

ANALISIS PARA LA COMPRESION DE LA TEORIA Y LA PRACTICA DE LA PRIMERA ETAPA DEL PROCESO PENAL: LA INSTRUCCION

Dr. Luis Herrera G.

SUMARIO

1. Planteamiento del problema.	104
2. El proceso penal mixto. Caracteres.	104
3. Ejercicio de las acciones.	105
a) Acción popular.	105
b) Acción pública.	105
c) Acción privada.	106
4. Concepto de sumario e instrucción.	106
5. ¿Cómo se inicia el proceso penal en el procedimiento de instrucción formal?	106
6. La prórroga ordinaria.	108
7. La prórroga extraordinaria.	108
a) Fundamento.	108
b) Organo que la dicta.	108
c) Oportunidad para dictarla.	108
d) Efectos.	109
e) Valor del sobreseimiento obligatorio frente al principio "non bis in idem" y a la prescripción.	110
8. Mérito instructorio de la imputación. Procesamiento.	111
a) Concepto.	111
b) Procedencia.	111
c) Requisitos.	111
d) Caracteres.	112
9. Valor provisional del procesamiento.	112
10. Falta de mérito.	112
11. Período crítico de la instrucción.	113
12. Facultades del Ministerio Público al contestar la audiencia del artículo 338 del C.P.P.	113
13. Discrepancia entre el juez instructor y el Ministerio Público.	113
14. Oposición de la defensa a la elevación a juicio.	114
15. Clausura del sumario.	114

ANÁLISIS PARA LA COMPRENSIÓN DE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA DE LA PRIMERA ETAPA DEL PROCESO PENAL: INSTRUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: Al leer el articulado del Código de Procedimientos Penales en lo que se refiere a la "Instrucción Judicial" (arts. 184 a 200) así como del llamado auto de procesamiento (art. 286 C.P.P.), de la falta de mérito (art. 289 C.P.P.), la prórroga extraordinaria (arts. 325 a 327) y el período de clausura y elevación a juicio (arts. 338 a 348), nos damos cuenta que surgen a la hora de su aplicación en la vida de los hechos, una serie de problemas de no muy fácil solución, lo que nos obliga a hacer un análisis general (1) de la estructura jurídico-procesal de la "instrucción". Por ejemplo, me he preguntado si ¿es posible decretar el sobreseimiento sin antes concretar la imputación en el auto de procesamiento?, o ¿se puede revocar el auto de procesamiento cuando con posterioridad se dicta una prórroga extraordinaria?, o ¿son compatibles ambas resoluciones a pesar de que una ordena la prisión y la otra la libertad inmediata del imputado?, o que cuando decretada la falta de mérito para procesar, ¿subsiste ésta hasta la expiración del plazo de duración de la instrucción?, o ¿debe ser sustituida la falta de mérito por una prórroga extraordinaria?, ¿por cuántas veces es posible decretar la prórroga extraordinaria, o decretada ésta de oficio y revocada posteriormente ante la aparición de nuevos datos, puede el agente fiscal pedirla de nuevo al contestar la audiencia del artículo 339 inc. 2 del C.P.P.?, o ¿puede reabrirse la causa después de haberse dictado un sobreseimiento obligatorio?; ¿qué clase de sobreseimiento es: total, parcial o provisional?, igualmente, al surgir una disconformidad entre el Agente Fiscal y el Juez Instructor por haber solicitado aquél la prórroga extraordinaria o el sobreseimiento, ¿podría directamente el Fiscal de Juicio formular la requisitoria de elevación a juicio?

Todas esas interrogantes son las que evidencian la compleja naturaleza del Derecho Procesal Penal, y la búsqueda de las respuestas a la luz de la

doctrina científica y legal, así como del examen minucioso del articulado, nos darán una visión más clara de esta importante etapa del proceso, y que sin duda alguna nos servirá para una mejor comprensión de una legislación relativamente nueva.

Muchos de los problemas que actualmente presenta la vigencia del C.P.P. son el producto de una falta de maduración de las ideas, así como el producto de copiar legislaciones extranjeras sin antes adoptar los patrones esenciales que servirán para adaptar las nuevas instituciones a nuestra legislación a nuestro medio social, político y económico.

Es nuestro deseo, pero más que todo es un deseo sincero de un aficionado al Derecho, de exponer algunas reflexiones que he hecho en mis estudios doctrinales, así como lo percibido durante mi corta carrera de juez, para tratar de aportar algo, a la aplicación eficaz de nuestra legislación procesal penal, y en especial, esperando despierte alguna polémica, muy necesaria en nuestro reducido medio.

2. EL PROCESO PENAL MIXTO. CARACTERES. Para una mejor ubicación en los problemas que luego abordaremos, se hace necesario exponer brevemente los caracteres más sobresalientes del sistema del proceso penal mixto, que es el que ha adoptado nuestra nueva legislación procesal penal (2).

Son los siguientes:

a) La jurisdicción es ejercida: durante la instrucción por un juez instructor (arts. 18 a 20 de la Ley 5711 de 27 junio de 1975) cuando se tratare de delitos de instrucción formal, y en los de investigación por el procedimiento de Citación Directa, corresponderá a los Agentes Fiscales (arts. 14 y 15 ibídem y 404 del C.P.P.), o bien a la Policía Judicial, la que puede realizar la información de prevención (arts. 161 ss., 404 y 187 C.P.P.); y, duran-

(1) Me refiero a un examen muy general que abarque todo el panorama de la instrucción judicial, por cuanto posteriormente en un libro que estoy preparando, haré un examen minucioso de cada artículo del Código de Procedimientos Penales.

(2) No vamos a entrar en detalles sobre los demás sistemas existentes: acusatorio e inquisitivo, pues no forma parte de nuestro estudio. Sobre los alcances de éstos puede consultarse la obra de VELEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Buenos Aires, 1969, t. I, ps. 19 ss.

te el plenario o fase de juicio oral y público —debate—, el ejercicio corresponde a un tribunal colegiado (art. 32 inc. 2, Ley 5711);

b) La acción penal es ejercida por el Estado, ejercicio que le es atribuido en la mayoría de los casos al llamado Ministerio Público (arts. 5 y 39 C.P.P.) o por la Procuraduría General de la República en cierta clase de delitos (3). En algunos países también se concede la facultad al ofendido de presentar querrela (4), mientras que en nuestra legislación solamente se le concede la facultad a las víctimas del delito para ejercer la acción civil resarcitoria (arts. 9 y 56 ss. C.P.P.);

c) La situación de los sujetos procesales varía de una etapa a otra: durante la instrucción, ésta es dirigida por el juez, con una muy sutil participación del agente fiscal y las demás partes, quienes en la mayoría de los casos solamente se les concede la facultad de asistir a la realización de los actos de instrucción (arts. 190, 191 y 193 del C.P.P.), pero, su participación queda muy limitada (art. 194 C.P.P.); y, la facultad de proponer pruebas (art. 196);

d) En cuanto a la valoración de la prueba rige el sistema de libre convicción salvo en lo relativo al estado civil (art. 198), sea, que los jueces tienen libertad para apreciar el valor probatorio; apreciación que queda únicamente restringida por el uso de las reglas de la sana crítica (art. 393 párr. 2) (5);

e) El procedimiento varía sustancialmente en las dos etapas del proceso: durante la instrucción el trámite es en su mayor parte escrito, limitadamente público y limitadamente contradictorio

(arts. 91 ss., 195 y 200 C.P.P.); durante el Debate prevalece la oralidad y la publicidad (arts. 95 y 359 C.P.P.), la continuidad (art. 361) y la contradicción (arts. 349, 351, 371, 383 y 389 C.P.P.).

3. EJERCICIO DE LAS ACCIONES: (6) Básicamente son tres los tipos de acción que se reconocen en la doctrina científica: la acción penal pública, la acción privada y la acción popular. Examinaremos brevemente cada una de ellas.

a) **ACCION POPULAR:** En síntesis, la acción popular, es un antecedente de la "actio popularis" del derecho romano, en virtud de la cual cualquier ciudadano de la colectividad puede ejercerla a nombre de la sociedad, por cuanto la violación de las normas jurídicas afecta no solamente el interés particular sino el de la colectividad, en vista de que las leyes se dan para la protección de ésta (7);

b) **ACCION PENAL PUBLICA:** La acción penal pública es la que se inicia de oficio sin intervención de los perjudicados, pero a cargo de un órgano estatal al que se le atribuye el ejercicio de la acción en forma exclusiva (8), o bien de oficio por los tribunales encargados de la instrucción o mediante acusación del particular agraviado o por denuncia de cualquier persona con capacidad legal para denunciar (9). En nuestro Código, la acción penal pública siempre debe ser ejercida por un órgano estatal (el Ministerio Público dependiente del Poder Judicial o por el Ministerio de Justicia,

(3) Ver Ley No. 5712 que reformó el art. 5 del C.P.P.

(4) Por ejemplo en Venezuela en que la acción puede ser ejercida por el M. Público (art. 80 Cód. Enj. Crim.) o por el ofendido (art. 100).

(5) En un principio la jurisprudencia de las Salas de Casación sostuvo el criterio de que la "fijación de los hechos" quedó reservada de modo exclusivo a los tribunales de instancia (sentencias números 17, 21, 22, 24 de 1976, 24 y 25 de 1977, todas de la Sala 2da. Penal). Posteriormente se varía el criterio, y se dice que en Casación se puede atacar la falta de aplicación de las reglas de la sana crítica, pues lo que no se puede en esta vía es controlar la valoración personal de los jueces del Tribunal (sentencias de la S. 1a. Penal, de las 17 hrs. del 5 de octubre y de las 15:30 hrs. del 11 de nov. de 1977); la Sala de Casación puede revisar la sentencia cuando el Tribunal ha apreciado las reglas en forma absurda (S. 2da. P., números 10-F, 6-F y 7-F de 1977).

(6) Esta no es la oportunidad para hacer un examen sobre la acción, pues para ésto se requiere un trabajo exclusivo. Sin embargo, puede consultarse: VELEZ MARICONDE, ob. cit., t. I., ps. 271 ss.; COLIN SANCHEZ, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Editorial Porrúa S.A., 1977, ps. 227 ss.; LEONE, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, EJEPA, 1963, t. I., ps. 113 ss.; CARNELUTTI, "Cuestiones sobre el proceso penal", Trad. Sentis Melendo, EJEPA, Bs. As. 1961, ps. 133 ss.; ERNST BELING, *Derecho Procesal Penal*, trad. de Miguel Fenech, Editorial Labor S.A. 1943, ps. 51 ss.

(7) Existe en Inglaterra; en el Perú (art. 76 C.P.P.), donde también puede iniciarse de oficio (art. 75 C.P.P.).

(8) Art. 5 del C.P.P. de Costa Rica. En los Estados Unidos el "attorney General" es el encargado de perseguir los crímenes y delitos contra las leyes federales, quien a la vez ejerce autoridad sobre los Fiscales de los E.U. ("United States Attorney") quienes ejercen su función en cada Tribunal de Distrito (ANDRE TUNC, "El Derecho en los Estados Unidos", Oikos-tau S.A., 1971, p. 62). En Cuba el único que puede acusar es el Fiscal (art. 260 L.P.P.).

(9) Este sistema mixto rigió en el anterior C.P.P. de 1941 (arts. 144, 145 y 164); rige actualmente en Guatemala (arts. 331, 343 y 354 C.P.P.); en Venezuela, la acción también puede iniciarse por denuncia o querrela o bien por acusación del Ministerio Público (arts. 80, 90 y 100); en el Perú se puede iniciar por medio de denuncia, de oficio o mediante el ejercicio de la acción popular (arts. 75 y 76 C.P.P.).

dependiente del Poder Ejecutivo), porque son los órganos legalmente competentes para requerir la elevación a juicio (arts. 5, 39 y 339 inc. 2 C.P.P.). Sin embargo, en algunos delitos, como son los previstos por el art. 81 bis del Código Penal, no puede iniciarse la investigación sino en virtud de "instancia privada", es decir, en virtud de una denuncia formulada por el ofendido o sus representantes (párr. 2 del art. 81 bis C.P. y 6 C.P.P.);

c) **ACCION PRIVADA:** Finalmente, la acción privada es aquella que solo puede intentarse y proseguirse a instancia directa del ofendido o sus mandatarios. Son delitos de acción privada los enumerados por el art. 81 del C.P. Esta acción se ejercerá por medio de querrela (arts. 6 párr. final y 428 del C.P.P.), y es desistible por el querellante tácita o expresamente (arts. 433 y 434 C.P.P.).

4. CONCEPTO DE SUMARIO E INSTRUCCION: Para continuar con nuestro análisis se hace necesario precisar los conceptos de "sumario" e "instrucción", pues en la mayoría de los casos se tiende a confundirlos; confusión que si bien no resulta grave para la práctica jurídico-procesal nos obliga en una buena técnica jurídica a aclarar los alcances de cada concepto.

Así por ejemplo, se habla de "sumario de instrucción" o "de instrucción del sumario". Por esta razón, Humberto Rodríguez, al comentar el Código colombiano ha dicho que en sentido estricto *"el sumario es la reunión de diligencias propias para comprobar el delito y sus autores, con sus circunstancias como lo define el artículo 309 del C. de P.P. en tanto que la instrucción es la acción de indagación o búsqueda de pruebas de cargo como de descargo. Por eso al funcionario que realiza esa acción se le llama instructor"* (10). Esta distinción

que nos resulta bastante clara ha sido acogida en las diversas legislaciones (11).

La realidad es que ambos conceptos tienen una misma finalidad, por lo que diríamos que son dos caras de una misma moneda, con la única diferencia de que "instrucción" significa acción, indagación o búsqueda de pruebas, mientras que el "sumario" representa el resultado, la suma de lo recopilado o indagado.

5. ¿COMO SE INICIA EL PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO DE INSTRUCCION FORMAL?: De acuerdo con el artículo 187 del C.P.P. la "instrucción será iniciada" de dos formas:

a) Mediante la presentación de un Requerimiento de Instrucción Formal a cargo del Ministerio Público (arts. 167, 170 C.P.P.); y

b) Mediante una información o prevención policial a cargo de la Policía Judicial (art. 166).

Se hace necesario aclarar los alcances de dichas disposiciones, pues aparentemente la instrucción de un asunto de instrucción formal puede iniciarse con una simple prevención policial. Esto nos obliga a plantearnos dos problemas: ¿se inicia directamente la instrucción con la sola presentación de la prevención policial sin necesidad del respectivo requerimiento y del avocamiento por la autoridad instructora? En caso de que la respuesta fuese afirmativa, ¿en qué situación queda el Ministerio Público a quien la ley le asigna en forma exclusiva el ejercicio de la acción penal pública? Nosotros creemos que la etapa instructoria puede iniciarse de las siguientes formas:

a) Si es en virtud de una denuncia presentada ante el juez instructor, éste debe poner las diligencias inmediatamente en conocimiento del Agente Fiscal, el cual puede en las veinticuatro horas siguientes, requerir la instrucción formal o bien

(10) RODRIGUEZ, Humberto, "Nuevo Procedimiento Penal Colombiano", Ediciones de Cultura Contemporánea, Bogotá, 1976, p. 345.

(11) El art. 30 del C.P.P. de Guatemala dice: "Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio, practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes. . ."; en el mismo sentido el art. 209 Ley Enj. Crim. de España, 71 Cód. Enj. Crim. de Venezuela. En el C.P.P. de Costa Rica de 1941, hoy derogado, se denomina al Título II del Libro Segundo "De la instrucción", pese a que en las diferentes normas tiende a confundirse con el concepto de sumario (arts. 166 a 169). En Cuba se le llama fase preparatoria, que constituye "las diligencias previas a la apertura del juicio oral dirigidas a averiguar y comprobar la existencia del delito y sus circunstancias, recoger y conservar los instrumentos y pruebas materiales de éste y practicar cualquier otra diligencia que no admita dilación, de modo que permitan hacer la calificación legal del hecho y determinar la participación o no participación de los presuntos culpables y, en caso afirmativo, el grado de ésta, así como asegurar, en su caso, la persona de éstos" (art. 104 L.P.P.). El Dr. Aldo Prieto Morales, de la Universidad de La Habana, comentando dicha disposición dice: "¿A cargo de quién está? De la policía, dirigida y asesorada por el fiscal, y en casos excepcionales (artículos 259-2 y 262 L.P.P.) 'en que los hechos investigados, por su gravedad y complejidad, lo hacen necesario' de un juez instructor designado por el tribunal, el que podrá formar parte del propio tribunal o de otro subordinado (artículo 262 L.P.P.). Estos son los sujetos principales de la fase preparatoria: la policía, el fiscal y el instructor y, en última instancia, el tribunal" (Derecho Procesal Penal, Segunda Parte, Editorial Orbe, La Habana 1977, p. 12).

pedir que se desestime la denuncia, en cuyo caso surge una discrepancia que se resuelve conforme al trámite previsto en el artículo 347 (arts. 152 y 158 C.P.P.);

b) Estándose en la misma situación anterior, si se trata de un delito investigable por el procedimiento de citación directa, el Agente Fiscal puede: o bien continuar con la información (que en el fondo es una instrucción a su cargo) la que servirá de base para requerir la citación a juicio, o bien pedir que se desestime la misma conforme antes se dijo (arts. 152, 158 y 404 C.P.P.);

c) Si la denuncia se presenta en la Agencia Fiscal, el Agente procederá a confeccionar el respectivo requerimiento si se trata de delitos investigables por el procedimiento de instrucción formal o bien continuar la información hasta la citación a juicio; también si no existen elementos suficientes, puede pedir que se desestime la misma y entonces se actuará conforme antes se dijo en los incisos a y b; (12).

d) Si la denuncia se presenta ante la Policía Judicial (art. 161) ésta debe informar inmediatamente al Agente Fiscal (si se trata de citación directa) o al juez instructor (si se trata de instrucción formal) (art. 166 C.P.P.), y cuando no intervengan de inmediato *"el juez o el agente fiscal, según corresponda instrucción o citación directa, dichos oficiales realizarán una investigación preliminar"* (art. 166 párr. 2). Creemos que esta "investigación preliminar" se presta a muchas confusiones, por lo que es necesario aclarar su alcance. Esta investigación es la misma "prevención o información policial" a que se refiere el artículo 187. En consecuencia, y así damos respuesta a las preguntas que antes nos formulamos, en los asuntos de instrucción formal, la prevención o información policial no es un sustituto del Requerimiento Fiscal de instrucción, sino que dicha información al ser puesta en conocimiento del Agente Fiscal, puede o bien requerir la instrucción, en cuyo caso, si el juez instructor se avoca al conocimiento, puede aceptar plenamente dicha información como eficaz para procesar y posteriormente para pasar al período

crítico, siempre y cuando se hayan cumplido las normas de la instrucción; caso de que esto no haya ocurrido, el juez podrá volver a repetir las diligencias;

e) Finalmente, la última situación es a la que se refiere el artículo 186, sea, cuando el juez llega a tener noticia directa de la comisión de un delito. En estos casos debe inmediatamente proceder a hacer la investigación, sin que se pueda por esto considerar que se trata de actos de instrucción, pues aún no se ha iniciado el proceso propiamente, sino hasta que ponga en conocimiento del agente fiscal las investigaciones realizadas, para que éste confeccione el respectivo requerimiento o bien continúe con la información si se trata de delitos investigables por el procedimiento de citación directa. No debemos pensar que en estos casos el juez instruye sin necesidad de requerimiento, porque sería actuar *"ex officio"*, violando los principios que informan el presente sistema.

No presentándose ninguna discrepancia entre el agente fiscal y el juez instructor (arts. 158 y 347 C.P.P.) el juez debe avocarse a la instrucción, dictando la respectiva resolución, con lo cual se inicia formalmente la instrucción (13).

Además, el juez al iniciar la instrucción, con lo cual se inicia el proceso penal en una de sus etapas importantes, debe hacer un análisis de los presupuestos procesales (iniciativa legal del Ministerio Público, legítima constitución del juez, capacidad de las partes en lo que se refiere a la intervención, asistencia y representación; y, competencia del tribunal); de las "condiciones objetivas de punibilidad" que en cierta forma son equivalentes a lo que en doctrina se denominan cuestiones prejudiciales (14); y, los requisitos de procedibilidad (la querella, la denuncia de los ofendidos en caso de instancia privada, los obstáculos fundados en privilegio constitucional) (15).

6. LA PRORROGA ORDINARIA. En nuestra legislación procesal penal existen dos prórrogas de la instrucción: la ordinaria a que se refiere el artículo 199 y la extraordinaria (arts. 325 a 328).

(12) Hay que tener presente el caso de los Alcaldes que ejercen la función de Ministerio Público por disposición de la ley, en cuyo caso, reuniendo en forma simultánea las funciones requirentes y de instrucción no están obligados a hacer el respectivo Requerimiento, por razones legales (arts. 14 al 7 Ley 5711). Esta situación es anómala y creemos debe ser solucionada pues desvirtúa los principios que rigen en el sistema actual.

(13) En Venezuela al auto inicial se le llama "auto de proceder" (art. 90 Cód. Enj. Crim.); en Guatemala, "apertura" o "cuerda pública" (art. 315 C.P.P.); en México, "radicación del asunto", "avocamiento", "auto de inicio" o "cabeza de proceso" (COLIN SANCHEZ, ob. cit., ps. 264-5), en Cuba "prisión provisional" (art. 503 L.P.P.).

(14) Por ejemplo la declaratoria de quiebra para investigar la comisión del delito de quiebra fraudulenta o culposa (arts. 231 y 232 C.P.).

(15) No entraremos en detalle sobre estos conceptos, los cuales examinaré en el libro que estoy preparando sobre el nuevo C.P.P. Sobre presupuestos procesales, tuve la oportunidad de hacer un amplio examen en mi tesis doctoral

La instrucción debe estar concluida en el término de dos meses contados a partir de la declaración del procesado y si fueren varios, a partir de la última, pues es la única forma de garantizar la unidad del proceso y la indivisibilidad de la acción penal. No obstante, el artículo mencionado permite una nueva prórroga (que es siempre ordinaria) de hasta cuatro meses. Debemos dejar claro, que el procesamiento o la falta de mérito para procesar, son pronunciamientos que deben dictarse dentro de los seis días siguientes a partir de la declaración del imputado (o de la rendida por el último imputado si fueren varios), y que los mismos no alteran el curso de la instrucción, la que debe continuar luego durante el resto del plazo ordinario, sea el mes y veinticuatro días y aun durante dos o cuatro meses más, si se han concedido las prórrogas.

7. PRORROGA EXTRAORDINARIA:

a) **FUNDAMENTO:** El fundamento de la prórroga extraordinaria es similar al que corresponde al viejo sobreseimiento provisional regulado en el derogado C.P.P. de 1941 (16) y que se origina en la legislación española, aunque sus efectos jurídicos y resultados prácticos hayan resultado opuestos. En el Código procesal vigente, la procedencia de la prórroga depende de dos supuestos: *"que no correspondiere sobreseer"* ni que las *"pruebas fueren suficientes para disponer la elevación a juicio"* (art. 325 C.P.P.). Se manifiesta pues este instituto procesal, como una prolongación temporal de la prórroga ordinaria, con la finalidad de que se recojan nuevos elementos de prueba suficientes para ordenar el sobreseimiento o la elevación a juicio. Como ha dicho Clariá Olmedo, *"procede cuando no obstante haberse agotado las investigaciones en general, falten suficientes elementos para alcanzar los fines específicos de la etapa instructoria; elevar la causa a juicio o sobreseer. . . Se justifica frente a una situación de duda que autoriza a pensar que, si prosiguen las investi-*

gaciones, puede modificarse la situación obtenida hasta ese momento" (17):

b) **ORGANO QUE LA DICTA:** En nuestro ordenamiento, corresponde al juez instructor dictar la prórroga extraordinaria, el que puede hacerlo a petición de parte o bien de oficio (18) de conformidad con el artículo 325 del C.P.P., si bien dicha resolución puede ser recurrida por el Ministerio Público o por el imputado ante el Tribunal de Apelaciones.

c) **OPORTUNIDAD PARA DICTARLA:** Por cuestiones de seguridad jurídica y garantizar una efectiva defensa del imputado, la prórroga extraordinaria solamente puede dictarse una vez, ya sea que se haya dictado de oficio o a gestión de parte (19). En nuestro ordenamiento jurídico-procesal son tres las oportunidades en que se puede dictar la prórroga extraordinaria:

a') *"Si vencido el término prescrito por el artículo 199, incluida la prórroga allí prevista, no correspondiere sobreseer ni las pruebas fueren suficientes para disponer la elevación a juicio, el juez ordenará por auto fundado, aun de oficio, la prórroga extraordinaria de la instrucción por un término que fijará en seis meses si la pena del delito fuera de un año; y de un año si la pena fuere mayor"* (art. 325 C.P.P.). La única duda que nos surge es saber con certeza cuál es el plazo a que se refiere el artículo, si es al de cuatro o seis meses. Nosotros estamos de acuerdo en que se trata de los seis meses, por cuanto da mayor margen para que el juez investigue la comisión del delito y sus participantes, y luego, porque en el artículo 199 se autoriza solamente una prórroga de la instrucción, que puede ser de dos o cuatro meses.

La prórroga extraordinaria que se puede dictar de oficio o bien a solicitud de parte, vencidos los seis meses de duración máxima de la instrucción, puede producirse incluso existiendo un procesa-

"Presupuestos y Excepciones Procesales", Madrid 1976. Puede además consultarse COLIN SANCHEZ, ob. cit., ps. 238 ss.; ERNST BELING, ob. cit., ps. 123 ss.; MIGUEL FENECH, ob. cit., ps. 321 ss.; y LEONE G. ob. cit., t. I, ps. 233 ss.

(16) El art. 363 del C.P.P. de 1941 dispone: "Será provisional: 1) Cuando los medios de justificación acumulados en el proceso no sean suficientes para comprobar la perpetración del delito; y 2) Cuando comprobado el delito no haya motivo suficiente para proceder contra determinada persona".

(17) CLARIA OLMEDO, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ediar S.A. 1967, tomo VI, ps. 120-121.

(18) No obstante que consideramos que lo correcto es que sea el juez instructor el encargado de dictar la prórroga extraordinaria, en otras legislaciones, como el Código de la Provincia de Córdoba, Argentina, dicha facultad compete al Tribunal de Juicio, quien la ejerce a solicitud del juez instructor (art. 309 C.P.P.).

(19) CLARIA OLMEDO, ob. cit., t. VI, p. 125.

miento o una falta de mérito (20), cuyos pronunciamientos se dictan como luego veremos en detalle, en el primer caso, para declarar provisionalmente la imputación (en sus elementos objetivos y subjetivos) ante la posibilidad de que el imputado sea el probable partícipe en su comisión; y en el segundo caso, sea en la falta de mérito, el pronunciamiento surge ante la falta de elementos probatorios para procesar o bien para liberarlo en forma definitiva del proceso. La falta de mérito debe mantenerse durante todo el tiempo que dure la instrucción, sea durante los dos o cuatro meses, según se haya concedido o no la prórroga; vencido éste, debe transformarse necesariamente en una prórroga extraordinaria.

Queremos insistir sobre lo anterior, en el sentido de que es posible decretar la prórroga extraordinaria aun existiendo previamente un procesamiento, pues muchos abogados creen que el procesamiento implica necesariamente la elevación a juicio. Nada más equivocado. El procesamiento se dicta como ya se dijo, para concretar la imputación y darle la oportunidad de defensa al imputado, y éste debe dictarse dentro de un término muy corto (seis días), pero la instrucción debe proseguirse hasta completarla, ya sea para sobreseer o bien para pasar al período crítico con la finalidad de que se eleve la causa a juicio.

b') Si el juez instructor considera que la instrucción está completa, y habiéndose ordenado en su oportunidad el correspondiente procesamiento, se pasa entonces al período crítico de la instrucción, con lo cual se impulsa la causa hacia la acusación, y en consecuencia el juez instructor, debe hacer una valoración (crítica) de los datos recogidos en la instrucción para determinar si concede o no la audiencia al Agente Fiscal (art. 338 C.P.P.). En este momento procesal el juez prácticamente inculpa al imputado, pues llega a la convicción de que es probable que haya cometido el delito, por lo que debe ser elevada la causa a juicio. En esta audiencia el Ministerio Público entre otras cosas, formula el requerimiento dubitativo, sea, pide la prórroga extraordinaria por considerar que no hay suficientes elementos probatorios para sobreseer ni tampoco que ameriten la elevación a

juicio. Pero recordemos, que si ya el juez había dictado dicha prórroga de oficio, no puede el Agente Fiscal pedirla nuevamente, por lo que se vería obligado a instar el sobreseimiento o la elevación a juicio, únicamente.

c') Finalmente, la tercera oportunidad para dictar la prórroga extraordinaria es cuando requerida la elevación a juicio por el Ministerio Público, se le notifican las conclusiones (del Requerimiento de Elevación a Juicio) al defensor del imputado (21), éste puede entre otras cosas instar una prórroga extraordinaria (art. 342 inc. 2 C.P.P.), pronunciamiento que lógicamente puede apelar el Ministerio Público si no está conforme (art. 328 C.P.P.).

d. EFECTOS: Entre los efectos principales que se derivan de la prórroga extraordinaria están los siguientes:

a') No cierra la instrucción ni definitiva ni provisionalmente, sino que produce una paralización de la investigación a la espera de que nuevas pruebas que conduzcan a:

a'') Alcanzar los fines de la instrucción: sobreseimiento o elevación a juicio (arts. 318, 319, 320 inc. 1 y 339 inc. 1 C.P.P.);

b'') Y al vencer ésta, cierre total de la instrucción con respecto al imputado, lo que obliga al juez a dictar un sobreseimiento "obligatorio" (art. 327 C.P.P.; véase infra e, p. 16).

b') Otro de los efectos de la prórroga extraordinaria es la libertad inmediata del imputado (art. 326 párr. 1). En este punto surge una interrogante: si se mantiene vigente el procesamiento cuyo efecto es la prisión del imputado (en los casos en que procede), se debe revocar éste en forma expresa, o bien la prórroga extraordinaria implica una revocatoria implícita del procesamiento? En relación con estos problemas, Clariá Olmedo ha dicho que "*Si está resuelto el procesamiento de éste, la prórroga extraordinaria debería implicar su revocación puesto que se afirma la duda sobre su fundamentación, y la consecuencia ha de ser la inmediata libertad de los detenidos que hubiere*" (22). No comparto esta opinión pues creemos es equivocada y contradictoria. Creemos que el procesamiento tie-

(20) Véase infra b'), p. 13.

(21) Hay que dejar claro que si el imputado es defendido por dos defensores, basta con notificar a uno solo las conclusiones (art. 81 C.P.P.).

(22) CLARIA OLMEDO, ob. cit., t. VI, p. 121.

ne una finalidad específica (afirmar provisionalmente la imputación), pero no tiene como finalidad inmediata la elevación a juicio, pues incluso, como lo ha dicho el referido autor, el procesamiento puede fundamentarse con pruebas que aunque no sean suficientes, pero que conjuntamente con otras eventuales podrán fundamentar la elevación a juicio (23). Esto quiere decir que cada pronunciamiento tiene una finalidad concreta, y que cuando con posterioridad se dicta la prórroga extraordinaria, sin necesidad de revocar expresamente el procesamiento, se ordena la libertad del acusado, lo que se hace por una cuestión de seguridad jurídica, ya que la duda surgida va a persistir, pues no hay elementos suficientes para decretar la elevación a juicio, y sería arbitrario e inconveniente que el imputado guardase prisión preventiva por seis meses o un año, cuando eventualmente podría ser sobreseído en forma obligatoria;

c') Otro efecto derivado de la prórroga extraordinaria es el relacionado con la duración del término y la posibilidad de ofrecimiento y evacuación de la prueba. Sobre este punto han surgido constantes discrepancias entre los abogados, por lo que damos nuestra opinión. Pueden presentarse tres situaciones:

a') El juez puede de oficio o bien a gestión de parte iniciar la recepción de pruebas antes del vencimiento del plazo (de seis meses o un año) y aun continuar su evacuación después de vencido. Si varía la situación que motivó la prórroga el juez puede o bien ordenar el procesamiento si este no se dictó, o conceder nueva audiencia al Agente Fiscal si se está en la fase crítica (arts. 338 y 339) (24).

b'') Las partes pueden ofrecer pruebas antes del vencimiento de dichos plazos, y evacuarse la misma fuera de ellos, y si varía la situación que motivó la prórroga extraordinaria, procederse en la forma anteriormente expuesta; y

c'') Si vencen los plazos sin variar la situación del imputado, el juez obligatoriamente debe dictar un sobreseimiento, el que es consultable (art. 323)

y apelable (25), pudiendo el Tribunal: o bien anularlo por falta de formalidades sancionadas bajo pena de nulidad, confirmarlo o aprobarlo según el caso, o bien revocarlo, si en el criterio de los jueces del tribunal, los elementos constitutivos del sumario son suficientes para sostener un procesamiento o una elevación a juicio. Si la ley concede estos recursos es porque se pretende que el Tribunal de Apelaciones controle la actividad del juez instructor, y lógicamente el criterio de éste no puede ser vinculante para aquél (26).

e) **VALOR DEL SOBRESEIMIENTO OBLIGATORIO FRENTE AL PRINCIPIO "NON BIS IN IDEM" Y A LA PRESCRIPCION:** De extraordinaria importancia resulta plantearse la cuestión de si el sobreseimiento obligatorio que se dicta al vencer los plazos de la prórroga (seis meses o un año), reviste las características de un sobreseimiento definitivo o provisional. En otras palabras, nos preguntamos, si puede reabrirse la causa contra el imputado si a favor de éste se ha dictado un "sobreseimiento obligatorio" cuando aún no ha prescrito la acción penal conforme al artículo 82 del C. Penal. El punto no está suficientemente claro, y al no estarse en ninguno de los supuestos que restringen la interpretación del derecho procesal penal (art. 3 C.P.P.), creemos que se trata de un sobreseimiento no definitivo, pues en el artículo 320 no se enumera la causal en estudio, sea la que en forma separada regula el artículo 327 del C.P.P. En consecuencia no se trata de un sobreseimiento que produce el cierre definitivo del proceso, por lo que perfectamente es posible reabrir la causa contra el imputado, si nuevos elementos probatorios aparecen durante el período posterior al vencimiento, sin que se viole en modo alguno el principio "non bis in idem", pues aún no se ha sometido al procesado a un juicio, ya que éste constituye la fase oral y pública (debate). La reapertura procede siempre y cuando la acción no haya prescrito. No obstante lo dicho, lo más correcto es que la Asamblea Legislativa haga una

(23) *Ibídem*, pág. 115.

(24) Este criterio lo sostuvo el Tribunal Superior de Limón en resolución No. 306 de las 10:20 hrs. del 8 de abril de 1978.

(25) Si bien no se concede este recurso en forma expresa, creemos que como dicha resolución perjudica los intereses del Ministerio Público, éste puede ejercer el mismo de conformidad con el art. 463 C.P.P. Igualmente creemos, que este sobreseimiento tiene consulta, aplicando por analogía el artículo 323, aun cuando en el artículo 320 no se enumera como causal de sobreseimiento, el vencimiento de la prórroga extraordinaria. De todas formas, como luego veremos (infra e, p. 17) el punto es bastante controversial, lo que obliga a que se haga una interpretación auténtica.

(26) Este criterio lo sostuvo el Tribunal Superior de Limón en resoluciones Nos. 425, 502, 959 y 1010 de 1978.

interpretación auténtica del artículo y se defina en forma clara qué tipo de sobreseimiento es el que se regula en el artículo 327 y si el mismo tiene consulta o no. También creemos que si en la interpretación auténtica se determinase que se trata de un sobreseimiento total, se amplíen los plazos del artículo 325, pues no es posible que se cierre definitivamente la posibilidad de llevar a juicio a una persona cuando el delito investigado es homicidio calificado, con el solo transcurso de un año seis meses.

8. MERITO INSTRUCTORIO DE LA IMPUTACION: PROCESAMIENTO. Nos queda por hacer un análisis del mérito de la instrucción, toda vez que de ésta depende el impulso del proceso hacia el período crítico y de la eventual posibilidad de elevar la causa a juicio. El examen de este instituto procesal resulta necesario, por cuanto nace a la vida jurídica durante la etapa de la instrucción, sea, en los seis días siguientes a la declaración del imputado (art. 286) y cuando fueren varios imputados, el término se computará a partir de la última declaración (o abstención a declarar) (art. ibídem en relación con el 274 párr. final).

a. CONCEPTO: Como ha dicho Clariá Olmedo, el procesamiento consiste en la declaración jurisdiccional que haciendo mérito de las constancias reunidas en los primeros momentos de la investigación sumarial, acepta provisionalmente la imputación ante la posibilidad de que aquél contra quien va dirigida sea penalmente responsable del delito que se investiga (27).

El procesamiento en la forma que actualmente lo regula nuestro Código, corresponde al auto de enjuiciamiento y prisión que regulaba el C.P.P. de 1941 (28).

El procesamiento debe dictarse en un término bastante corto, que en nuestro país es de seis días, para así no causarle perjuicios al imputado ni restringirle su libertad sin una imputación concreta que le garantice una eficaz defensa. Con la imputación que equivale a una incriminación provisional, se delimita en forma también provisional la

responsabilidad penal del imputado, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, pudiendo éste en consecuencia preparar su defensa. En cierta medida, el procesamiento fija provisionalmente el objeto del proceso, determinando el ámbito subjetivo de la imputación.

b. PROCEDENCIA: Considerando la especial naturaleza del procesamiento, se requieren varios supuestos fáctico-jurídicos para que el juez instructor pueda emitir este pronunciamiento:

a') *"que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe del mismo"* (art. 286 párr. 1). Significa ésto, que con los elementos que se han podido recopilar en los primeros seis días, el juez debe hacer una valoración, de la cual se desprenda la probabilidad de que el hecho investigado pueda ser constitutivo de delito penal y que éste sea perseguible (29). Esto último conduce al segundo supuesto;

b') Que esté excluida cualquier causal de sobreseimiento (art. 320).

c. REQUISITOS. En cuanto a los requisitos formales, están expresamente enumerados en el artículo 287, y su incumplimiento está sancionado en forma expresa bajo nulidad. Son los siguientes:

a') Datos personales del imputado o si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo. Sin este requisito no puede ordenarse el procesamiento, pues la delimitación subjetiva es esencial y no puede hacerse en abstracto. La imputación requiere como presupuesto esencial la identificación del imputado;

b') Una sucinta enunciación de los hechos. Lógicamente la enunciación de los hechos resulta del producto de los datos probatorios recogidos durante esos primeros seis días, cuando éstos dan mérito suficiente para procesar, sea, porque manifiestan la probabilidad de que se haya cometido el delito requerido por el Ministerio Público;

c') Los fundamentos del procesamiento. De conformidad con el artículo 106 deben fundamentarse todos los autos, omisión que se sanciona bajo

(27) CLARIA OLMEDO, ob. cit., t. IV, p. 351.

(28) Es lo que en el derecho colombiano se llama "auto de proceder" (Humberto Rodríguez, ob. cit., p. 396); en el derecho mejicano "auto de formal prisión" (Colín Sánchez, ob. cit., p. 265); en España "prisión provisional" (arts. 502, Ley Enj. Crim.); en Perú "Detención definitiva" (art. 84 C.P.P.); en Guatemala "prisión provisional" (arts. 541, 544 y 545 C.P.P.).

(29) El Tribunal Superior de Limón en resolución No. 124 de las 15 hrs, del 5 de febrero de 1979, mantiene el criterio de que el procesamiento puede fundamentarse incluso con la sola declaración del procesado, sin que sea necesario decretar la nulidad de dos declaraciones testimoniales que le habían servido de fundamento, por cuanto éstas pueden ser repetidas con posterioridad al pronunciamiento.

pena de nulidad. En esta fundamentación el juez debe hacer un juicio (que no es definitivo) que conduzca a una conclusión lógica de que existe la probabilidad de la comisión del delito y de la participación del o de los imputados en algunos de los grados de desarrollo del delito;

d') Calificación legal del hecho investigado y la cita del texto legal donde se define el tipo penal; y

e') Parte dispositiva. Esta incluye tres pronunciamientos: el procesamiento propiamente dicho, la prisión en los casos en que procede (art. 291) y el embargo (art. 525).

d. CARACTERES. (30). Son los siguientes:

a') El procesamiento debe dictarse por medio de un auto (arts. 106 y 288);

b') Es una resolución instructoria por cuanto se dicta durante la etapa de la instrucción dentro de los seis días siguientes a la declaración del imputado (art. 286);

c') Es una resolución ineludible en los delitos investigables por el trámite de instrucción formal, lo mismo que en aquellos casos donde se ha decretado la conversión judicial (arts. 286 y 402 inc. 1);

d') Es provisional. Significa ésto que puede revocarse en cualquier momento durante la instrucción o modificarse por el cambio de las circunstancias;

e') Decide sobre el fondo (provisionalmente) con un carácter inculpativo e impulsando el proceso hacia la acusación;

f') No es vinculante para el Tribunal, el que puede en sentencia variar la calificación legal del hecho; igualmente no es vinculante para el Ministerio Público, quien sin alterar el núcleo fáctico puede dar una calificación diferente en el Requerimiento de Elevación a Juicio (art. 397).

9. VALOR PROVISIONAL DEL PROCESAMIENTO. Hemos indicado como una de las características del procesamiento su valor provisional, en el sentido de que puede ser revocado en cualquier momento por el juez que lo dictó o bien modificarse si aparecen nuevas circunstancias que lo exijan. Así, por ejemplo, si apareciere un nuevo participante en el hecho después del procesamiento, se podrían presentar las siguientes situaciones:

a) Para ampliar el procesamiento por un nuevo hecho diferente al que es objeto de la imputación, se requiere un nuevo Requerimiento de Instrucción formal o una ampliación del original, porque éste es el que delimita la investigación sumarial de un delito. De no procederse así, se violarían las normas que regulan el ejercicio de la acción penal de parte del Ministerio Público, a quien en forma exclusiva la ley le ha encargado dicha función en los delitos de acción pública. Se presentaría un vicio por ejercicio ilegal de la acción o inicio ilegal de la misma, lo que constituye uno de los supuestos para el ejercicio de la excepción procesal que contempla el artículo 329 inc. 2);

b) Si apareciere un nuevo autor del hecho, no se requiere ampliación del Requerimiento, pues la acción penal es indivisible y en consecuencia podría ampliarse el procesamiento. Esto resulta de la situación de que la omisión de requisitos formales del Requerimiento Fiscal de Instrucción formal no se sanciona en forma expresa bajo pena de nulidad (art. 170), y además porque el Requerimiento constituye el acto procesal que da inicio al ejercicio de la acción, la cual, como hemos dicho, es indivisible;

c) La calificación legal del hecho punible es modificable si aparecen nuevas circunstancias que lo justifiquen;

d) Como ya lo hemos dicho con anterioridad, la calificación dada en el procesamiento no es vinculante para el Ministerio Público, el que puede variarla a la hora de presentar su acusación formal.

10. FALTA DE MERITO. No nos vamos a extender en el análisis de la falta de mérito, por cuanto no ofrece mayores problemas. Bástenos con decir que significa, que provisionalmente no existe fundamento (o mérito) para procesar al imputado ni tampoco para liberarlo en forma definitiva del proceso, porque no concurre ninguna causa de sobreseimiento de las que enumera el artículo 320 del C.P.P.

Entre sus características principales se encuentran: a) es ineludible si no procede el procesamiento o el sobreseimiento, y debe decretarse en el mismo término a que se refiere el artículo 286; b) es revocable. Si aparecen nuevos elementos de prueba, puede procesarse o sobreseerse al imputado; c) es un auto, y como tal debe estar fundamentado; d)

(30) Sobre la explicación de cada uno, puede consultarse la obra citada de CLARIA OLMEDO, t. IV, ps. 353 a 355.

no produce los efectos de la cosa juzgada por lo que no puede invocarse el principio "non bis in idem"; e) impide la detención del imputado, por lo que debe ordenarse la libertad en forma inmediata y f), la causa se mantiene abierta.

Si no surgen nuevos datos durante el desarrollo de la instrucción, y vence la prórroga ordinaria que se hubiere concedido, no le queda al juez más que dos posibilidades: a) dictar un sobreseimiento o b) decretar una prórroga extraordinaria.

11. PERIODO CRITICO DE LA INSTRUCCION.

Nosotros entendemos por este momento procesal, aquel en el cual el juez instructor hace un análisis crítico y objetivo de los datos del sumario y decide impulsar el proceso hacia la acusación, lo cual hace concediendo al Ministerio Público una audiencia (art. 338) para que éste se pronuncie obligatoriamente sobre cualquiera de las peticiones que enumera el artículo 339. Es necesario aclarar, que para llegar a este estadio, puede ocurrir de varias formas, las cuales procedemos a enumerar nuevamente para sistetizar y entender mejor la mecánica de este período procesal:

¿Cuándo se desarrolla normalmente la instrucción? a) Ocurre esto cuando el juez ha dictado auto de procesamiento y antes de que venza el término de la instrucción o la prórroga ordinaria que se hubiere decretado, decide que hay suficientes elementos probatorios para fundamentar la elevación a juicio;

b) Cuando se ha dictado falta de mérito durante la instrucción y antes de vencer el plazo de duración de ésta, aparecen nuevos elementos probatorios que sí dan mérito suficiente para procesar y pasar enseguida al trámite de audiencia del artículo 338;

c) Cuando dictada una prórroga extraordinaria, aparecen nuevos datos que hacen variar la situación, debe revocarse aquella y en su lugar ordenarse el procesamiento (si es que no se hubiere dictado con anterioridad) para enseguida pasar al período crítico o trámite de audiencia.

12. FACULTADES DEL MINISTERIO PUBLICO AL CONTESTAR LA AUDIENCIA DEL ARTICULO 338. El Agente Fiscal debe durante la

audiencia que le concede el juez instructor pronunciarse sobre los siguientes cuatro puntos:

a) Si estima que la instrucción no está completa, solicitará la realización de las diligencias que estime omitidas, las cuales una vez evacuadas, debe pronunciarse necesariamente sobre los siguientes;

b) Si estima que se ha configurado alguna de las causales que enumera el artículo 320, puede pedir el respectivo sobreseimiento (total o parcial según sea para uno o todos los imputados);

c) Si estima que no hay suficientes pruebas para sobreseer ni para requerir la elevación a juicio, puede solicitar una prórroga extraordinaria, la que únicamente puede decretarse por una vez, aun cuando hubiere sido decretada de oficio por el juez instructor. Esta instancia es lo que se llama "requisitoria dubitativa", pues se funda en la duda del Ministerio Público; y

d) No estándose en ninguno de los tres casos anteriores, el Ministerio Público forzosamente debe hacer la requisitoria inculpativa o Requerimiento de Elevación a Juicio (o acusación); este acto es donde verdaderamente el Ministerio Público concreta su facultad exclusiva de acusar.

13. DISCREPANCIAS ENTRE EL JUEZ INSTRUCTOR Y EL MINISTERIO PUBLICO:

Cuando el Ministerio Público solicita el sobreseimiento o bien la prórroga extraordinaria, si el juez está de acuerdo se pronuncia decretando cualquiera de esas peticiones, según lo haya pedido el Ministerio Público. En la primera situación, el sobreseimiento debe someterse a consulta (art. 323), pudiendo eventualmente ser revocado por el Tribunal de Apelaciones, en cuyo caso debe concederse nueva vista al Agente Fiscal, quien únicamente puede solicitar la prórroga extraordinaria (si no se hubiere dictado con anterioridad) o la elevación a juicio. No existe la posibilidad de solicitar el sobreseimiento fundamentado en la misma causa que lo motivó la primera vez, pues en el fondo el Fiscal de Juicio ha sustituido al Agente Fiscal discrepando con éste y por esa razón ha autorizado al Tribunal de Juicio a examinar el sobreseimiento (art. 323 párr. 2) (31).

En el segundo caso, cuando el juez se pronuncia a favor de la prórroga extraordinaria, habrá

(31) Hay que aclarar que en el caso de que el Tribunal revoque el sobreseimiento dictado por el juez instructor a solicitud del Agente Fiscal, el Código no establece el procedimiento a seguir, por lo que el Tribunal Superior de Limón en resolución No. 418 del 6 de mayo de 1978 resolvió que se aplicaba por analogía el trámite previsto por el art. 347, aunque personalmente considero que debería reformarse el párrafo 2 de este artículo para que sea directamente el Fiscal de Juicio quien requiera la elevación a juicio.

que esperar a que nuevos datos probatorios varíen la situación y justifiquen una nueva audiencia al Agente Fiscal, quien solamente podrá pedir sobreseimiento o la elevación a juicio.

Pero, también puede ocurrir que el juez instructor discrepe del criterio del Agente Fiscal, estimando que la causa debe elevarse a juicio, y en consecuencia por auto fundado se pronuncie negativamente por el sobreseimiento o la prórroga extraordinaria; en este último caso el juez debe remitir las actuaciones al Fiscal de Juicio, quien dictaminará conforme al artículo 39 C.P.P. Pueden presentarse dos situaciones:

a) Si el Fiscal está de acuerdo con el sobreseimiento o la prórroga extraordinaria, el juez obligatoriamente debe hacer tales pronunciamientos. No existe otra posibilidad jurídica, ya que el juez "ne procedat ex officio". Solamente el Ministerio Público tiene la facultad en forma exclusiva de pedir la elevación a juicio; y

b) Dispone el artículo 347 párrafo segundo que *"en caso contrario se correrá vista del sumario a otro Agente Fiscal, el que formulará requerimiento de elevación a juicio de conformidad con los fundamentos del superior"*. No estamos de acuerdo con esta disposición porque violenta los principios de libertad de actuación de los funcionarios judiciales, máxime cuando no existe una Ley Orgánica del Ministerio Público, que regule en forma más explícita las relaciones de jerarquía entre los diversos funcionarios. Creemos que lo más acertado sería que el Fiscal de Juicio directamente requiriera la elevación a juicio.

14. OPOSICION DE LA DEFENSA: En general se conocen tres sistemas que regulan el paso de la instrucción al plenario o debate, dándose una o mayor participación a la defensa. Son los siguientes:

a) **Imperativo:** Existe una cámara de acusación que decide si la causa debe ser llevada a juicio o no;

b) **Facultativa:** Se le concede una participación facultativa al defensor, quien podría oponerse a la elevación a juicio. Es el sistema que adoptó nuestro Código (art. 342); y

c) **Negativo o ausencia de contralor:** No se le da participación a la defensa para oponerse al paso de la causa al plenario, aunque a veces pueden realizar ciertos actos impugnativos, como la presentación de excepciones. Por ejemplo, en España, se

le concede esta participación cuando ya la causa ha sido elevada a juicio, para que por medio de conclusiones manifieste su conformidad o inconformidad con el escrito de calificación del delito (art. 652 Ley Enj. Crim.).

En nuestra legislación el defensor tiene la posibilidad de oponerse a la elevación a juicio solicitando al juez instructor:

- a) Un sobreseimiento;
- b) Una prórroga extraordinaria, o
- c) Deducir excepciones (dilatorias o perentorias) que no hubiere opuesto con anterioridad.

Si el juez se pronuncia por cualquiera de las dos primeras solicitudes y el Ministerio Público está en desacuerdo, puede ejercer los recursos que la ley le concede (arts. 322 y 328). Si el juez discrepa de lo pedido por el defensor, mediante auto fundado ordena la elevación a juicio, resolución que es apelable por el defensor (art. 345). Si es necesario aclarar que la audiencia que se le concede al defensor, o sea la notificación de las conclusiones, solamente se concede por una vez, de tal forma que si el Tribunal revoca el sobreseimiento o la prórroga extraordinaria decretada por el juez instructor, debe ordenar la elevación a juicio.

Nosotros estamos de acuerdo con la participación (en contradictorio) que se le concede al defensor, pues de lo contrario, se le colocaría en una situación de evidente desventaja, ya que sería dejar el paso de esta etapa al juicio oral y público en manos de los otros dos sujetos del proceso: el juez y el Ministerio Público, sin la posibilidad de que el defensor participe como un contralor en la correcta elevación a juicio, y que esta no sea arbitraria o infundada.

15. CLAUSURA DEL SUMARIO: El artículo 348 párrafo 1 dispone que la *"instrucción quedará clausurada cuando el juez dicte el auto de elevación a juicio o quede firme la providencia que lo ordene"*. Aquí debemos entender que la firmeza se requiere tanto para el auto como para la providencia, pues hasta tanto no precluya este momento procesal, la instrucción no ha concluido, y aún el juez instructor continúa siendo competente.

Se conocen dos sistemas principales en relación con el cierre del sumario:

a) **Clausura automática:** Se da cuando la instrucción queda cerrada sin necesidad de que una

resolución jurisdiccional lo disponga formalmente (32).

b) **Clausura formal:** Este sistema se sigue en

legislaciones antiguas, y en virtud de éste el juez debe dictar en forma expresa una resolución ordenando el cierre del sumario (33).

CONCLUSIONES :

Al terminar este breve análisis, quedo satisfecho de haber cumplido con un deber que me impone la profesión de abogado, cual es contribuir en algo, al correcto entendimiento del nuevo Código de Procedimientos Penales. Digo nuevo, pese a que ya tiene más de tres años de vigencia, por cuanto aún están ajustándose las disposiciones legales a nuestra realidad, produciéndose muchas veces contradicciones muy profundas entre los pronunciamientos de los tribunales del país. Todo ello se debe a que resulta difícil superar la vigencia de una serie de principios que inspiraron el derogado Código de Procedimientos Penales.

Lo importante es, avocarse al análisis del articulado del Código para detectar sus errores esenciales, para en un futuro ser corregidos, sin introducir doctrinas extrañas y complejas, muy ajenas a veces de nuestra realidad socio-cultural. Si bien esta legislación responde a una copia de una ley extranjera, es nuestro deber, impregnar a nuestra ley, de su realidad; es decir, hacerla viviente en nuestro contexto histórico y cultural.

En consecuencia, de lo expuesto en nuestro trabajo, hemos extraído a manera de conclusiones, lo siguiente:

a) Promover una interpretación auténtica del artículo 327, o bien una reforma general del artículo, para que se concrete cuál es la naturaleza del sobreseimiento que se llama "obligatorio". Debe determinarse con certeza si éste cierra "irre-

vocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta" (art. 319 C.P.P.). Caso afirmativo;

b) Ampliar la enumeración del artículo 320, incluyendo como causal de sobreseimiento, el vencimiento de la prórroga extraordinaria.

c) Igualmente si se llegase a determinar que dicho sobreseimiento es definitivo, deberían ampliarse los plazos de la prórroga extraordinaria regulados en el artículo 325, porque no es posible que se cierre definitivamente el proceso con respecto al imputado, por el sólo vencimiento de los seis meses o el año, cuando aún no se le ha sometido a un verdadero juicio, ni ha prescrito la acción;

d) Debe concederse en forma expresa el recurso de apelación del llamado sobreseimiento obligatorio, por cuanto afecta en forma esencial los intereses del Ministerio Público; y

e) En el caso de la "disconformidad" regulada en el artículo 347 del C.P.P., cuando el Fiscal de Juicio discrepa de la solicitud del Agente Fiscal, debe reformarse el párrafo segundo, en el sentido de que sea el Fiscal de Juicio quien directamente formule el Requerimiento de Elevación a Juicio, a menos que se emita una Ley Orgánica del Ministerio Público, que en forma expresa regule las relaciones de jerarquía entre el Agente Fiscal y el Fiscal de Juicio, aparentemente su superior inmediato.

(32) Es el sistema que se sigue en nuestro país (arts. 339, 342 y 348 C.P.P.), en el Perú (arts. 196 y 197 C.P.P.), en Cuba (arts. 260 de la Ley de Procedimiento Penal vigente).

(33) Este sistema se sigue en Venezuela (art. 204 C. Enj. Cr.: "El Tribunal de la causa revisará el expediente, y si no encontrare faltas declarará concluido el sumario por auto expreso"). También en España (arts. 622. L. Enj. Cr.).