, el Juez declara extinguida la acción penal (Art. 151 CPP).

La idea de darle traslado al superior jerárquico del Fiscal es que, por un lado, controle disciplinariamente la labor de sus subalternos y la eficacia de sus actuaciones, y por otro señale en concreto cuál es la posición que ese Despacho asume en el caso, para lo cual puede optar por cualquiera de las gestiones que el fiscal está autorizado a formular al final de la etapa preparatoria.

En otros términos, para que se extinga la acción penal por vencimiento del plazo de la investigación preparatoria tienen que producirse una serie de situaciones y de fallas tanto del Ministerio Público como del querellante, sin que podamos afirmar que esa extinción constituya una medida extrema. Con ese mecanismo se garantiza que la investigación no se prolongue en forma indebida más allá del plazo razonable fijado en la ley, pues la consecuencia del incumplimiento de los plazos es fatal. Quedan a salvo las responsabilidades (penal y

disciplinaria) sobre los funcionarios del Ministerio Público, cuando se tomaron más tiempo del debido para finalizar las indagaciones.

La norma no lo señala, pero desde luego que también el juez debe tomar en consideración los recursos disponibles del fiscal para practicar y finalizar la investigación, ya que ello incide en el tiempo, con el fin de considerar la prórroga de dos meses prevista.

La intervención del juez en el procedimiento preparatorio

Las labores del juez en el procedimiento preparatorio comprende, fundamentalmente, tres aspectos: a) las decisiones que afectan derechos fundamentales, como las decisiones sobre medidas cautelares, intervenciones telefónicas, o registro de lugares privados; b) la solución de las discrepancias y conflictos entre el Ministerio Público y los demás sujetos procesales, en especial con la defensa del imputado; y c) aquellas relativas a los anticipos de prueba.-

Para hacer esa clasificación, aún cuando formalmente la estructura del Código no lo visualiza como una fase distinta, entendemos –como lo indicamos al inicio- que los actos realizados durante la audiencia preliminar constituyen una verdadera fase del procedimiento, denominada la fase intermedia, dirigida a controlar los requerimientos conclusivos del acusador y determinar la apertura a juicio o una solución diferenciada del conflicto, a través de alguno de los mecanismos alternativos que se establecen. Por ello excluimos de las labores del “Juez de la Etapa Preparatoria” las funciones asignadas también al Juez de la instrucción dominicano que corresponden a la fase intermedia. En efecto, conforme a la distribución de competencias, el nuevo Código Procesal Penal le atribuye al Juez de la instrucción resolver todas las cuestiones en las que la ley requiera la intervención de un juez durante el procedimiento preparatorio (art. 73 CPP), aunque también le asigna las funciones que tradicionalmente se le atribuyen al Juez del Procedimiento Intermedio, como realizar la audiencia preliminar y dictar sentencia, en los casos en que se trata de funcionarios distintos según la estructura de los tribunales.

Examinaremos de seguido las funciones que no corresponden más al juez de la Etapa Preparatoria, para evidenciar la separación que el sistema desea hacer entre las labores del fiscal y las del juez, con el fin de desterrar -esperemos que para siempre- la sombra inquisitiva del juez instructor²⁷.

²⁷ Véanse las críticas que se formulan a las funciones del Juez de la instrucción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, en Argentina, puesto que por intervenir en la investigación se estima que el nuevo texto “...no ha superado el modelo inquisitivo de la legislación derogada...” CHERÑAVSKY, Nora y

a. Distinción entre las funciones de investigar y juzgar.

El Juez no es el **dominus** del procedimiento preparatorio. A diferencia del juez instructor del sistema inquisitorial, quien asumió un rol totalmente protagónico en el curso y el desarrollo de la investigación por medio de la instrucción formal, e incluso con repercusiones muy significativas sobre el destino final de la acusación, en el procedimiento preparatorio el juez es un sujeto que interactúa frente a las partes y al Ministerio Público, con el propósito de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y la objetividad durante la investigación.

Teóricamente la distinción entre Fiscal y Juez parecía perfecta. El problema surgió en la práctica del sistema inquisitivo, ante la cantidad de transgresiones que se dieron, primero porque el sistema asignó la responsabilidad de la investigación a los jueces, segundo porque los jueces de instrucción siempre estuvieron más del lado de la investigación, que del lado de los controles y las garantías, y tercero porque cada vez fue mayor la relevancia de la actividad probatoria de la instrucción sobre la etapa de juicio y el dictado de la sentencia.

Con el nuevo sistema procesal se pretende corregir esos efectos de la práctica, al delinearse por un lado y en forma tajante que la investigación corresponde a la Policía y al Ministerio Público, y que su propósito será siempre sustentar la acusación, pero ya no la sentencia; pero por otro, al establecerse como funciones básicas del Juez del procedimiento preparatorio la de tomar ciertas decisiones que afectan derechos fundamentales, la de realizar anticipos jurisdiccionales de prueba con plena garantía para todos los sujetos del proceso; y la de controlar la labor del Ministerio Público y de la Policía en cuanto limiten derechos y facultades de las partes; pero lo excluye de la tarea de investigar el hecho. La investigación es exclusiva responsabilidad de la Policía y del Ministerio Público, no más de un Juez.

Como bien se señala en la exposición de motivos del Código Tipo "...precisamente, porque es necesario rescatar el espíritu republicano inicial, es que muchas legislaciones dividieron las funciones judiciales del Estado, aún durante la instrucción preliminar (y no sólo en el juicio), otorgando a un órgano estatal, el ministerio público, la investigación y el poder requirente, y a otro distinto, los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio de ese poder y, consecuentemente, el poder de decisión...Así se ha resuelto el problema en el Código que se presenta. El ministerio público es el responsable de la investigación preliminar y los jueces

LÓPEZ, Mirta. *"La instrucción"*. En: MAIER, Julio (compilador). **El Nuevo Código Procesal de la Nación. Análisis Crítico**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993. pp. 141ss.

quienes controlan el ejercicio de ese poder cuando interesa a las seguridades individuales básicas. Esta fórmula, por lo demás, no es desconocida para el Derecho universal, pues, limitadamente y a la manera del Derecho italiano, se introdujo y practica con éxito la llamada 'citación directa', procedimiento preparatorio en manos del ministerio público, en casos de delitos leves o de investigación sencilla, o, a la manera del Derecho alemán o del anglosajón, se practica genéricamente, con exclusión del llamado 'juez de instrucción'. Se trata ahora de universalizar y mejorar esta forma de proceder."²⁸

Por el contrario, en el nuevo procedimiento preparatorio se realiza una clara distinción entre quienes deben investigar los hechos (el Ministerio Público y la Policía), y el sujeto que debe controlar el respeto de los derechos y de las garantías fundamentales, es decir el juez, sin llegar a fundir esas labores en una misma persona.

En efecto "...el Ministerio Público (y bajo su dirección la policía judicial), debe indagar e investigar solo para recoger los elementos necesarios para presentar sus requerimientos al final de la fase, formulando, cuando exista mérito para ello, la imputación...La difusa insatisfacción por el sistema de la doble instrucción, así como por la antieconómica repetitividad de sus actos, han sugerido la eliminación de ambas instrucciones, privilegiando, respectivamente, la figura del Ministerio Público o la del Juez Instructor. Tanto una como la otra vía habían permanecido prisioneras de un esquema procesal inquisitivo: en varias de las propuestas para la reforma, tanto el Ministerio Público y con mayor razón el juez instructor, habían sido habilitados a recoger y formar pruebas, utilizables no solo al interno de la fase, sino también durante el juicio"²⁹.

No era posible continuar manteniendo una doble condición al juez de instrucción, quien por un lado era el responsable de la investigación y por otro el garante de los derechos de los ciudadanos, en especial del imputado. Como se afirma con acierto, "... no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficaz y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor."³⁰

²⁸ INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. "Código procesal penal modelo para iberoamerica. Historia. Antecedentes. Exposición de Motivos y Texto del Proyecto". En: **Códigos procesal civil y procesal penal, modelos para Iberoamérica**. Madrid: Ministerio de Justicia; Secretaría General Técnica; Centro de Publicaciones, 1990, p. 229.

²⁹ NEPPI MODONA, Guido. **Indagini preliminari e udienza preliminare**. cit, pp. 304-305.- Sobre las distinciones entre la instrucción formal y la sumaria cfr. LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1963. tomo II, pp. 86 ss.-

³⁰ MAIER, Julio. **Exposición de Motivos del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación**. Buenos Aires: Secretaría de Justicia República Argentina; Ediciones Depalma, 1987, p. 660.-

En la experiencia de algunos países latinoamericanos ya hemos conocido de funcionarios que asumían con extremo alguno de esos roles, anulando el otro, lo que siempre terminaba distorsionando los fines básicos del procedimiento penal.

“El **juez de instrucción**, sinónimo personalizado de este período procesal -agrega Maier- resulta un espejo de la situación descrita: encerrado entre dos fuegos, la necesidad de averiguar la verdad y su labor judicial de protector de las garantías ciudadanas, papeles contrapuestos, que se pretende jueguen a un mismo tiempo, culmina por diluir las funciones que le son adjudicadas, cumpliendo en forma ineficiente ambas tareas. Nacido por un pacto de compromiso entre el antiguo y el nuevo régimen, para conservar al inquisidor, en el Derecho francés del siglo XIX, como operador de una instrucción formalizada, registrada por escrito (actas) y secreta, sin participación del imputado, que continuaba el rito inquisitivo, el final del siglo XIX y los comienzos del XX le juegan la mala pasada de liberalizarle el procedimiento, obligándolo a considerar al imputado como un sujeto del procedimiento, con derechos en él, y a asumir el papel de tutor de esos derechos y garantías; inquisidor, por una parte, y garante (juez), por la otra, el resultado de su obra fue la ineficiencia de su función en ambos sentidos y, para colmo de males, seleccionada, según se vio.”³¹

El rol desempeñado tradicionalmente por el Juez de Instrucción ha sido arduamente criticado por varias razones fundamentales: en primer término por carecer de imparcialidad, en virtud de las funciones de investigación que le fueron asignadas en la instrucción inquisitiva; por falta de objetividad, al no marcarse adecuadamente una separación entre las tareas de investigación y las jurisdiccionales; produciendo así una inversión de roles, ya que el fiscal se limitaba a ejercer controles sobre la función de investigación del juez, tarea típicamente jurisdiccional, y el juez se dedicaba a investigar, es decir asumía una posición de parte; finalmente, porque el sistema implicaba una repetición innecesaria de actos, ya que por lo general la prueba la recibía la policía, luego el juez instructor, y posteriormente el tribunal de juicio, con todo lo que ello significa³².

Bien se precisan estas deficiencias del sistema al observarse acertadamente que “...bajo una óptica puramente técnica o científica, se puede señalar que no es muy acorde con la imparcialidad que debe presidir el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el desempeño de tareas

³¹ MAIER, Julio B.J. “*Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica*”. En: **Reformas Procesales en América Latina. La Oralidad en los procesos**. Santiago (Chile): Proyecto de Capacitación, Gestión y Política Judicial; Corporación de Promoción Universitaria, 1993, p. 42.-

³² BERTOLINO, Pedro J. **El proceso penal mixto: del sistema de juzgados de instrucción clásicos a la instrucción procesal en contradictorio**. cit., p. 366.-

de inquisidor que cumple el juez de instrucción. Y a pesar de que la investigación se puso a su cargo, también buscando mayores garantías para el sospechoso, los resultados en este aspecto no ha sido precisamente paradigmáticos. Además, parece artificial que el fiscal deba basar su acusación en pruebas que no han sido recibidas por él (como máximo, podrá controlar su producción) y para cuya selección -según las leyes- de toda iniciativa vinculante (sólo puede proponer diligencias que el juez cumplirá si, a su exclusivo criterio, son pertinentes y útiles). También se puede criticar una absurda inversión de roles, pues el fiscal, que debería investigar, sólo puede controlar lo que el juez investiga; y éste, que sólo debería controlar la investigación, la realiza personalmente³³.

En el nuevo proceso penal, la investigación preliminar ha sido organizada de tal manera que se delimitan bien las funciones de investigar, de las jurisdiccionales que corresponden al juez. Los roles de ambos han sido regulados en forma bien clara, y la etapa preparatoria responde estructuralmente a esa distinción³⁴.

En armonía con esa estructura, dispone el artículo 22 del nuevo Código Procesal Penal, que: **“el juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal ni el Ministerio Público actos jurisdiccionales”**.- Esta fórmula ha demostrado ser más eficaz tanto para el éxito de la investigación y la aplicación de la ley penal, cuanto para la defensa de las garantías y de los derechos fundamentales de los sujetos involucrados en el proceso. Los dos grandes intereses que se relacionan en el proceso penal se fortalecen: aplicación de la ley penal y preservación de los derechos y de las garantías fundamentales.- De ese modo cada sujeto (Juez, Fiscal, Defensor, Imputado, acusador particular, actor civil, etc.) asume en forma más clara y cristalina su verdadero papel en el desarrollo del proceso, en especial el Juez y el Fiscal. Tales han sido también las recomendaciones sugeridas en el proyecto de **“Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Procedimiento Penal”** (Reglas de Mallorca), al señalarse en la regla A.2.1, que **“la función investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora”**³⁵

³³ CAFFERATA NORES, José I. **La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional**. cit, p. 676.-

³⁴ Véanse las observaciones de **OSTOS, José Martín; et al.** *“Instrucción preliminar: ¿Responsabilidad del juez o del fiscal?”*. En: **Memoria de la II Conferencia sobre reforma de la justicia penal**. San Salvador, 1992. pp. 65 ss.-

³⁵ NACIONES UNIDAS. **Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal**. Proyecto elaborado en Palma de Mallorca (1990-1992), por un selecto grupo de profesores y estudiosos de Derecho Procesal Penal, para Naciones Unidas. (Publicadas por el Gobierno Balear, Palma, 1992).

Distinguir entre la función de investigar y la tarea de control jurisdiccional no debe llevarnos a confundir la labor de investigación con la función del juez en la formación de la prueba. Una cosa es investigar sobre el hecho y sobre la existencia de posibles elementos de prueba, que corresponde al Ministerio Público, y otra distinta es la labor del juez en la formación de la prueba, es decir en la introducción de la prueba al proceso para ser tomada en cuenta en la decisión final³⁶.

b. Labores de garantía y control

Al Juez del procedimiento preparatorio le corresponde -como también a todos los jueces en general- garantizar el respeto de los derechos fundamentales y de la objetividad, lo único especial es que dicho funcionario ejerce esas tareas durante el procedimiento preparatorio. Particularmente debe ejercer una labor de vigilancia y control sobre la actividad de la policía y del fiscal durante la investigación, con el fin de minimizar o eliminar el abuso o la arbitrariedad³⁷.

Conforme al principio **ne proceda iudex ex officio**, la intervención del juez durante el procedimiento preparatorio debe ser provocada por alguna de las partes o el Ministerio Público. Aún cuando en sentido estricto no se ha ejercido la acción penal, recordemos que la investigación constituye una actividad procesal y que en todo caso los actos que se realizan en ella tienden a investir al juez del conocimiento de la **notitia criminis**, de manera que forman parte de su promoción³⁸.

³⁶ Respecto de esta distinción véase DOMINIONI, Oreste. *"Il pubblico ministero come organo dell'investigazione nel progetto preliminare del codice di procedura penale"*. En: **Dalle indagini preliminari alla sentenza di primo grado**. Actos del Congreso Il nuovo processo penale, 7-9 abril 1978, ed. Jovene, Napoli, 1979. pp. 245 ss.- Sobre el sistema español, que a pesar de mantener la figura del Juez Instructor reconoce aquella distinción, véase ALMAGRO NOSETE, José. "La instrucción preparatoria". En: GIMENO, Sendra; et al. **Derecho Procesal, el Proceso Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987. Tomo II, vol 1. pp. 229 ss. Consúltese también el análisis de la situación colombiana hecho por UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *"¿Fiscal general o general fiscal? Nuevo procedimiento penal y derechos humanos en Colombia"*. En: **Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle**, vol. XVII, N° 29 y 30, marzo de 1995, pp. 111 a 172.-

³⁷ Sobre la naturaleza del control frente a la investigación fiscal cfr. GONZÁLEZ-CUELLAR S., Nicolás. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**, cit., pp. 135 ss.-

³⁸ Cfr. GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. *"El concepto de acción en nuestro código procesal penal"* En: **Jurisprudencia Crítica**. San José, 1988. N° 2, pp. 47 ss.-

En consecuencia, no constituye una excepción a esa regla los casos en los cuales deba solicitarse una autorización al Juez para realizar ciertos actos, como los allanamientos de lugares habitados o las intervenciones telefónicas, puesto que -como en el caso anterior- la actividad del juez no es oficiosa sino requerida por los órganos represivos.-

Como bien se afirma, "...el nuevo sistema coloca, en manos del ministerio público (también de la policía, su auxiliar inmediato) la responsabilidad por la eficiencia de la persecución penal, y lo organiza conforme a las necesidades de esa función y de la responsabilidad consiguiente. De la misma manera, los tribunales asumen toda la responsabilidad por la labor de juzgar, v.gr., por el amparo a la persona que es perseguida penalmente, y son organizados conforme a su misión."³⁹

En esa perspectiva corresponde al juez controlar el fiel cumplimiento de la objetividad que debe imprimirse a la investigación en sentido genérico (Véase **supra** apartado 5.c La objetividad de la investigación).

Para el cumplimiento de sus obligaciones es conveniente tener presente que en el nuevo proceso penal, no puede ser apreciada para fundar cualquier decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, incluso ya desde la Etapa Preparatoria, cualquier prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución, los tratados internacionales y la ley (art. 167 CPP). Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas (fruto del árbol envenenado), salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado (art. 167 CPP). Esta labor debe ser ejercida, como indicamos, desde los primeros actos del procedimiento, de manera que no se puede pretender que el Juez de la Instrucción adopte medidas coercitivas contra el imputado basado en pruebas ilícitas, y menos que finalmente decida la apertura a juicio ostentado en ellas, durante la Fase Intermedia. Se trata de un mandato directo a la Policía y al Ministerio Público de respetar los derechos fundamentales durante la recopilación de la prueba desde la Fase Preparatoria, que se traduce en una labor de vigilancia que corresponde reclamar ante el Juez de la Instrucción. Igual situación ocurre con los defectos formales que afectan los intereses que hace valer el Ministerio Público en el procedimiento o los derechos de la víctima, sin embargo están obligados a solicitar su saneamiento en ciertos plazos perentorios (art 169 CPP).

³⁹ MAIER, Julio B.J. y BINDER Alberto. **Exposición de motivos del Anteproyecto de ley orgánica para la justicia penal y el ministerio publico**, cit., p. 8.

Obsérvese que la función del juez del procedimiento preparatorio será, exclusivamente, de garante de las libertades ciudadanas, pues al menos en la fase preparatoria en sentido estricto no se le atribuye ninguna tarea sobre el mérito de la causa, salvo las valoraciones que debe hacer para determinar la aplicación de una medida coercitiva y partiendo del esquema que las labores en audiencia preliminar corresponden a la Etapa Intermedia. Conforme al escalafón judicial, los jueces de instrucción deben asumir tanto la Etapa Preparatoria como la Intermedia (art. 73 CPP). El ideal lo constituye la separación, puesto que el Juez de la instrucción que autoriza los actos de investigación, cuando se requiere de ello, como en los allanamientos, intervenciones telefónicas y anticipos de prueba, por una consecuencia natural tiende a asumir un mayor compromiso con la investigación, y lo deseable es que en la audiencia preliminar el juez examine las actuaciones realizadas en la investigación preliminar del Fiscal y valore el mérito de la acusación, desde una óptica de mayor independencia. En consecuencia, en aquellos Juzgados de Instrucción en los cuales exista más de un Juez, las labores podrían dividirse de tal manera que en un mismo caso quien intervenga en la Fase Preparatoria no realice la Audiencia Preliminar sino que lo haga otro de los Jueces del mismo Despacho Judicial, aspectos que podrían ser regulados por las normas prácticas que puede dictar el propio Poder Judicial, conforme se autoriza en el artículo 63 del Código Procesal Penal. Sin embargo comprendemos que habrá lugares en que por razones institucionales no será factible esta división, tomando en cuenta los recursos disponibles y la carga de trabajo, pues muchos Juzgados de Instrucción estarán conformados sólo por un Juez.

Independientemente de la solución que se adopte, lo cierto es que la labor del juez en la etapa preparatoria será de garantía, y en ella debe ser eficiente, pues constituye su exclusiva responsabilidad. Así como ahora se le trasladan al fiscal más tareas y responsabilidades, el juez debe asumir las suyas también con eficiencia.

Sin pretender agotar todas las posibilidades, a continuación enlistamos las atribuciones del Juez de la instrucción en la Etapa Preparatoria, sin incluir sus labores en la Audiencia Preliminar del Procedimiento Intermedio, pero advirtiendo desde ya que algunas de estas decisiones pueden adoptarse incluso también durante la audiencia preliminar:

En general resolver peticiones, excepciones e incidencias. En efecto, del artículo 292 del nuevo Código se deduce que corresponde al Juez de la instrucción resolver peticiones, excepciones e incidentes, para lo cual debe realizar una audiencia oral en los casos en que se requiera recibir prueba o cuando deba resolver una controversia surgida entre los sujetos

interrelacionados en esa fase: fiscal, defensor, imputado, partes civiles. En los demás casos resuelve dentro tercero día la petición.

Resolver objeciones sobre la aplicación de un criterio de oportunidad. Tanto la víctima como el imputado pueden objetar dentro tercero día la decisión del fiscal que aplique o niegue un criterio de oportunidad, ante la posibilidad de que no se ajuste a los requisitos legales o constituya una discriminación, caso ante el cual el Juez debe convocar a una audiencia para resolver (art. 35 CPP). Esta opción puede presentarse antes de que se ordene la apertura a juicio, en consecuencia la controversia puede presentarse tanto en la Etapa Preparatoria cuanto en la Audiencia Preliminar de la Etapa Intermedia, como corre también con algunas de las otras funciones que aquí enlistamos.

Resolver sobre la suspensión condicional del procedimiento. Corresponde al Juez, antes de que se ordene la apertura a juicio, resolver la solicitud fiscal respecto de la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento, cumpliendo los requisitos exigidos en la ley (arts. 40 y 41 CPP).

Controlar el plazo de la investigación. El procedimiento preparatorio debe concluir en un plazo que no puede prolongarse más allá de tres meses cuando contra el imputado se ha dictado la prisión preventiva, incluso a pesar de estar revocada, o de seis meses en los demás casos. Antes de vencer dicho plazo el Fiscal puede solicitar una prórroga para formular la acusación, y corresponde al Juez decidir si concede la prórroga, que no puede superar los dos meses, para lo cual debe escuchar previamente al imputado (art. 150 CPP).

Además, corresponde al Juez, de oficio o a petición de parte, increpar a los representantes del Ministerio Público o a la víctima para que formulen dentro de los 10 días siguientes la acusación, cuando el plazo se encuentra vencido, y ante su incumplimiento le corresponde decretar extinguida la acción penal (art. 151 CPP).

Ordenar medidas de coerción personal contra el imputado. El tema de las medidas de coerción personales contra el imputado merece una reflexión prolongada. En estas líneas dedicadas al Procedimiento Preparatorio no la abordamos, precisamente porque somos concientes de la necesidad de dedicarle un tratamiento extenso, puesto que por su naturaleza suscitan siempre bastantes controversias y generan mucha atención de parte de todos los sujetos procesales que litigan en esta fase inicial del procedimiento. Para nuestros efectos, baste referir que corresponde al Juez, con las excepciones limitadas de la Policía y el Ministerio Público en casos de flagrancia y otros supuestos, disponer las medidas de coerción luego de

realizar una audiencia oral donde debe verificar la existencia de los presupuestos que el nuevo Código Procesal Penal exige (arts. 223 y ss. y 284 CPP).

Resolver controversias sobre la admisibilidad de la querella. Corresponde al Fiscal resolver sobre la admisibilidad de la querella, sin embargo las partes pueden objetar ante el Juez la medida adoptada por el Fiscal sobre su admisibilidad o rechazo. (269 CPP).-

Autorizar actuaciones que comprometan otros derechos fundamentales, además de la libertad. Conforme al artículo 280 del Código Procesal Penal corresponde al Ministerio Público practicar todas las diligencias de investigación, con el auxilio de la policía, sin embargo deben solicitar al Juez las autorizaciones necesarias, cuando ello se exija en forma expresa por estar comprometidos otros derechos fundamentales, distintos a la libertad personal, como ocurre, por ejemplo, en los casos de registro de morada y lugares privados (art. 180 CPP), para disponer el secuestro de cosas (art. 188 CPP), secuestro de correspondencia (art. 191 CPP), intervención telefónica (art. 192 CPP), entre otros.

Estas atribuciones, así como la de decidir sobre el arresto y la prisión preventiva, exigen que en la organización de las instituciones involucradas en el desarrollo de la Etapa Preparatoria del proceso penal, como ocurre con el Poder Judicial respecto de la judicatura y la Defensa Pública, en el Ministerio Público y en la Policía, se adopten medidas para garantizar un servicio continuo y permanente las veinticuatro horas del día, de todos los días del año. Estas medidas ya son bastante comunes en la policía, que opera en forma ininterrumpida siempre y en algunos casos también en el Ministerio Público, pero debe ser extendida también a los Jueces y a los Defensores Públicos, en virtud de que se necesitará practicar diligencias urgentes que no pueden postergarse o realizarse en las horas ordinarias en que se mantiene abierto el Despacho Judicial. Por lo general, durante los días feriados y festivos existe mayor probabilidad de que ocurran conflictos entre los ciudadanos, algunos de los cuales constituyen hechos delictivos que exigirán inmediata atención de parte de las autoridades penales. En virtud de que se exigen autorizaciones previas o decisiones del Fiscal o del Juez, que requerirán también la presencia de un defensor, las instituciones involucradas deben disponer jornadas especiales para atender esos casos, al menos en los lugares de mayor concentración de población y mayor conflictividad. En la experiencia de algunos países se realizan jornadas de turno extraordinario, y en los lugares de menor población se mantienen jueces, fiscales y defensores públicos en “disponibilidad”, que deberán concurrir todas las veces y a la hora que se les requiera para alguna actuación procesal. Ello exige una fina planificación y coordinación entre todos los sujetos procesales: jueces, policías, fiscales, defensores públicos, en todos los circuitos judiciales del país.

Entendemos las limitaciones presupuestarias de nuestras instituciones estatales, y la necesidad de descanso de sus trabajadores, pero las nuevas exigencias procesales requieren ser atendidas con algún grado de creatividad, pues muchas actividades probatorias podrían ser invalidadas luego si no se cumplen con los nuevos requisitos legales, generando mayor impunidad y desconfianza en la ciudadanía.

Resolver controversias sobre la práctica de pruebas durante la investigación. Corresponde al Fiscal la realización de la Investigación Preparatoria, con el apoyo de la Policía, para lo cual realizan las diligencias de investigación que sean necesarias. Las partes pueden proponerle al Fiscal diligencias de investigación dirigidas a atender sus derechos. Si el Fiscal no atiende la solicitud, las partes pueden acudir ante el juez para que decida sobre la procedencia de la prueba propuesta, quien finalmente puede ordenarle al Fiscal que la realice si la estima procedente (art. 286 CPP).-

Conocer objeciones sobre el archivo fiscal. El Ministerio Público puede, en ciertos supuestos, disponer el archivo del caso mediante dictamen motivado, el cual puede ser objetado por la víctima e incluso hasta por el imputado (cuando estima que ha conciliado bajo coacción o amenaza), ante el Juez, quien decidirá lo que corresponda luego de realizar una audiencia oral (arts. 281 y 283 CPP).

Realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba. Como una excepción a los límites de la Etapa Preparatoria, en ciertos supuestos tasados en la ley, se autoriza a las partes acudir ante el Juez para que practique prueba que será introducida por lectura al juicio, y corresponderá a este último decidir y practicarla, conforme exponemos adelante (art. 287 CPP).

Autorizar la práctica de la autopsia. Conforme al artículo 217 del nuevo Código Procesal Penal, corresponde al Ministerio Público ordenar la autopsia en los casos en que ello sea necesario para establecer la causa médica de muerte, de los estados patológicos preexistentes, de la forma médico legal del hecho y del momento en que ésta se produjo. Pero si el Ministerio Público no ordena la autopsia, las partes pueden solicitarle al juez que lo haga.

De acuerdo con esas atribuciones que hemos señalado en la lista anterior, las partes pueden plantearle al juez del procedimiento preparatorio cualquier incidencia surgida con el fiscal o la policía en el curso de la investigación y que sea relevante, es decir que produzca o pueda producir perjuicios o agravios para las partes, en especial algún efecto negativo sobre el derecho de defensa o en general que pueda lesionar el acceso a la justicia en el caso concreto.

En el curso de la investigación, sobre todo frente al uso de las atribuciones probatorias que se le asignan a los órganos represivos del Estado, las partes se encuentran autorizadas para pedir el auxilio del Juez, cuando surja algún conflicto o se estime arbitraria o abusiva la actividad de aquellos.

Esas posibilidades de las partes se ven reforzadas en la medida en que el Código le impone un deber claro y preciso al Ministerio Público, de investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al acusado (artículos 259 y 260 CPP), de manera que cualquier deficiencia en ese sentido puede ser controlada por el Juez, a quien las partes le pueden solicitar que le ordene al fiscal realizar determinadas indagaciones y que acepte recibir elementos de prueba.

La labor del Juez del procedimiento preparatorio no puede consistir simplemente en “purificar” o legitimar los actos de la policía o el Ministerio Público, ni tampoco en dar paso irrestricto a las solicitudes de la defensa. Por el contrario, debe examinar la procedencia de las peticiones, según los principios que orientan el funcionamiento del sistema penal, así como también conforme a los derechos fundamentales tanto de acusados como de víctimas. Una actitud irreflexiva en alguno de esos sentidos desnaturalizaría totalmente su razón de ser⁴⁰.

En todo caso recuérdese que las posibles violaciones a los derechos fundamentales que surjan en esta etapa con incidencia en el proceso, siempre que mantengan actualidad, pueden ser replanteadas en etapas sucesivas, principalmente de inmediato en la audiencia preliminar, pero también en el juicio e incluso en casación, y todavía en revisión si se vislumbra uno de sus presupuestos⁴¹.

c. Los anticipos jurisdiccionales de prueba

Recordemos que fuera de los casos expresamente previstos en el Código, no existe mayor alcance probatorio de la actividad de investigación más que para sustentar la acusación o la defensa del imputado durante la audiencia preliminar, pero sin incidencia en el juicio. Uno de los casos de excepción lo constituyen los anticipos de prueba previstos en el artículo 287 del nuevo Código Procesal Penal.

⁴⁰ GIOSTRA, Glauco. “Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale”. En: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Nuova Serie, anno XXXVIII, Fasc. 4, ottobre-dicembre 1994, pp. 1251 ss.

⁴¹ Cfr. GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel; y HOUED VEGA, Mario. “Algunas consideraciones sobre la evolución de la casación penal” En: **Ciencias Penales**. San José, setiembre de 1995. N° 10, pp. 64 ss.-

Lo primero que debe llamar la atención es que el procedimiento para anticipar prueba no puede ser utilizado en cualquier caso. El Código señala en forma expresa los supuestos que deben concurrir para que se autorice la anticipación. Con ello queremos hacer notar que, aún cuando el Ministerio Público o la policía quisieran la anticipación de la práctica de determinados elementos de prueba, sobre todo respecto de la testimonial, con el fin de “amarrar” el caso y mantener prueba segura y contundente, ello no es factible si no concurren los presupuestos establecidos en la ley para que tal cosa se realice.

En consecuencia, el primer aspecto de relevancia en la tarea del juez cuando interviene en esta materia, es verificar la concurrencia de los supuestos de ley para que tal prueba se anticipe al juicio, además de garantizar los principios de la oralidad en su recepción (citación previa, concentración, continuidad, contradicción, inmediación), de manera que todas las partes puedan intervenir como si se tratara del juicio.

La posibilidad de que se anticipen pruebas en el curso de la investigación preparatoria, responde a la doble exigencia de hacerle frente a las situaciones en que se presenta la necesidad de asumir en ese momento actos no reenviables al debate, destinados a ser utilizados como prueba en el juicio, pero sin reproducir un esquema de algún modo asimilable al modelo de la vieja instrucción inquisitiva.⁴²

El hecho de que la prueba se haya anticipado con todas las garantías (citación previa a las partes, oportunidad real de intervención, presencia del juez, etc.) no es suficiente para que adquiera plena eficacia en juicio. Es necesario además, conforme indicamos, que haya concurrido alguna de las condiciones por las que la ley autoriza en forma expresa la anticipación de la prueba, de modo que se justifique no esperar hasta el juicio. Se trata de un requisito de validez que debe controlar el juez.

En este sentido conviene señalar también que el Juez no puede sustituir la investigación del fiscal. Recordemos que el nuevo Código dispone en forma clara que **“Las funciones de investigación y de persecución están separadas de la función jurisdiccional. El Juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal ni el Ministerio Público actos jurisdiccionales”** (artículo 22 CPP), lo que significa que no es posible solicitarle al juez la práctica de esos actos de prueba durante la investigación preparatoria, sino que quien debe practicarlos es el fiscal, conforme a las atribuciones que se le asignan durante la investigación.

⁴² NEPPI MODONA, Guido. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. cit., p.363.-

Como muy bien se afirma, "...el juez llamado a desarrollar la prueba no asume algún rol de gestión ni conduce las indagaciones, interviene sólo a solicitud de las partes y su intervención se circunscribe rígidamente a la formación de la prueba solicitada. Tanto es así que las pruebas no permanecen en la oficina del Juez, sino que se remiten al Ministerio Público para que las agregue al expediente..."⁴³, lo que expresamente también señala el párrafo final del artículo 287 del Código dominicano.

Lo importante es que no se llegue a desnaturalizar la investigación y no se le traslade al juez una labor de investigación que es propia del fiscal, según los nuevos postulados. Para ello téngase presente las distinciones que hacíamos entre la función de investigar y la labor jurisdiccional en la recepción de la prueba.

El procedimiento de citación previa y posibilidad real de intervención a las partes debe seguirse (conforme al artículo 287 CPP), **en primer lugar**, cuando se trata de un peritaje que por sus características no permita que se realice posteriormente un nuevo examen, cuya práctica podrá verificarse sólo una vez, sin posibilidad de repetirse y que además no puede postergarse para el juicio⁴⁴. En este sentido encontramos una excepción con el tema de la autopsia (art. 217 CPP), según expresamos antes.

En segundo lugar también debe seguirse ese procedimiento tratándose de la **prueba testimonial**, en dos supuestos bien definidos: **a)** cuando se presuma que por algún obstáculo difícil de superar el testigo no podrá presentarse al juicio, como por ejemplo que padece una enfermedad terminal, o se trata de un extranjero de paso por el país; y **b)** cuando, por la complejidad del asunto, exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce, para lo cual debe analizarse tanto el grado de complejidad del asunto como las condiciones de la persona que deba rendir testimonio.

Se trata de situaciones objetivas verificables, cuyo análisis y ponderación corresponden al juez. Una interpretación extensiva del último de los supuestos podría hacer que muchas declaraciones sean recibidas por este mecanismo, ante la posible presión de la policía o el fiscal, quienes desean estar tranquilos sobre el curso de la investigación y más seguros para el juicio, al proceder a exigir que se le reciba declaración a ciertas personas en forma anticipada. Para ello podrían alegar que el caso es difícil y que la persona puede olvidar aspectos de relevancia.

⁴³ NEPPI MODONA, Guido. **Op. ult. cit.**, p.365-366.-

⁴⁴ MAIER, Julio. **La investigación penal preparatoria del Ministerio Público**. cit., pp. 112 ss.-

Serán los tribunales los que establecerán las condiciones de aplicación de esa norma, pero lo cual no deben confundir gravedad del asunto con complejidad. Muchos casos sumamente graves son muy sencillos de probar, sin embargo entre más compleja ha sido la actividad delictiva podría ser también compleja su prueba y el retener aspectos de importancia, como podría ocurrir con ciertas defraudaciones y estafas realizadas mediante mecanismos y sistemas muy complejos, que exija a los testigos recordar una infinidad de detalles contables, de operación y otros aspectos de relevancia que puedan olvidarse muy fácilmente con el tiempo.

El **procedimiento** a seguir está definido en la ley. El juez practica personalmente el acto, no lo puede delegar a sus colaboradores (actuarios, secretarios, auxiliares, escribientes), pues debe recibirlo en condiciones similares al juicio. Para ello debe citar previamente a las partes, quienes tendrán derecho de asistir, de hacerse acompañar de sus abogados y ejercer todas las facultades que el Código les brinda, entre ellas hacer observaciones, preguntar a los testigos, solicitar que se consignen ciertos datos de interés, etc. (artículo 287 párrafo segundo CPP). Como bien se afirma, se dispone “la realización jurisdiccional de esa prueba, de un modo tal que también se anticipen las condiciones básicas del juicio, en especial, la posibilidad de control sobre la prueba por parte de todos los sujetos y la presencia del juez”⁴⁵.

Estos actos pueden realizarse sin previo aviso a las partes, cuando existe extrema urgencia en realizarlo, en cuyo caso el Ministerio Público puede solicitar incluso verbalmente al juez que disponga realizarlo, pero de ser necesario debe designarse un defensor público para que participe en el acto (Art. 288 CPP). Para tales efectos la Defensa Pública deberá tener al menos un defensor de turno, que eventualmente pueda ser llamado con suma urgencia incluso en horas no hábiles.- La norma señala que el defensor público se designa sólo en caso de “**...de ser necesario...**”. Esa necesidad la examina el juez en cada caso concreto y debe ser apreciada según la trascendencia del acto que deba realizarse y los efectos que se presuma pueda llegar a tener para la defensa o la condena del imputado. Lo deseable -desde luego- sería que el defensor público participe en todos los casos, para lo cual debe estar disponible y acudir tan pronto como sea llamado, aun cuando ignore qué clase de acto se va a ejecutar y a quién afectará.

Desde luego, inmediatamente después de realizar el acto, debe ponerse en conocimiento de las partes, notificando sobre su resultado y poniendo a disposición las actas respectivas, así como el examen del material decomisado si lo hubiere. La información que se le brinda al imputado al

⁴⁵ BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. cit., p. 217.-

momento de su primera declaración, cuando se le ponen en conocimiento todas las actuaciones realizadas y las pruebas existentes, vale para los efectos de aquella notificación.

La prueba recibida conforme al procedimiento del anticipo, puede ser introducida por lectura al juicio (art. 312.2 CPP), pero esta circunstancia no exime del deber de citación para el juicio, pues si se trata de un testigo que, no obstante aquellas presunciones (que podría no estar presente en la audiencia del juicio o que por la complejidad podría olvidar aspectos esenciales), es localizable y se puede hacer comparecer siempre a la audiencia del juicio, debe ser llamado a requerimiento de las partes, para someterlo a interrogatorio frente al Tribunal que conocerá del caso, con el fin de que los juzgadores puedan apreciar su testimonio (inmediación), a pesar de que se le puedan hacer ver las contradicciones u omisiones en que incurra, según lo que hubiere declarado antes, conforme lo señala el artículo antes citado.

La intervención de las partes en el procedimiento preparatorio

Todas las partes pueden intervenir en el procedimiento preparatorio, incluso **las partes civiles**. Particularmente mencionaremos algunos aspectos relacionados con la intervención del imputado, la defensa, la víctima y el querellante.

El artículo 12 del nuevo Código señala, conforme al derecho constitucional y convencional, que las partes intervienen en el proceso en condiciones de igualdad, de forma que para el pleno e irrestricto ejercicio de sus facultades y derechos, los jueces deben allanar todos los obstáculos que impidan la vigencia o debiliten este principio.

a. La participación del imputado y la defensa

En el procedimiento preparatorio se garantiza al imputado y a la defensa una amplia intervención, con posibilidades de control en caso de conflicto con el Ministerio Público. En armonía con esta pretensión, ya en la declaración de principios se dispone que ***“Todo imputado tiene el derecho irrenunciable a defenderse personalmente y a ser asistido por un defensor...desde el inicio del procedimiento y siempre con anterioridad a la primera declaración sobre el hecho...”*** (art. 18 CPP), lo que implica facilitarle una amplia intervención en todas las fases del proceso, desde los actos iniciales.

Desde ese punto de vista se encuentra legitimado para participar en todas las fases del proceso, y sus derechos también son especialmente regulados en el ordenamiento, en especial conocer el motivo de su detención y el funcionario que la ordenó; ser asistido desde el primer momento por su abogado; derecho a presentarse ante el Ministerio Público para que se le informe sobre los hechos que se le imputan, cuando todavía no ha sido llamado; abstenerse de declarar; no ser sometido a técnicas ni métodos que alteren su libre voluntad o atenten contra su dignidad, etc. (véase en especial art. 95 CPP)⁴⁶.

Recordemos, conforme señalábamos que la actividad de los órganos de investigación debe orientarse también a determinar aquellas circunstancias que favorezcan la absolución del imputado y no solamente la prueba que lo incrimine.- En consecuencia, todas aquellas veces que los órganos de investigación desatiendan peticiones y solicitudes de prueba de la defensa, siendo pertinentes y útiles para la averiguación del hecho, se puede recurrir ante el Juez del Procedimiento Preparatorio para que éste dirima la controversia.

Durante la investigación el Ministerio Público debe permitir la presencia de las partes en los actos que practique, según se encuentran expresamente autorizadas, siempre que no interfieran en el normal desarrollo de las actividades (286, 287, 290, 292 CPP).

En otros términos, se garantiza la intervención de todas las partes, incluyendo al querellante y desde luego la defensa y el imputado, durante los actos de investigación del fiscal, así como la posibilidad de que propongan elementos de prueba.- Si el fiscal se niega a permitir la participación, o a realizar las indagaciones demandadas, siempre que fueren pertinentes y útiles, la parte afectada puede recurrir al juez, quien resolverá en definitiva lo que corresponda. Si acoge la propuesta ordena al fiscal realizar los actos indispensables, garantizando la intervención necesaria a las partes.-

Asimismo, con el fin de que el imputado conozca sus derechos desde los primeros actos del procedimiento, el nuevo Código exige que ***“Toda persona tiene el derecho de ser informada previa y detalladamente de las imputaciones o acusaciones formuladas en su contra desde que se le señale formalmente como posible autor o cómplice de un hecho punible”*** (artículo 19 CPP).

⁴⁶ Sobre el derecho de defensa y las consecuencias de su violación véanse CRUZ CASTRO, Fernando. **La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho**. San José: ILANUD, 1989. pp. 56 ss.; VÁSQUEZ ROSSI, Jorge. **La defensa penal**. Santa Fé (Argentina): Rubinzal y Culzoni, 1978. pp. 63 ss.; y CARULLI, Nicola. **La difesa dell'imputato**. Jovene, Napoli, 1978. pp. 31 ss.-

También durante el procedimiento preparatorio, si el imputado desea hacerlo, puede declarar ante el fiscal siempre que esté presente su defensor (arts. 102, 103 y 104 CPP). Como muy bien afirma Cafferata, "...tratándose de un medio de defensa (y no de prueba) que debe respetar la libre decisión del imputado, no vemos reparo en que la reciba el ministerio fiscal, en presencia del defensor. Si tal tarea se pretende poner siempre en manos del juez, se creará una enorme complicación, pues éste deberá contar con una infraestructura importante a ese fin, y tendrá que estudiar el caso antes de llevar a cabo el acto, para la declaración tenga un marco de seriedad. A ello debe sumarse la demora y el papeleo (suplicatorias, libros de entradas y salidas, etc.)..."⁴⁷. Finalmente debe señalarse que las partes tienen derecho a examinar las actuaciones directamente o por medio de sus representantes (artículo 290 CPP). Nos referimos en concreto al expediente donde se consignan las actuaciones. Como bien se afirma, "...durante el procedimiento preparatorio, si bien no es una etapa eminentemente contradictoria como lo es el juicio, deben existir igualmente amplias posibilidades de defensa: ello supone la posibilidad de proponer diligencias, de participar en los actos, de plantear incidentes, etcétera. También significa que, si bien esta etapa no es pública en el sentido en que lo es el juicio oral (abierto a todos los ciudadanos), no se debe deducir de ello que sea secreta para los distintos sujetos procesales. Al contrario: el defensor, el querellante, las partes civiles, deben tener acceso al desarrollo de la investigación"⁴⁸. La única salvedad la constituye el secreto instructorio en los casos y con los límites en que es admisible, siempre que contra el imputado no se haya solicitado una medida de coerción o se hubiere pedido un anticipo de prueba (artículo 291 CPP).-

b. La participación de la víctima y el querellante

El nuevo sistema por un lado abandona la inflexible posición anterior, según la cual frente a todo hecho delictivo debía tramitarse un proceso para llegar a la imposición de una pena, basada en teorías absolutistas y en su lugar se flexibilizan las posibles respuestas frente a la criminalidad, por medio de distintos mecanismos procesales (principio de oportunidad, suspensión del procedimiento a prueba, procedimiento abreviado, conciliación, etc.); y por otro lado, se reconoce en forma amplia la participación de la víctima en la búsqueda de esa solución, otorgándosele mayor disponibilidad sobre el curso del procedimiento y el resultado final de la causa⁴⁹.

⁴⁷ CAFFERATA NORES, José I. **La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional**. cit., p. 683.-

⁴⁸ BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**, cit., p. 219.-

⁴⁹ Sobre la intervención de la víctima en el proceso penal cfr. ESER, Albin. *"Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal"*. En: **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1992. pp. 13 ss.; HIRSCH, Hans Joachim. *"Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho*

Esta nueva intervención permite, a su vez, que sean los protagonistas del conflicto quienes asuman un papel de relevancia en la posible respuesta del sistema penal, con los necesarios controles y límites que se justifiquen según el sistema de valores y el sistema jurídico.

Como muy bien lo señala Maier al comentar su proyecto, “se decidió mantener al querellante por delito de acción pública, pues, además de constituir una institución definitivamente arraigada en la administración de justicia penal de la Nación, se inscribe en la tendencia de incorporar a quienes afecta el delito al procedimiento que se dispone para la solución del conflicto social en el que consiste una infracción penal; por otra parte, el interés directo del afectado produce, al menos, el efecto saludable de evitar, en los casos concretos, la tendencia a la rutina que caracteriza a los órganos estatales.”⁵⁰

Esa participación de la víctima en el proceso penal es sugerida por Naciones Unidas, al recomendar en la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”⁵¹ que las víctimas “...tendrán derecho de acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido...” (Sección A, punto 4 de la Resolución), así como también al disponer que “Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando haya solicitado esa información; b)...; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial...” (Sección A, punto 6, apartes a y c de la Resolución).

Conforme al nuevo Código Procesal la víctima, por el sólo hecho de serlo y sin haberse constituido en parte, tiene derecho de intervenir en el procedimiento conforme lo autoriza el Código, recibir trato digno, ser respetada su intimidad, recibir protección, ser informada y recurrir de las resoluciones que finalicen el procedimiento, ser escuchada en cada decisión que implique la extensión o suspensión de la acción penal cuando lo solicite (arts. 27 y 84 CPP).-

procesal penal”. En: **idem**. pp. 91 ss.; y GIARDA, Angelo. **La persona offesa dal reato nel processo penal**. Milano, Giuffré, 1971, pp. 61 ss.

⁴⁹ MAIER, Julio. **Exposición de Motivos del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación**. cit., p. 657.-

⁵⁰ MAIER, Julio. **Exposición de Motivos del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación**. cit., p. 657.-

⁵¹ Recomendada en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Milán, agosto-setiembre de 1985, y aprobada por la Asamblea General en resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985.- (Su texto completo aparece publicado en la Revista del ILANUD, año 7, N° 19, San José, junio de 1986, pp. 74 ss.; también en SAAVEDRA ROJAS, Edgar y GORDILLO LOMBANA, Carlos. **Derecho Penal Internacional**. Bogotá: ed. Ibañez, 1995. Tomo I, pp. 768 ss.-)

Pero el más importante de todos sus derechos procesales lo constituye, sin lugar a dudas, coadyuvar en el ejercicio de la acción penal pública por medio de la presentación de una **querella** (artículos 85 y 267 ss CPP), y el ejercer de la acción civil resarcitoria (arts. 50 ss. CPP).- La facultad de querellar en forma independiente se encuentra complementada por otras disposiciones que autorizan al querellante a suplir deficiencias y omisiones en la acusación del fiscal, cuando este último ha optado por acusar, y tienden a suplir tanto deficiencias en la exposición de los hechos acusados, cuanto en los fundamentos de la misma y en el ofrecimiento de las pruebas de cargo. Estas opciones las puede ejercer luego de dársele traslado sobre el contenido de la acusación fiscal, ya sea como víctima, como querellante o como actor civil (artículos 295, 296 y 297 CPP).-

La formulación de la querella por delitos de acción privada no corresponde ser abordado en el procedimiento preparatorio, razón por la cual omitimos cualquier referencia.

La formulación de la querella por delitos de acción privada no corresponde ser abordado en el procedimiento preparatorio, razón por la cual omitimos cualquier referencia.

c. La participación del actor civil y el tercero civilmente demandado

La acción civil puede ser ejercida por todas aquellas personas que hayan sufrido consecuencias del delito, así como sus herederos y legatarios, con el fin de obtener resarcimiento de los daños y perjuicios causados, o bien para obtener la restitución del objeto material del hecho punible, y puede ser dirigida tanto contra el imputado, principal responsable de pagar los daños y perjuicios ocasionados, como también contra aquella persona que las leyes señalen como corresponsable del pago de esa indemnización civil (art. 50 CPP).

También el Ministerio Público o bien una organización no gubernamental especializada, pueden ejercer la acción civil cuando se trate de infracciones que afecten intereses colectivos o difusos, interviniendo en el proceso como parte civil (art. 51 CPP).

Finalmente la víctima puede delegar el ejercicio de la acción civil en organizaciones no gubernamentales, cuyos objetivos se vinculen directamente con los intereses de aquella, cuando carezca de recursos o sea incapaz de hacer valer sus derechos (art 52 CPP).

Esta tiene carácter accesorio respecto de la acción penal, entendida ésta como la principal (art. 53), y debe presentarse durante el procedimiento preparatorio, antes de que se formule la acusación fiscal o conjuntamente con la querella (art. 121 CPP).

El actor civil interviene en el proceso como parte, pero sus facultades están limitadas a acreditar la existencia del hecho, a determinar sus autores y cómplices, la imputación de ese hecho a quien considere responsable, el vínculo con el tercero civilmente responsable, la existencia, extensión y cuantificación de los daños y perjuicios y la relación de causalidad entre el hecho y el daño (123 CPP). Consideramos que esas potestades, lejos de constituir una limitación, en realidad le permite intervenir con plena capacidad en toda la actividad desplegada durante la investigación del procedimiento preparatorio y durante todo el proceso. En consecuencia le son aplicables las normas ya señaladas que autorizan la participación del querellante en esta fase.

El tercero civilmente demandado es la persona que, según las leyes o por relación contractual, debe responder por los daños y perjuicios que el imputado provoque con la realización del hecho punible (art. 126 CPP), y desde su intervención goza de las mismas facultades concedidas al imputado para su defensa, en lo concerniente a sus intereses civiles (art. 131 CPP), por lo que valen respecto de él las facultades ya descritas aquí para el imputado, durante el procedimiento preparatorio.

Si debemos resaltar que las partes civiles, tanto el actor como el tercero civilmente demandado, si bien tienen como objetivo reclamar o defenderse del pago de los daños y perjuicios ocasionados con el hecho punible, su participación se extiende a todos los aspectos debatidos en el proceso penal englobados en la acción principal, porque de los hechos descritos en la acusación en realidad depende siempre la posibilidad de obtener dicha indemnización, pues se trata del hecho generador, aunque luego la investigación deba extenderse a determinar los alcances de esos daños y su cuantificación.

Actos conclusivos del procedimiento preparatorio

Para hablar de la conclusión del Procedimiento Preparatorio debemos tener presente las observaciones hechas con anterioridad, respecto de la estructura del proceso penal en el nuevo Código Procesal Penal Dominicano, al distinguir también como una fase del procedimiento a la Etapa Intermedia (Audiencia Preliminar), diferenciándola de la Etapa Preparatoria.

El procedimiento preparatorio concluye formalmente con las solicitudes realizadas por el fiscal, cuando adopta una concreta posición sobre el fondo del asunto, o sobre el curso del procedimiento, luego de comunicada dicha solicitud a la víctima, al querellante o al actor civil, según corresponda.

El Fiscal debe valorar en cada caso concreto el mérito de la investigación, con el propósito definir su posición, sin encontrarse obligado a acusar a ultranza. Conforme se exige el mismo fiscal que investigó el asunto asiste al juicio, sea como sujeto principal en representación del Ministerio Público o auxiliar, en consecuencia de él depende no hacer perder tiempo a los tribunales y al resto de las partes cuando pretenda ir al debate público sin elementos probatorios que así lo justifiquen.

El fiscal puede concluir directamente el procedimiento preparatorio si dispone el archivo, pero también concluye el procedimiento preparatorio si solicita la suspensión condicional del procedimiento, o solicita la apertura a juicio mediante la acusación, o pide el procedimiento abreviado.

a. El archivo fiscal

La posibilidad de que el fiscal asuma un papel protagónico en el archivo de la causa siempre ha provocado mucha polémica en sistemas que no le han permitido al Ministerio Público asumir como regla el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, sino sólo como excepción y bajo ciertos controles jurisdiccionales⁵². En ese contexto, una vez surgida una notitia criminis, la regla había sido la de que deba intervenir un órgano jurisdiccional para que se pronuncie sobre ella, sin coartar la libertad del Ministerio Público de asumir una concreta posición alrededor de la misma.

En la experiencia italiana, observa Pisapia, "...es oportuno recordar que, antes de la reforma de...1944, el Ministerio Público podía ordenar directamente la desestimación de la notitia criminis: lo que significaba, prácticamente, poder disponer de la acción penal, cuya obligatoriedad venía a ser gravemente vulnerada...Después de la restauración del régimen

⁵² En general véanse nuestras observaciones en GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. **La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense**. 2º Ed. San José (Costa Rica): Investigaciones Jurídicas S.A., 1992. pp. 175 ss., y en particular véase CARULLI, Nicola. **L'archiviazione**. Giuffrè, Milano, 1958, pp. 49 ss.-

democrático se ha restablecido por ello el sistema vigente con el C.P.P. de 1913, confiando a un órgano jurisdiccional...el control sobre la decisión del Ministerio Público...”⁵³.

El nuevo Código Procesal Dominicano, por el contrario, le otorga al Ministerio Público la posibilidad de disponer en forma directa el archivo de la causa, pero establece siempre controles jurisdiccionales que dependen de la víctima, de modo tal que finalmente quien adopta la decisión es el Juez.

En efecto, conforme al artículo 281 del Código Procesal Penal, el fiscal puede disponer el archivo cuando:

- a.1. No existen suficientes elementos para verificar la existencia del hecho
- a.2. Un obstáculo legal impide el ejercicio de la acción, como por ejemplo porque el imputado goza del derecho de antejuicio, o la víctima no ha denunciado, en casos en que se requiere la instancia.
- a.3. No ha podido individualizarse al imputado.
- a.4. Los elementos de prueba resultan insuficientes para fundamentar la acusación y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos.
- a.5. Concorre un hecho justificado o la persona no puede ser considerada penalmente responsable.
- a.6. Cuando es evidente que el hecho no constituye delito.
- a.7. Se ha extinguido la acción penal, por prescripción o cualquiera de las otras causales.
- a.8. Las partes han conciliado.
- a.9. Cuando el Fiscal procede a aplicar un criterio de oportunidad.

Los primeros cuatro supuestos no constituyen cosa juzgada, pues el archivo puede ser modificado cuando varíen las circunstancias que lo fundamentan o se supera el obstáculo procesal que impedía el ejercicio de la acción; mientras que los restantes cinco casos el archivo extingue la acción penal, siempre que no sea revocado por el juez (art. 281.10 CPP).

Antes de proceder a disponer el archivo en la cuarta o quinta causal, el Ministerio Público debe ponerlo en conocimiento del querellante o la víctima que ha solicitado ser informada y ha ofrecido su domicilio, para que hagan las observaciones pertinentes y manifiesten si tienen objeción al respecto, pero sus apreciaciones no son vinculantes para el Fiscal (art. 282 CPP).

⁵³ PISAPIA, Giandomenico. **Compendio di procedura penale**. 2° Ed. Padova: CEDAM, 1979. p.139.-

Esta comunicación no constituye una notificación formal, pero si debe reunir algunos elementos indispensables para asegurar la autenticidad del aviso y el contenido del acto comunicado.

Pero en esos dos casos y en cualquier otro en que se disponga el archivo, debe notificarse a la víctima que formuló la denuncia y solicitó ser informada y al querellante, para que objeten la medida ante el Juez, solicitando la ampliación de la investigación, indicando los medios de prueba practicable o individualizando al imputado, porque hubo aspectos que no fueron indagados por el Fiscal. (art. 283 CPP).

Esa objeción pueden formularla la víctima e incluso el propio imputado, tratándose del archivo de la causa por conciliación, cuando alguno de ellos invoque haber actuado bajo coacción o amenaza (art. 283 CPP).

Finalmente el Juez convoca a una audiencia y confirma o revoca el archivo, resolución que es apelable (283 in fine CPP).

Es de esperar, como ya se ha evidenciado, que todas estas opciones de las cuales dispone el Fiscal, elimine una práctica ampliamente experimentada en el sistema inquisitivo, que llegó a constituir una difusa costumbre judicial, de descargar sobre el debate también los casos de incierto éxito probatorio, y que en su lugar el fiscal asuma con objetividad su función, disponiendo el archivo en los casos que, según la experiencia, haya escasa posibilidad de condena⁵⁴.

b. Otros requerimientos fiscales conclusivos

Conforme al artículo 293 del nuevo Código Procesal, el procedimiento preparatorio puede concluir también con la solicitud fiscal ante el Juez para que se aplique la suspensión condicional del procedimiento o cuando solicite el procedimiento abreviado.

En el primer caso debe cumplir todos y cada uno de los requisitos exigidos (arts. 40 y ss.); mientras que en el segundo, no sólo debe cumplir con los requisitos (art. 362 CPP), sino además debe formular la acusación, a la cual nos referimos de seguido.

⁵⁴ NEPPI MODONA, Guido. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. cit., p. 384.-

En realidad el Código ha querido hacer una distinción entre la suspensión condicional del procedimiento, por un lado, y la aplicación de un criterio de oportunidad y la conciliación, por el otro, no obstante tratarse de formas diferenciadas de resolver el conflicto, porque sólo en el primer caso exige la intervención del Juez para disponerlo, mientras que en los segundos autoriza directamente al Fiscal para que pueda disponer el archivo, el cual puede llegar a constituir cosa juzgada si la víctima no lo objeta ante el Juez y éste no revoca la medida.

c. La acusación fiscal

Una de las más importantes funciones del Ministerio Público la constituye, sin lugar a dudas, el ejercicio de la acción penal, con todas sus implicaciones. Todos los actos de investigación forman parte de esa labor, en la medida en que constituyen el antecedente y el fundamento para promover la acción.

Ese acto se promueve todas las veces en que el Ministerio Público dirige una concreta solicitud a un Tribunal, respecto de una **notitia criminis**, para que éste se pronuncie y resuelva lo que corresponda⁵⁵. Esa solicitud no se agota con la acusación, pero ésta forma parte de aquella.-

La acusación también constituye otra forma de concluir el procedimiento preparatorio, y la formula el fiscal cuando **“...estima que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio público al imputado...”** (artículo 294 CPP).-

Se trata de un juicio de probabilidad que realiza el fiscal, según los elementos de prueba que hubiere podido recoger durante la investigación y los que pueda aportar durante el juicio. Conforme señalábamos, dependerá del Ministerio Público el que se solicite la apertura a juicio cuando las condiciones probatorias del caso así lo justifiquen, con el fin de evitar los debates innecesarios, con la consecuente pérdida de recursos y de tiempo.

La acusación fiscal debe contener los datos que permitan identificar al imputado, una relación precisa y circunstanciada de los hechos, y la cita de los preceptos jurídicos aplicables; sin embargo, debe contener además, el ofrecimiento de prueba para el juicio, y también un adecuado fundamento de los elementos de convicción que motivan la acusación (artículo 294 citado). En otras palabras al acusar el fiscal debe fundamentar en forma precisa las razones por

⁵⁵ Ibídem, pp. 59 ss.-

las cuales en su opinión en el caso se justifica la apertura a juicio, según los elementos de prueba que se esperan reproducir en la audiencia oral.

Como una fórmula para respetar el principio de correlación entre acusación y sentencia, y con el propósito de que durante el juicio el Ministerio Público no sorprenda a la defensa argumentando, a falta de algunas pruebas, que el hecho puede calificarse jurídicamente de otra manera, se establece la posibilidad de la **acusación alternativa o subsidiaria**, según la cual el fiscal o el querellante, pueden señalar en su respectiva acusación, en forma alternativa o subsidiaria, las circunstancias del hecho que permitirían calificar el comportamiento del imputado como una infracción diferente de la señalada en forma inicial (artículo 295 CPP).-

De acuerdo con esta posibilidad el fiscal o el querellante pueden acusar un hecho principal, calificarlo jurídicamente y justificarlo en determinados elementos de prueba que espera se reciban en la audiencia oral; sin embargo puede ser predecible, ante la insuficiencia de alguno de los elementos probatorios, que no se acrediten ciertas circunstancias, en cuyo caso puede formularse, de una vez, una segunda hipótesis fáctica y jurídica, que también debe estar debidamente fundamentada como la acusación principal. Lo mismo sucede cuando sea previsible que puedan surgir nuevos elementos probatorios que no se tienen a ese momento, que permitan variar la calificación jurídica a un hecho de mayor gravedad. Tales posibilidades ocurren, por ejemplo, cuando se acusa a una persona de haber realizado un robo en una casa de habitación, pero finalmente sólo se acredita que recibió los bienes sustraídos. En tal caso el Ministerio Público puede argumentar, como acusación principal, el robo, pero subsidiariamente el delito de receptación respectivo, siempre que haya bases para ello. Lo mismo puede decirse a la inversa.

También es factible que se **amplíe la acusación o la querella** durante la fase de juicio, para lo cual el fiscal o el querellante pueden incluir un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no fue mencionada originalmente, que modifica la calificación jurídica o integra un delito continuado, así como también deben indicar la nueva calificación jurídica. En tales casos la ampliación debe ser de nuevo intimada al imputado, con posibilidad de que se suspenda el juicio para preparar la defensa (artículo 322 CPP)⁵⁶.

⁵⁶ En argumento cfr. SANSO, Luigi. **La correlazione tra imputazione contestata e sentenza**. Giuffré, Milano, 1953, pp. 367 ss.; BRICHETTI, Giovanni. **La modificazione dell'accusa nell'istruzione e nel giudizio penale**. Jovene, Napoli, 1956. pp. 191 ss.; LEMMO, Elio. **L'accusa suppletiva nel dibattimento penale**. Giuffré, Milano. 1972. pp. 31 ss.; y TORRES BAS, Eduardo. **El procedimiento penal argentino**. Córdoba: Lerner, 1987. Tomo II, pp. 396 ss.-

Todas estas posibilidades deben distinguirse de la corrección de errores materiales contenidos en la acusación, los cuales pueden subsanarse durante el juicio e incluso pueden agregarse circunstancias que no modifiquen esencialmente la imputación ni provoquen indefensión (artículo 322 in fine CPP). El límite de estas correcciones o agregados lo constituye el derecho de defensa. Si pudiera producir alguna afectación, el agregado debe necesariamente realizarse por medio del procedimiento de ampliación de la acusación o la querella.-

Finalmente debe observarse que el mismo fiscal debe correr **traslado de la acusación** a la víctima, al querellante y al actor civil. Al primero, para que manifieste dentro tercero día si decide constituirse en querellante, caso en el cual deberá presentarla dentro de los diez días siguientes (artículo 296 CPP). Al segundo, suponemos que ello se hace -aunque no lo indica la norma- para que con vista de la acusación del fiscal amplíe o aclare la relación de hechos contenida en la querella, así como la fundamentación y ofrezca nueva prueba. Al tercero le corre traslado para que en el plazo de cinco días concrete sus pretensiones como actor civil, indique la clase y forma de reparación que demanda, liquide el monto de los daños y perjuicios que estime haber sufrido hasta ese momento, sin perjuicio de ampliar las partidas por las consecuencias futuras, y a la vez ofrezca la prueba para el juicio (artículo 297 CPP).

Finalmente, al igual que debe hacerlo si formula algún otro requerimiento conclusivo, con la acusación el fiscal debe remitir las actuaciones al juez, adjuntando las evidencias en su poder, siempre que éstas puedan ser incorporadas al juicio (artículo 293 in fine CPP).-

La acusación y la querella constituyen el límite del objeto del juicio, pues la sentencia no puede sustentarse en hechos que no hayan sido previamente acusados, y debidamente informados, salvo cuando favorezcan al imputado, conforme lo consagran los artículos 19 y 336.

Como indicamos antes, a pesar de que no viene denominada de esa manera en forma expresa, con estas actuaciones el proceso inicia otra fase, denominada intermedia, dedicada a controlar la procedencia de las solicitudes del Ministerio Público y de la víctima.-

Bibliografía recomendada

BINDER, Alberto. **Iniciación al proceso penal acusatorio**. Editorial Jurídico-Continental, San José, Costa Rica, 1999. 167p.

MORA, Wilfredo. **Criminología y violencia urbana**. Santo Domingo: Editora Buho, 2003. 113p.

MORA, Wilfredo. **Diario de la cárcel**. Santo Domingo: Editora Buho, 2004. 170p.

Nota: Bibliografía disponible en el Centro de Documentación de la Escuela Nacional de la Judicatura.