



TRES TEMAS CONTROVERSIALES DE NUESTRO PROCESO PENAL

LIC. JOSE MARIA TIJERINO PACHECO
Subjefe del Ministerio Público.
Profesor de Derecho Procesal Penal

INTRODUCCION GENERAL

Diez años de vigencia del Código de Procedimientos Penales debieron haber sido suficientes para que tanto funcionarios judiciales como litigantes y profesores de Derecho Procesal Penal llegáramos a un consenso sobre aspectos básicos del sistema que ya está dejando de ser "nuevo". La experiencia diaria en los tribunales nos revela que ese consenso está muy lejos de ser alcanzado, pero no porque se sostengan tesis opuestas con mayor o menor fundamento sino porque son relativamente pocos quienes se han dedicado a estudiar en forma

sistemática las distintas instituciones de nuestro proceso penal.

Los tres temas que a continuación se analizan sucintamente no tienen en común sino una cosa: la frecuencia con que en torno a ellos se presentan en la práctica cotidiana interpretaciones que nosotros juzgamos erradas.

Esa circunstancia común nos parece suficiente para discurrir sobre ellos con el afán de contribuir, en la medida de nuestras posibilidades, a un mejor conocimiento del sistema vigente desde 1975.

I. EL MAL LLAMADO "AUTO DE AVOCAMIENTO"

Creemos que se debe a Alfredo Vélez Mariconde la introducción en Costa Rica del uso del verbo "avocar" para designar la acción mediante la cual el juez instructor acoge un requerimiento fiscal de instrucción dando nacimiento al proceso penal.¹

La expresión es definitivamente desafortunada, ya que en su primera acepción se refiere a una acción que se encuentra expresamente prohibida nada menos que en nuestra propia Constitución Política, la que en el artículo 155 reza: "Ningún tribunal puede avocar el conocimiento de causas pendientes ante otro. . .".

Según el diccionario de la lengua, "avocar" es "atraer" o llamar a sí un juez o tribunal superior, sin que medie apelación, la causa que se estaba litigando ante otro inferior". Como segunda acepción da la siguiente: "Atraer o llamar a sí cualquier superior un negocio que está sometido a examen o decisión de un inferior". "Avocamiento" es sinónimo de "avocación", y ésta, la acción y el efecto de avocar. Como puede verse, sea cual sea la acepción en que se haya usado para referirse a la génesis del proceso, el término en comentario resulta inapropiado en nuestro ordenamiento jurídico: ni puede actuarse en contra de lo que tan claramente

1. Vid. del citado autor *Derecho Procesal Penal*, 2a. edición corregida y aumentada, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1969, t. II, p. 166. Otros procesalistas argentinos usan en el mismo sentido de Vélez los términos "avocar" y "avocamiento" (Vid. CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal* EDIAR, Buenos Aires, 1964, t. IV, p. 373; NUÑEZ, Ricardo C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, anotado por dicho autor, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1978, p. 179).

dispone la Constitución, ni el juez de instrucción es el superior del agente fiscal.

Pero no es solo su errada denominación (que ya fue objeto de crítica en un seminario de evaluación del actual sistema procesal penal, celebrado en la Corte Suprema de Justicia del 6 al 10 de julio de 1981) lo que atrae nuestra atención sobre ese auto que suele dictarse para iniciar el proceso. También nos interesa analizar la necesidad de su existencia, los efectos que produce, su naturaleza jurídica y las denominaciones que recientemente le han sido dadas por algunos de nuestros juzgados de instrucción.

En primer lugar debe señalarse que el proceso nace, con independencia absoluta de que un auto así lo establezca, en el preciso momento en que el juez de instrucción inicie la investigación de un hecho supuestamente delictivo mediante cualquier diligencia tendiente a ese fin, siempre que la actuación del juez responda a una excitativa del Ministerio Público, llamada técnicamente "requerimiento de instrucción formal", o a una prevención o información de la policía judicial (art. 187 CPP).

De lo anterior debe colegirse que es extemporáneo el rechazo del requerimiento de instrucción formal una vez que el juez ha asumido, expresa o implícitamente, la investigación del hecho a que el requerimiento dicho se refiera. El rechazo del requerimiento fiscal sólo procede *in limine* y únicamente cuando el hecho descrito en él sea atípico o cuando no se haya cumplido una particular condición de procedibilidad (art. 188 CPP).

Si la relación jurídica procesal se ha establecido y si en virtud de ella el proceso ha nacido, la

consecuencia mayor de todo esto es que ese proceso sólo puede fenecerse en la forma establecida por la ley: mediante una sentencia (art. 105 CPP), que puede ser de sobreseimiento, de absolución o de condena.

Si bien no es necesaria ninguna resolución para que se inicie el proceso, por razones de orden y formalidad es aconsejable que se dicte una para que sea posible conocer con precisión el momento en que surgió a la vida jurídica aquél.

La naturaleza jurídica de esta resolución parece ser la de un auto, ya que implica una valoración del juez, no de prueba alguna, sino del encuadramiento de los hechos que debe contener el requerimiento (art. 170 CPP) en una figura penal.

Este auto, contrariamente o lo que a veces se da en la práctica judicial, no debe revocarse posteriormente si se encuentra prueba desincriminadora, sino que ésta podría fundamentar una sentencia de sobreseimiento.

En lo que atañe a las nuevas denominaciones del auto en el ámbito judicial deben destacarse dos: "auto inicial" y "auto de vinculación procesal". La primera de ellas es simple y expresa claramente que con la resolución empieza el proceso; la segunda está inspirada en la más aceptada teoría sobre la naturaleza jurídica de éste. En nuestro criterio, ambas son aceptables. Durante la vigencia del código de 1910 se usó la muy castiza expresión "auto cabeza de proceso", la que gráficamente indicaba que con esa resolución se daba inicio a un proceso. Cualquiera que sea la denominación que se le dé a este auto, siempre será mejor que la de "avocamiento", por desdicha aún en boga en algunos tribunales de la República.

II. LA INTIMACION AL IMPUTADO: ¿REQUISITO DE SU SOBRESEIMIENTO?

Es corriente en nuestro medio, y así lo han sostenido resoluciones recientes de algunos tribunales de apelación, el criterio de que no se puede sobreseer a quien no se ha recibido declaración como imputado² o al menos se le ha invitado a declarar.

Dicho criterio parece fundarse en la creencia

de que mientras el imputado no declare, o al menos no haya sido instruido de cargos (intimado), no adquiere la condición de tal; o quizás en la de que mientras aquello no suceda no existe aún proceso, condición indudablemente indispensable para que pueda dictarse un sobreseimiento.

Ni una ni otra creencia es correcta. La condi-

2. "Indagatoria" se suele decir, pese a lo impropio del vocablo en un sistema como el nuestro en el cual el imputado tiene absoluta libertad para declarar o abstenerse de hacerlo, y en el cual las preguntas del instructor son posteriores a la declaración (art. 279 CPP). El mismo texto del artículo citado incurre en la imprecisión señalada, que es además contradicción en él por llamar "indagado" a quien aún no se ha hecho ninguna pregunta o indagación relativa al objeto del proceso.

ción de imputado se adquiere en el instante mismo en que se es objeto de una imputación, entendiéndose por tal la atribución de un hecho delictivo a una persona determinada por parte de la policía judicial³ o del Ministerio Público.⁴ El requerimiento de instrucción formal es un claro ejemplo de imputación.

En cuanto a la existencia o nacimiento del proceso, debe indicarse que éste se da, como ya señalamos al abordar el tema anterior, en el instante mismo en que el juez de instrucción admite un requerimiento de instrucción formal o una prevención o información de la policía judicial (art. 187 CPP) o cuando el agente fiscal inicia la información sumaria.

El artículo 318 del Código de Procedimientos Penales establece que el sobreseimiento podrá ser

dictado "en cualquier estado del proceso". Lo único que se requiere es la existencia de un proceso⁵ y la de un imputado concreto, ya que de la lectura del artículo 319 se deduce que en nuestro sistema no existe el llamado por un sector de la doctrina⁶ sobreseimiento absoluto (al que nosotros preferimos llamar objetivo), y que no es otro que el que se dicta no en relación con un imputado, sino en relación con el objeto procesal sin determinación concreta de imputados.

Tanto Raúl Eduardo Torres Bos,⁷ como Jorge Clariá Olmedo⁸ y Ricardo C. Núñez⁹ son categóricos en señalar que la intimación (o la declaración del imputado) no es requisito del sobreseimiento.

Enriquecedor sería para nosotros que quienes en nuestro medio sostienen la tesis contraria la acompañaran de razones cuando lo exponen.

III. LA IRREVOCABILIDAD DE LA PRORROGA EXTRAORDINARIA

Pocas instituciones de nuestro proceso penal han sido tan mal interpretadas como la prórroga extraordinaria de la instrucción, y en pocas como en ella los errores se han propagado más y han encontrado tan fuerte arraigo entre funcionarios judiciales y abogados litigantes.

De poco ha servido que en nuestros medios judicial, forense y universitario hayamos contado desde fecha muy reciente a la promulgación del código de 1973 con la magnífica monografía de José Ignacio Cafferata Norez *Prórroga extraordinaria de la instrucción*,¹⁰ donde magistralmente son expuestos los fundamentos de la institución.

La experiencia revela que uno de los aspectos más cuestionables del auto de prórroga extraordinaria en la "praxis" costarricense es su pretendida revocabilidad. Antes de tratar de demostrar el

error doctrinario de esa posición, es oportuno buscar explicación al hecho de su amplia difusión.

El razonamiento generalizado es el siguiente: el auto de prórroga extraordinaria se dicta ante la insuficiencia de prueba para elevar la causa a juicio o para dictar sentencia de sobreseimiento; si después de haberse dictado ese auto la situación probatoria cambia de manera tal que sea posible dictar el auto de procesamiento, indispensable para pasar a la etapa de juicio, debe revocarse el auto de prórroga extraordinaria por ser incompatible con la nueva situación de la prueba.

Se admite sin discusión que tanto para dictar procesamiento como para elevar la causa a juicio debe el juez fundar su decisión en la probabilidad de la existencia del hecho delictivo y de la responsabilidad en éste del imputado. Asimismo, que

3. Por eso consideramos errónea la expresión "presunto imputado" usada en los informes del Departamento de Investigaciones Criminales del Organismo de Investigación Judicial (O.I.J.).
4. En las causas por delitos de acción privada el imputado toma el nombre de "querellado" y la "querrela" es la imputación.
5. El sobreseimiento es una resolución que pone fin al proceso, por ello no puede concebirse fuera de un proceso.
6. Vid. CHICHIZOLA, Mario I. "Sobreseimiento", en Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1977, t. XXV, p. 658.
7. *El sobreseimiento*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, p. 45.
8. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1964, t. IV, p. 310.
9. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, anotado por Ricardo C. Núñez, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1978, p. 293.
10. Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba (R.A.) 1972, 30 pp.

si esa probabilidad no se deduce de la prueba, como tampoco la evidencia desincriminadora que haría procedente el sobreseimiento, corresponde dictar autos de falta de mérito y de prórroga extraordinaria en su respectiva oportunidad, es decir, dentro de los seis días después de la intimación¹¹ y al final del período ordinario de la etapa de la instrucción. Si después del auto de falta de mérito, antítesis del auto de procesamiento, no cambia cualitativamente la prueba del proceso y, habiendo vencido el plazo ordinario de la primera fase de éste, no hubiere más prueba por evacuar, debe dictarse auto de prórroga extraordinaria.

Por el contrario, si al auto de falta de mérito sigue recepción de elementos probatorios que permitan fincar un juicio de probabilidad incriminatoria, debe revocarse el auto de falta de mérito para dar paso a uno de procesamiento.

Aparece en esa forma el auto de prórroga extraordinaria como opuesto o antitético del auto de procesamiento y asimilado al de falta de mérito. Esta identificación con el último se reafirma cuando se observa que no sólo nacen ambos de situaciones probatorias iguales, sino que también en virtud de ellos debe restablecerse la libertad al imputado.

Se olvida, sin embargo, el principal efecto del auto de prórroga extraordinaria: el hacer posible que el proceso continúe en la etapa de instrucción. Así, pues, es gracias a la existencia de un auto de esta naturaleza que el proceso continúa vivo sin que haya pasado a la etapa de juicio, y que dentro de él se pueda recibir nueva prueba y *dictar nuevas resoluciones* incluyendo, desde luego, un auto de procesamiento, una elevación a juicio (mediante providencia o auto, según corresponda) o una sentencia de sobreseimiento.

No existe, entonces, incompatibilidad alguna entre los autos de prórroga extraordinaria y procesamiento, puesto que el segundo, cuando se dicta en el período extraordinario de la instrucción,

presupone la existencia del primero para poder a su vez existir.

Si se revoca el auto de prórroga extraordinaria se revocan todos sus efectos, inclusive el de prolongación de la etapa instructiva, de donde devendría la anómala situación de prueba recibida y resoluciones dictadas fuera de la instrucción y fuera de la etapa de juicio, es decir, fuera del proceso. Esta situación se podría simbolizar en forma muy gráfica con el caso del leñador que corta la rama del árbol en que se encuentra subido. . . cuando pretendía seguir cortando el árbol.

Otro aspecto que con harta frecuencia es olvidado en algunos de nuestros tribunales es el de que una resolución que ha adquirido firmeza es irrevocable, salvo las excepciones que atañen al instituto de la revisión.

Sobre este particular BELING señala: "La resolución firme se mantiene por su misma firmeza, aunque después resultase que se ha basado en un error. Toda rectificación de su contenido queda prohibida".¹²

En consecuencia, si el auto de prórroga extraordinaria no fue impugnado en el plazo de ley, o habiéndolo sido fue confirmado por el tribunal de apelaciones, no puede ser revocado, sea cual sea la situación probatoria que luego se llegue a producir.

Otra es la condición de los autos de falta de mérito y de procesamiento, que por referirse a la situación del imputado¹³ sobre un criterio esencialmente provisional, puesto que responden a una situación probatoria cambiante, son esencialmente modificables y revocables por expresa disposición legal (art. 290 CPP).

De todo lo anterior cabe concluir lo siguiente: el auto de prórroga extraordinaria sólo es revocable en virtud de un recurso de apelación; si adquiere firmeza, su existencia se mantendrá sean cuales sean las modificaciones que sufra la situación probatoria que le dio origen.

11. No es correcto decir, como lo dice el artículo 286 CPP, que el plazo aludido se cuenta "desde la declaración del imputado", puesto que éste puede abstenerse de declarar (art. 278). El artículo 287 rectifica el error: ". . . o sin que conste su negativa a declarar".

12. *Derecho Procesal Penal*, traducción de Fenech, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1943, p. 196.

13. El auto de prórroga extraordinaria hace referencia al estado de la causa y no a la situación jurídica del imputado, que mantendrá durante el período extraordinario de instrucción su condición de procesado o no procesado. No es, entonces que el auto de falta de mérito se "transforma" en auto de prórroga extraordinaria, ni que el auto de procesamiento cede lugar a éste (aunque sí pierde la condición de poder legitimar la prisión preventiva). Por eso es que la doctrina argentina se ha inclinado a considerar innecesario un nuevo auto de procesamiento durante la prórroga extraordinaria de la instrucción, si al auto que decretó la prórroga había precedido el procesamiento. No cabe hablar de "prorrogado" como se habla de imputado, procesado, acusado, sobreseído, condenado y absuelto para referirse al sujeto pasivo de la acción penal; como tampoco cabría hablar de "elevado a juicio" o de "casacionado" para referirse al mismo sujeto procesal.

BIBLIOGRAFIA

BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*, traducción y notas de Fenech, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1943, 437 pp.

CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Prórroga extraordinaria de la instrucción*. Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba (R.A.), 1972, 30 pp.

CLARIA OLMEDO, Jorge A. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1964, t. IV, 667 pp.

CHICHIZOLA, Mário I. "Sobreseimiento", en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1977, t. XXV, 11 pp.

ESCUELA JUDICIAL, "Seminario de evaluación del sistema procesal penal (del lunes 6 al viernes 10 de julio de 1981). Lista de temas propuestos", s.l.e., S.f.e., 5 pp.

NUÑEZ, Ricardo C. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, anotado por Ricardo C. Núñez, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1978, 720 pp.

TORRES BAS, Raúl Eduardo. *El sobreseimiento*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, 221 pp.

VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, 2a. edición corregida y aumentada, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1969, t. II, 542 pp.
