

EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL

Roxin, C.

Maier J. B. J.

Rusconi, M.

Guariglia, F.

Bruzzzone, G.

Bertoni E.

Folgueiro, H.

Cerletti, M.

Ley 23.984

Ubicación institucional.

Facultades y organización.

Diseño procesal de la investigación preliminar.

Fiscales y política criminal.

AD·HOC
S.R.L.

Julio B. J. Maier - Claus Roxin
Maximiliano A. Rusconi
Fabricio O. Guariglia
Marco L. Cerletti - Hernán L. Folgueiro
Gustavo A. Bruzzzone
Eduardo A. Bertoni

El ministerio público en el proceso penal

- **Ley 23.984**
- **Ubicación institucional**
- **Organización**
- **Facultades**
- **Diseño procesal de la
investigación preliminar**
- **Fiscales y política criminal**



Compilador:
Dr. Julio B. J. Maier

Edición al cuidado de
Fabricio O. Guariglia y Maximiliano A. Rusconi

Primera edición: junio 1993

DIRECCION EDITORIAL
Dr. Rubén Villela

Copyright by AD-HOC S.R.L.
Av. Córdoba 1377 - Tel. 42-3092
1055 - Buenos Aires, República Argentina

Printed in Argentina

Derechos reservados por la ley 11.723

ISBN: 950-9606-61-8

ÍNDICE GENERAL

Prólogo	13
---------------	----

I. *El ministerio público: ¿un adolescente?*

Julio B. J. Maier

1. Los órganos de la persecución penal	17
2. El ministerio público y su historia	20
3. El problema del futuro del ministerio público	34

II. *Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*

Claus Roxin

Traducción realizada por Julio B. J. Maier y Fernando J. Córdoba	37
---	----

III. *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*

Maximiliano A. Rusconi

1. Planteo del problema	61
2. La cuestión tal como ha sido planteada tradicionalmente	63

a)	Dependencia institucional del Poder Judicial	63
b)	Dependencia institucional del Poder Ejecutivo ..	67
c)	Dependencia del Poder Legislativo	69
d)	Independiente o como órgano extrapoder	70
3.	La cuestión en la Constitución de la Provincia de Salta: el paradigma de la decisión constitucional	72
4.	La posición del proyecto de ley orgánica para la justicia penal y el ministerio público: un cambio de enfoque	75

IV. *Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad*

Fabrizio O. Guariglia

1.	Introducción	83
2.	Principio de oportunidad e investigación fiscal preparatoria	87
3.	Dos modelos de oportunidad: como regla y como excepción	89
4.	Ponderación de ambos modelos	93
5.	Conclusiones	95

V. *División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público*

Maximiliano A. Rusconi

1.	Introducción	99
2.	Principio acusatorio formal, derecho de defensa y eficacia en la investigación	100
3.	División del poder en la organización constitucional: el paradigma del "no autocontrol"	104
4.	Seccionamiento del ejercicio del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento	106

VI. Ministerio público en el nuevo Código Procesal de la Nación

Marco L. Cerletti - Hernán L. Folgueiro

<i>Parte I: Introducción al problema teórico</i>	113
1. El problema de la relatividad del tema	113
2. La dependencia funcional del ministerio público	114
3. Concepción de ministerio público: ¿parte u órgano? ..	116
4. Introducción al ministerio público en el nuevo Código.	120
 <i>Parte II: Instrucción</i>	123
1. Inicio de la instrucción	123
1.1. Planteo	123
1.2. Análisis	126
2. Relaciones del ministerio público con la instrucción jurisdiccional	130
2.1. Planteo	130
2.2. Análisis	132
3. Facultades instructorias del ministerio público	134
3.1. Planteo	134
3.2. Análisis	135
4. El control del requerimiento fiscal: procedimiento intermedio	138
4.1. El problema	138
4.2. Análisis	139
 <i>Parte III: Debate</i>	143
1. Planteo	143
2. Normas que rigen la actuación del ministerio público.	143
2.1. Análisis	144
 <i>Parte IV: Recursos</i>	147
Conclusión	149
Bibliografía general consultada	151

VII. Fiscales y política criminal

Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio oral

Gustavo A. Bruzzone

1.	Introducción	155
2.	La selección por ausencia de recursos humanos y materiales	160
2.1.	La previsible y necesaria violación al art. 71 del Código Penal	160
2.2.	Propuestas de solución que "legitiman" la previsible y necesaria violación del art. 71 del Código Penal	164
2.2.1.	Suspensión del proceso a prueba	165
2.2.2.	Penas alternativas	173
3.	La decisión a cargo de los fiscales de juicio	183
4.	La selección con miras a revertir una política criminal que alienta la impunidad de los "poderosos" - Proceso "informal" de selección de la conducta criminal	189
5.	La necesaria coordinación de los organismos de control con los fiscales penales	195
6.	Conclusión: "combatir" el delito es una cuestión exclusivamente política	197

VIII. La investigación preliminar en el nuevo

Código Procesal Penal de la Nación: instrucción jurisdiccional vs. investigación fiscal preparatoria

Fabrizio O. Guariglia

1.	Introducción	207
2.	Distintos modelos de investigación preliminar	209
3.	La solución del nuevo CPP nacional: ¿delegación de la instrucción?	212

IX. La organización del ministerio público**Eduardo A. Bertoni**

1. Aclaración previa	219
2. La cuestión en el Código "Obarrio"	220
3. La cuestión en el Código "Levene" (ley 23.984)	225
4. Proyectos de ley orgánica del ministerio público	226
5. La cuestión en el proyecto de 1986	228

PRÓLOGO

¡Otro libro producto del trabajo académico! Los signos de admiración que abren y cierran esta frase estarían de más, si habláramos en lenguaje universal; pero, en el país que hoy habitamos, en el cual trabajamos y en el que desarrollamos nuestras inquietudes intelectuales, esa tarea y ese producto constituyen un verdadero milagro, que, aunque pequeño en dimensiones, merece casi el calificativo de empresa titánica, cualquiera que sea la calificación de los trabajos que lo integran. Horas sustraídas al descanso, a la familia o a las relaciones particulares, tan necesarias después de cada jornada de trabajo, integran estas páginas; horas sin remuneración, cuyo único aliciente reside en la posibilidad de transmitir las ideas propias y ajenas, y en la formación personal, para ser útil a sí mismo y a los demás en el camino que elegimos o que nos tocó en suerte transitar; horas que, lamentablemente, son las de menor rendimiento, pues se suman a aquellas del trajín cotidiano, después que él ha finalizado, y se restan, como dijimos, de aquellas destinadas a ser y parecer una persona humana común y vulgar, sin el calificativo de jurista, con alegrías y penas, con problemas y soluciones, que no pertenecen al mundo científico.

El libro, sin embargo, no es un libro común, al menos en su formación. No es un libro propuesto o encabezado por profesores universitarios, de formación acreditada y, en ocasiones, reconocida: si en él colaboramos dos profesores universitarios, el Prof. Claus Roxin, de la Universidad de Munich, República Federal de Alemania, de renombre universal, y yo, de la Universidad de Buenos Aires, se debe sólo a la gratitud de un grupo de jóvenes. Se trata, como inmediatamente antes se anticipó, de un libro de jóvenes, de jóvenes que hoy luchan por sus ideales, por formarse en la ciencia del derecho y en la actividad jurídica, aquellos que hoy se esfuerzan por mantener viva la llama de la Universidad, aunque la Universidad argentina no haga nada, o poco más que nada, por ayudarlos o apoyar su esfuerzo. No es, entonces, un libro de doctores, sino de quienes quieren ser doctores, al punto de que, inclusive, colaboran dos estudiantes destacados que asistieron al seminario de 1992 del

Departamento de Derecho Penal, en busca de los mismos conocimientos y en pos de los mismos ideales que quienes ya ostentan el título de docente.

A pedido de esos jóvenes yo accedí más que a prologarles el libro, a escribir un ensayo preliminar sobre la historia del ministerio público y me pareció correcto proponerles incorporar la conferencia, ya añeja, del Prof. Claus Roxin, sobre las funciones del ministerio público y sobre el futuro de su organización y tareas en el procedimiento penal, exposición breve pero sustanciosa de los problemas con los que hoy nos enfrentamos, al hablar de la institución, en la República Argentina. Por prestigio personal y por el lugar de privilegio que debemos brindar hidalgamente a los extranjeros, más aún cuando nos brindan su amistad y colaboran con nosotros, la conferencia del Prof. Claus Roxin debió iniciar el libro. Se prefirió, sin embargo, que mi breve historia precediera a su conferencia, para un mejor encadenamiento de los artículos por tema: primero la historia, el presente y el futuro del ministerio público, desde un punto de vista general y universal, para dar paso, después, a los temas particulares estudiados por los jóvenes. Nuestras excusas al Prof. Roxin.

El libro demuestra que podemos aspirar, con buenas razones, a que la llama que encendieron nuestro seminarios anuales sobre temas de Derecho penal y de Derecho procesal penal, no se apague. Ellos muestran ya sus primeros frutos y esos frutos nos han servido, con la ayuda de editores también jóvenes —en los dos primeros casos la casa editorial *Ad-Hoc*, a la cual le expresamos nuestra gratitud—, para exhibir a sus protagonistas, ese grupo de juristas cuya juventud se abre paso en nuestro mundo científico, como avisándonos que nos reemplazará y tranquilizándonos en el sentido de que tendremos sucesores, buenos sucesores. Ojalá perseveren en su actitud y, si algo han aprendido de nuestra experiencia, no cometan nuestros mismos errores. Mi agradecimiento a ellos por su cariño, su amistad y su colaboración permanente.

Julio B. J. Maier

Buenos Aires, 20 de febrero de 1993

Julio B. J. Maier

I. El ministerio público: ¿un adolescente?

SUMARIO: 1. Los órganos de la persecución penal. 2. El ministerio público y su historia. 3. El problema del futuro del ministerio público.

1. Los órganos de la persecución penal

El presupuesto lógico de la existencia de órganos estatales encargados de la persecución penal es, precisamente, el nacimiento de aquello que concebimos, culturalmente, como *Derecho penal* y sus institutos característicos, la *pena estatal* y la *persecución penal pública*.

De *Derecho penal*, en el sentido propio con el que hoy lo concebimos, sólo se puede hablar a partir de la irrupción en el mundo de una forma de organización social característica, creadora de un poder político centralizado, que aleja a los habitantes bajo su dominio del ejercicio efectivo, cotidiano y local de su influencia política para convertirlos en súbditos de ese poder —de la organización: del *Estado*—, obligados a respetar mandatos y prohibiciones heterónomos a ellos, acuñados con menor o mayor precisión por la instancia política centralizada, esto es, a partir del nacimiento y desarrollo del Estado central moderno¹. Se trata, precisamente, de la creación del *Estado-Nación* y,

¹ Realmente, la primera institución que aparece es la *pena* y, sólo después, el *Derecho penal*: "La historia de las *penas* precede a la historia de los *delitos* y sigue desarrollándose en buena parte independientemente de ésta. Por ello, los dos términos que dan contenido a la célebre formulación de Beccaria deberían haberse formulado en orden inverso si quisiéramos poner el acento sobre el desarrollo histórico y sobre una relación lógica entre ambos conceptos. La intervención del Derecho representa, en la historia del poder de castigar, una transformación cualitativa muy importante..." (Baratta, Alessandro, "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal", en *Poder y control*, PPU, Barcelona, 1986, n° 0, p. 79). Cf., además, Maier, Julio B. J., "La víctima y el sistema penal", en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 186; "Entre la inquisición y la composición", en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, 1992, año 2, n° 6, § 2, p. 28; para el estudio del momento histórico, desde el punto de vista del procedimiento penal, Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal argentino* [DPPa], Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, pp. 23 y 52 y siguientes.

con su nacimiento, de la abolición paulatina de un Derecho local, fundado en las costumbres de quienes compartían la vida en común, para ser reemplazado por un Derecho extraño a ellos (claramente heterónomo), impuesto desde la instancia política central, con vocación universal, regularmente escrito y con pretensión científica², se trata, también, de la aparición de un nuevo método de dar solución a los conflictos sociales³, algunos de los cuales interesan sobremanera al Estado (por atentar contra las bases de la misma organización social o por poner en peligro la paz entre sus súbditos), que, conforme a ese nuevo interés, legitimado por el Derecho penal⁴, comienza a perseguir

² Es el regreso del Derecho romano imperial por vía del movimiento que significó la *Recepción del derecho romano-canónico* en Europa continental: Maier, Julio B. J., *DPPa*, cit., t. 1b, § 5, D, 3, pp. 58 y siguientes.

³ El conflicto social base del caso penal es extraído de la voluntad y potestad de sus protagonistas reales, ofensor y ofendido, para convertirlo en un interés estatal, antes bien, en un poder estatal. La lucha entre dos intereses particulares y concretos que, o bien arriban por consenso a un acuerdo sobre la solución del caso (*composición = verdad consensual*), o bien uno de ellos triunfa sobre el otro (*combate judicial*), bases ideales de la administración de justicia antigua, abre paso al ejercicio del poder penal estatal, como método directo y riguroso de control social, que prescinde, por regla, de toda voluntad particular que lo condicione, sobre la base ideal de la averiguación de la verdad histórica (la llamada *verdad correspondencia*), fundamento de la nueva justicia. Cf. Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas* (3ª reimpr.), Gedisa, México, 1988, Tercera, pp. 63 y ss.; sobre el Derecho germano antiguo, su desarrollo y su reemplazo (también Maier, *DPPa* cit., t. 1b, § 5, B, pp. 23 y ss. y D. pp. 52 y ss.).

⁴ La teoría de los *bienes jurídicos* cierra el círculo: cumple la misión de abstraer y objetivar los intereses concretos de aquellas personas alcanzadas por el daño que supone la conducta desviada del autor; reemplaza así al *ofendido* o a la *victima*, quien pierde sus poderes (facultades) de decisión sobre el caso (cf. Christie, Nils, "Los conflictos como pertenencia", en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 157 y ss.; Bovino, Alberto "Contra la legalidad", en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, 1992, año III, nº 8, IV, p. 23).

Extrema contradicción plantea esta sustitución en el ámbito de aquellos bienes jurídicos que son considerados *disponibles* para su portador concreto, hoy una gran cantidad en el Derecho penal, o, cuando menos, en aquellas figuras delictivas para las cuales el consentimiento o acuerdo de quien sufre la acción suprime todo rasgo o indicio de ilicitud (la adecuación típica); como ejemplo práctico de esta situación compárese el valor del *consentimiento del ofendido* en la teoría del delito (cf. Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal, Parte general* [2ª edición], Hammurabi, Buenos Aires, 1987, § 27, 3, pp. 237 y ss.; "Consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles",

por sí mismo al autor del conflicto, contradictor de su ley, por intermedio de órganos que crea y a los cuales faculta para ello, esto es, para proceder o perseguir *de oficio* (*per inquisitionem*), en busca de la pena estatal.

Es por ello que *Estado-Nación*, *pena estatal*, *Derecho penal* y *persecución penal pública*, si bien no son sinónimos, son conceptos que se implican entre sí, al menos en el sentido de la sucesión indicada. Es por ello, también, que todas esas realidades político-culturales son contingentes, precisamente por ser productos de la cultura humana, de sus ideas y prácticas acerca de la organización social: no existieron siempre, al menos como sistema principal de organización de la sociedad humana y de solución de los conflictos sociales, y puede ser que, en un futuro —quizás aún remoto—, sean sustituidas por otra forma de asociación política y, consecuentemente, por otra manera de dar solución a los mismos problemas sociales, de recomponer las relaciones sociales o de restituir la paz en el seno social⁵.

Históricamente, el desarrollo del Estado-Nación, sobre la base de la creación de instancias políticas centrales, dominantes en un territorio vasto y en confrontación de poder con las asociaciones locales comprendidas en él, comienza en el siglo XIII de la era cristiana, anticipada por el mismo fenómeno en el seno de la Iglesia católica romana y presidido por su

en *Derecho Penal*, Juris, Rosario, 1992, n° 1, pp. 49 y ss.; Rusconi, Maximiliano, "El problema del lugar sistemático del consentimiento del ofendido", en *Justicia penal y sociedad*, Guatemala, 1991, año 1, n° 1, pp. 49 y ss.; Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Beck, Munich, 1992, t. I, § 13, pp. 335 y ss., con extensa bibliografía en idioma alemán), que torna lícita una conducta con apariencia ilícita, en ciertos casos, aun a pesar de ser desconocido para el autor (doctrina predominante), voluntad que, sin embargo, expresada inmediatamente después de concluida la acción u omisión ilícitas, carece de importancia para el sistema, por regla general: la razón de ser, según explicación claramente semántica: significa *perdón*, concepto distinto al del consentimiento (Bacigalupo, *ibidem*, p. 240).

⁵ El *abolitionismo penal* pregona, como su nombre lo indica, la supresión radical del sistema penal como método de solución de conflictos sociales. Cf. Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa* (trad. de Peñes perdués), Ariel, Barcelona, 1984; Christie, Nils, *Los límites del dolor* (trad. de Mariluz Caso, *Limits to pain*, Universitetsforlaget, Oslo, 1981), Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

vocación de universalidad. La *Inquisición*, precisamente, traduce, en el ámbito del Derecho penal, el movimiento de reemplazo del método de la composición de los conflictos por sus protagonistas, bajo la forma de un *juicio*, sustituyéndolo por la *persecución penal pública* y la *encuesta escrita y secreta*, desarrollada por el *inquisidor*, funcionario del soberano (el Papa, el Rey), en busca de la *verdad histórica*, como forma básica de la administración de justicia penal.

Pena estatal y su concepto implicado, *persecución penal pública*, *averiguación de la verdad* incluida, son, así, verdaderos presupuestos de la creación de órganos estatales predispuestos para cumplir esa función atribuida a la instancia política central, el Estado, cualquiera sea el nombre con el que se los mencione: *ministerio público*, *policía*, inclusive *jueces*, en ocasiones cumpliendo todas esas tareas (claramente: el *juez de instrucción*), o *funcionarios de la ejecución penal*. En teoría, pero sólo en teoría⁶, los órganos públicos establecidos para perseguir penalmente son el *ministerio público penal* y la *policía*, también teóricamente sólo auxiliar nato del primero.

2. El ministerio público y su historia

I. Sin embargo, a pesar de que la persecución penal pública es un presupuesto de la creación de esos órganos, pasarán varios siglos después de instaurada la Inquisición, para que dé

⁶ En realidad, no sólo existen varios funcionarios estatales que, por su ámbito de competencia, cumplen el papel regularmente concedido a la policía (en el nuevo CPP Nación, Libro II, Título I, Cap. II, mencionados bajo el nombre común —algo antipático— de *fuerzas de seguridad*) y al ministerio público (Fiscal nacional de investigaciones administrativas y distintas autorizaciones para querellar a órganos públicos administrativos, diferentes del ministerio fiscal), sino que, además, la ley atribuye y manda funciones persecutorias, relacionadas con la necesidad de averiguar la verdad, a funcionarios y hasta a personas privadas (piénsese en la obligación de denunciar) y a los mismos jueces: no sólo el juez de instrucción es un persecutor oficial, encargado de averiguar la verdad *de oficio* (prescindase del tecnicismo que importa el reclamo de su actuación instructoria por el ministerio público: CPP Nación, 194 y 195), sino que, además, hasta los tribunales de juicio detentan esa potestad (ver, como ejemplo: CPP Nación, 356, II, 2ª oración, 357, 371, 388 y 397).

a luz el *ministerio público*, concebido como acusador estatal distinto de los jueces, encargado de ejercer ante ellos la llamada acción penal pública. A tal punto es así, que la evolución aún no se ha cumplido totalmente y subsisten ámbitos de fricción, en los cuales los tribunales conservan tareas propias de la persecución penal (y el ministerio público tareas que le son ajenas)⁷.

Tal realidad se puede observar con nitidez entre nosotros, atados a la tradición inquisitiva hispánico-francesa, conservada por esos países aun a fines del siglo xx, según la cual, aún hoy, el ministerio público tiene un papel reducido en el sistema jurídico de realización penal, cuyos protagonistas principales son los tribunales de justicia, los jueces.

En efecto, con la organización de los Estados nacionales, durante el *absolutismo* y su régimen de realización penal, la *Inquisición*⁸, no hizo falta un acusador estatal específico, separado más o menos estrictamente, por su función procesal, de quienes juzgaban o decidían la aplicación del poder penal del Estado. La concepción del procedimiento como una encuesta escrita y secreta, encaminada a indagar sobre una realidad física, conducida por el inquisidor, delegado de quien ejercía el poder estatal y en cuya cabeza residía totalmente la soberanía del Estado, y del autor sospechoso como *objeto* de esa investigación, sin defensa posible —pues, si era inocente el buen inquisidor así lo determinaría y, si era culpable, no merecía defensa—, tornaba inútil e ilusoria cualquier organización descentralizada para el ejercicio del poder estatal en materia penal: donde no existe la necesidad de la defensa, ni quien pueda defenderse, y la decisión se adopta sin debate previo, tampoco se precisa un acusador⁹. El inquisidor reunía todo el

⁷ Por ejemplo, la de representar los intereses privados (patrimoniales) del Estado. Incluso en el sistema penal, una cierta confusión con la tarea que corresponde a los jueces, dada la base inquisitiva del sistema, es ineludible, sobre todo en casos-límite, como veremos.

⁸ Cf. Vélez Mariconde, *Dpp* cit., t. 1, pp. 241 y ss.; Maier, *DPPa* cit., t. 1b, pp. 52 y siguientes.

⁹ Es conveniente siempre leer ejemplos concretos en la historia o en la literatura universales: no he encontrado mejor ejemplo, en la literatura, que la obra de teatro de Lope de Vega, *Fuenteovejuna*, clásica en la literatura española.

poder para la realización de la ley penal y lo hacía *de oficio*, sin necesidad alguna de excitación extraña, poder que emanaba antes bien de una objetivación abstracta, *a priori*, del daño concreto provocado por la acción u omisión contraria a Derecho —objetivación luego racionalizada bajo el concepto de *bien jurídico*—, que de un interés real y concreto¹⁰.

Bastaba, entonces, el *inquisidor*, para la realización completa del Derecho penal.

II. Pero, ya en la Edad Moderna se puede hallar los primeros vestigios de un actor público; sin embargo, este actor estatal, de quien todos los libros de la materia dan noticia como antecedente del ministerio público¹¹, no representa la idea del oficio que hoy le corresponde: él era, en su origen lingüístico (fiscal), un abogado de la corona, antes bien un encargado de perseguir los intereses del monarca como persona, quien no podía comparecer por sí mismo en juicio y estaba por ello obligado a tener personero (mandatario), que un funcionario llamado a perseguir los crímenes y delitos, tarea para la que bastaba la competencia del juez inquisidor.

Probablemente se deba marcar como antecedente de las fiscalías que aparecieron en la última parte de la Edad Media, y se desarrollaron en la Moderna, a los *procuratores caesaris* y a los *advocati fisci* romanos, verdaderos funcionarios fiscales encargados de los intereses del emperador, fundamentalmente de los impuestos y las gabelas. El puente se establece a través de los *actores regiae domus* y de los *actores fisci*, encargados del cuidado de los derechos feudales del medioevo, de las capitulaciones, hasta llegar, en Francia, a los *procurers du roi* y a los *advocats du roi*. Hasta la reforma de los siglos XIII y XIV ellos, sin embargo, eran representantes del rey, fundamentalmente en asuntos privados; por tanto, no ejercían una función pública, ni eran, entonces, en principio, funcionarios. Cuando

¹⁰ Cf. Bovino, cit. nota 4; y Maier, *La víctima y el sistema penal*, cit., p. 187.

¹¹ V. Maier, *DPPa* cit., t. 1b, pp. 66, 74, 78, 82 y s.; Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal [Tratado]*, Ediar, Buenos Aires, 1962, t. II, n° 525, pp. 277 y ss.; Vélez Mariconde, *Dpp* cit., t. I, pp. 241 y siguientes.

entraban en conflicto los intereses privados del rey y los de sus vasallos, al rey, que ostentaba el doble carácter de persona privada (propietario privado) y señor (soberano), no le estaba permitido comparecer en persona ante los funcionarios de su dominio, razón por la cual debía ser representado. Los *procurers du roi* eran sus verdaderos *mandatarios* (los *hombres de la pluma*), mientras que los *advocats du roi* eran quienes abogaban por él oralmente, frente al tribunal (los *hombres de la palabra*), sus *defensores*¹².

Con la transformación de la organización social, en camino hacia el *absolutismo* (los comienzos del *Estado* moderno, el Estado-Nación), con el cambio en la situación político-jurídica del rey, de señor feudal a soberano absoluto y al ejercicio del poder del Estado así formado (central), y con la confusión entre los intereses privados del monarca y los intereses públicos, consecuencia del desarrollo apuntado, los procuradores pasaron a ser funcionarios públicos (*gens du roi* —p. ej.: Ordenanza del 25/3/1302 de Felipe el Hermoso), que prestaban juramento oficial y que no podían ocuparse de la defensa de otros intereses privados; inclusive, comenzaron a recibir un sueldo de la corona, como contraprestación por sus servicios (1303). Su función varió también: ahora resguardaban el orden público, especialmente los intereses fiscales de la corona.

De esa época proceden, también, sus primeras actividades en el procedimiento penal. La introducción del procedimiento inquisitivo, en un comienzo al lado de la iniciativa (acción) popular y de la privada, dio pie para que los *procurers du roi* se convirtieran, principalmente en los *denunciantes* de la corona, denuncia que abría la *inquisición general* y a la que seguía, inclusive por promoción de ellos, la *inquisición especial*. Se debe computar —y no en último término— el interés fiscal de la corona por las multas, al lado del ejercicio del poder estatal, ahora en manos del monarca, como una de las causas de esta modificación sustancial. Aquí se une el desarrollo medieval, con

¹² Goldschmidt, James, "Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Frankreich", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht und Strafprozeß*, Deck, Berlín, 1919, t. 67, pp. 180 y siguientes.

su origen romano, nuevamente correspondiendo a la recepción del Derecho romano imperial por los estados nacionales, a través del Derecho canónico, con desplazamiento del Derecho feudal o foral¹³. Con todo ello, sin embargo, no se puede aún hablar de una intervención principal de los procuradores en el procedimiento penal: no sólo la "parte civil" (ofendido) ocupaba un lugar importante como promotor del procedimiento —algo inherente al procedimiento penal francés, aun al actual—, sino además que, con claridad, el juez (instructor) era quien dominaba la inquisición; el procurador sólo podía anexarse al procedimiento y tan sólo en casos excepcionales, por necesidad (hasta le estaba, en ocasiones, prohibido intervenir durante la *inquisición general*, secreta, y sólo podía hacerlo por mandato expreso del juez-inquisidor), lo promovía por denuncia.

No obstante, aparece como característica del llamado proceso fiscal, en toda la Europa continental del medioevo tardío, después de la transformación de la organización social, la obligatoriedad de escuchar al procurador (fiscal), una vez terminada la *inquisición general*, para que él formule sus conclusiones y peticiones, en los casos correspondientes¹⁴. El proceso por denuncia y por inquisición abrió paso a un *procedimiento extraordinario*, en el que sólo se podía condenar a una *pena extraordinaria*, en especial a una *enmienda o pena pecuniaria*, para cuya valoración era imprescindible la intervención del fiscal. Importante es advertir que la *inquisición general* develaba la pregunta acerca de si correspondía aplicar tormentos, razón por la cual los requerimientos del fiscal versaban, precisamente, sobre la aplicación del tormento; de allí la maledicencia y odio contra la función y contra quienes la ejercían que, aunque parcialmente, dura hasta nuestros días. También es importante reconocer que, en oposición a la que hoy es teoría dominante sobre la actividad del ministerio público, no era, de ordinario, el fiscal quien provocaba la actividad del

¹³ V. Maier, *DPPa cit.*, t. 1b, pp. 52 y siguientes.

¹⁴ Ya la Ordenanza criminal francesa de 1539, art. 145, previó el caso como obligatorio.

juez, sino todo lo contrario: el juez (inquisidor) tenía por obligación provocar la actividad del fiscal¹⁵.

Ese es el desarrollo inicial en Francia, ejemplo que, por su difusión literaria y su importancia expansiva, es más conocido. Su evolución en España depende de la ya explicada en el Derecho francés, como el mismo nombre —*Ministerio fiscal* (trasladado a los países hispanoamericanos)— que recibe normalmente en ese ámbito lo indica¹⁶. Similar es la evolución en Alemania. *Das Fiskalat*¹⁷ (de *fiscal* = *procurator*, en latín) fue la institución que, dicho de manera general, ocupó el lugar de los *procurers du roi* en el Derecho franco, con el mismo origen y función. Sin embargo, no resulta posible, en ese período histórico, hablar del *fiscal* o de la *fiscalía* alemanes, en el sentido de aquello que hoy se conoce como nación alemana, pues, en realidad, *das Fiskalat* fue una creación de los principados particulares que integraron posteriormente la nación alemana o, más modernamente, la República Federal de Alemania, en especial, de los de Brandenburgo-Prusia y Hessen¹⁸.

El *fiscal* prusiano aparece recién en la segunda mitad del siglo xv. En el año 1468 fue nombrado un *Fiskal* ante el Tribunal de Cámara del principado, un tribunal que se ocupaba, únicamente, de cuestiones de Derecho civil, característica que ya orienta sobre el origen de la institución, apartada de la

¹⁵ La música suena conocida; aunque desde un ángulo parcial, se puede observar aquí, por comparación entre la actividad que le corresponde al ministerio público y a los jueces —sobre todo a los jueces instructores—, en nuestras leyes procesales penales, y la teoría jurídico-política universalmente dominante sobre el tema, de cuál época histórica procede nuestra concepción del ministerio público penal y del procedimiento penal.

¹⁶ Cf. Aragonese Alonso, Pedro, *Instituciones de Derecho procesal penal*, s/ed., Madrid, 1981, p. 121; Prieto-Castro y Ferrándiz, L., y de Cabiedes, Eduardo G., *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 114.

¹⁷ Para una historia de los orígenes de esta institución en Alemania: Schmidt, Eberhard, *Fiskalat und Straprozess*, Munich-Berlin, 1921; Carsten, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland [Die Geschichte]*, Scientia, Aalen, 1971 (Neudruck der Ausgabe Breslau, 1932); Döhning, Erich "Die deutsche Staatsanwaltschaft in ihrer geschichtlichen Entwicklung", en *Deutsche Richterzeitung [DRiZ]*, Karl Heimann, Colonia-Berlin, 1958 (36. Jahrgang), pp. 282 y siguientes.

¹⁸ Carsten, *Die Geschichte* cit., pp. 1 y siguientes.

realización del Derecho penal. Su función inicial se reduce a representar y defender los intereses financieros del príncipe, controlar la observancia en el ingreso de los derechos soberanos, cuidar y representar los intereses patrimoniales del señor feudal y demandar cualquier inobservancia del derecho de regalías: una función similar a la de los *advocati fisci* romanos, pero no idéntica, pues también demandaba por sí mismo, representando al monarca, los derechos feudales y de regalías, obligación de los vasallos (*procurator*). Se observa, claramente, la inexistencia de función penal alguna. Sólo las penas pecuniarias, por desobediencia del vasallo en ingresar regalías y derechos feudales, que interesaban al patrimonio señorial, y las penas procesales, que interesaban al fisco, en definitiva, al patrimonio señorial, según ya se observó, muy confundido con el patrimonio personal del príncipe soberano, ingresaron dentro de la competencia del fiscal así concebido: en todo caso, las infracciones leves.

Únicamente se puede hablar de una función penal del fiscal prusiano a partir de la finalización del siglo xvi. Antes de ello el juez, inquisidor, era, al mismo tiempo, acusador y conductor de la instrucción, procedía también de oficio, sin necesidad de una excitación extraña a él. A partir de esa época, también el fiscal, en el marco del proceso inquisitorial, llevaba a cabo una suerte de inquisición general para averiguar lo sucedido, pero no como juez, sino tan sólo como representante ejecutivo del señor. De allí también las continuas disputas con los jueces por esta función y la objeción, hoy persistente en algunos países respecto de la dupla fiscal-juez de instrucción, acerca de la tarea instructoria del fiscal, preocupado unilateralmente por los intereses del príncipe (diríamos hoy: de la persecución penal). Los inquisidores no toleraban que alguien se inmiscuyera en el caso.

Con la lucha entre la monarquía y el poder feudal y, después, con el triunfo definitivo de la monarquía y, con ella, del absolutismo estatal (siglos xvii y xviii), la fiscalía amplió su radio de acción en el procedimiento penal, cada vez más ocupada de los intereses generales del Estado o del rey. El fiscal significó, primero, un apoyo para el monarca en su lucha con

los señores feudales; se transformó en órgano de la monarquía; después, como antes, pero en un sentido más referido al procedimiento penal, tuvo intervención, representando al fisco, en los procesos penales leves, que conducían a la pena de multa, ejecutada por ellos, y en asuntos penales administrativos. Poco a poco llevó a cabo las investigaciones de la inquisición general, pero sólo por encargo del juez y bajo su dependencia, y hasta, con la misma restricción, condujo la inquisición especial, hasta que en 1725 esa función le fue prohibida. Tuvo, también, funciones de vigilancia de los funcionarios estatales, incluidos los judiciales, funciones que condujeron, al lado de la dependencia de los jueces en el procedimiento, a confusiones evidentes sobre la naturaleza de su función y a disputas interminables con los tribunales. En el siglo XVIII comienza su función denominada con el aforismo "custodio de las leyes" (*Wächter der Gesetze*), en el Estado-policial, como órgano del Derecho de policía del Estado y como control para súbditos y funcionarios, formando, inclusive, una rama de la policía estatal, encargada del control de las infracciones en mercados y moneda. Su planta y organización, consecuente con esta evolución, se amplió sobremedida, tanto en número como territorialmente; de allí parte su organización jerárquica.

Es sintomática la evolución de la fiscalía de Berlín, la principal de Prusia: en el año 1704 el *advocatus fisci* de Berlín se transforma en Fiscal General, la cúspide de la función fiscal en la monarquía, de la cual dependían todos los fiscales prusianos. Empero, la escasa claridad de su ubicación en la burocracia estatal (dependiente del gobierno, del rey y su ministro de justicia, y, por fin, de los tribunales, al mismo tiempo) y de sus funciones (confundidas entre las disciplinarias y administrativas, las de control, las judiciales, civiles y penales, y las de ejecución), lo condujo hacia su práctica desaparición, a comienzos del siglo XIX (1810). De ella resurgió, transformado en ministerio público penal, en acusador penal, pocos años después, como "hijo de la Revolución" (1848)¹⁹.

¹⁹ Günther, Hans, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, Ulstein, Frankfurt/Main-Berlín-Viena, 1973. El primer Fiscal General de Berlín, reestablecido

Quizás el oficio más parecido a la función actual del ministerio público en materia penal se desarrolló en el *Land* de Hessen. También allí se distinguió entre el *advocatus fisci* y el *procurator fisci Fiskal*, pero, a contrario de su denominación y tarea histórica, el primero cumplía la función de representar al fisco y era "el hombre de la pluma", porque sólo operaba por escrito, mientras que el *Fiskal* o *procurator* operaba en las audiencias orales y por mandato del primero. De allí, quizás, que el fiscal cumpliera, en materia penal, una función más aproximada a la conocida, al consolidarse el sistema, después de la revolución liberal-burguesa, en el siglo xix. No le correspondía la investigación del hecho (inquisición general), a cargo de otros funcionarios estatales (inquisidores); sí, en cambio, tomaba a su cargo el papel de acusador, por encargo de los tribunales, en la fase procesal siguiente, de tipo acusatoria, durante el debate oral, acusando y defendiendo su propia acusación. Inclusive, de manera distinta a aquello que hemos visto, muy temprano desarrolló estas funciones penales (1535, Philippina, art. 10), que tiempo después lo constituyeron en acusador estatal, precisamente en el proceso penal ordinario y no sólo en casos leves, sino, antes bien, en los delitos graves, cuya consecuencia eran las penas de muerte o corporales (*Peinliche Gerichtsordnung* de Hessisch-Darmstadt de 1726 y de Hessen-Kassel de 1748)²⁰.

A pesar de que la Fiscalía fue, en Alemania, creación de los estados particulares, el *Reich* (reino o imperio) también desarrolló un oficio con ese nombre, que respondía a la evolución histórica romano-franca. El *advocatus fisci* asistía y representaba oralmente al *procurator fisci* o *Fiskal*, y las funciones de este último se correspondían con las tradicionales: perseguía en los procesos vinculados a la recaudación del reino y, en materia criminal, estaba encargado de la persecución penal de hechos

el cargo, fue Julius von Kirchmann, célebre jurista alemán. En esta refundación del ministerio público, conforme a nuevas reglas y ya dedicado, básicamente, a la persecución penal, fueron pioneros los ministros prusianos von Mühler, von Savigny y Uhden, con sus dictámenes, según se indica posteriormente.

²⁰ Carsten, *Die Geschichte* cit., p. 6.

punibles leves, cuya consecuencia era la enmienda patrimonial a favor del fisco. Ejercía también el oficio de censor y, por ello, tenía atribuciones relativas a la persecución penal en los procedimientos por difusión de publicaciones heréticas. Algo similar sucedía en los procesos por delitos contra la seguridad del reino, cuyas penas estaba también encargado de ejecutar²¹.

III. Sin embargo, el ministerio público, con su moderna función acusatoria o, mejor aún, de persecución penal en los delitos llamados "de acción pública", es, en realidad, un desarrollo contemporáneo, un oficio público posterior a la transformación de la inquisición histórica e, inclusive, a las propias ideas del Iluminismo. No puede haber duda en afirmar que tiene carta de ciudadanía francesa²²; empero, la fecha de su nacimiento no se corresponde exactamente con el orden revolucionario inmediato, surgido de la revolución francesa, sino, antes bien, con la crítica política a ese orden y el advenimiento del orden napoleónico, inmediatamente posterior. De allí que resulte exagerado, y hasta parcialmente falso, acuñar la bella metáfora que señala al fiscal moderno como "hijo de la Revolución"²³.

Con todo, la bella metáfora posee su cuota de verdad, tan pronto refirmamos esa calidad, aun con reservas, ya no a la Revolución en sí misma, sino, antes bien, a la construcción del Estado de Derecho que se desarrolló en Europa continental con punto de partida en ella. Como bien señala Roxin²⁴, la reforma del procedimiento penal no sólo se llamó *oralidad, publicidad y participación ciudadana en los tribunales* que administran justicia penal, sino, también, *creación del ministerio público: a)* el ministerio público está ligado a la abolición del proceso

²¹ Ibidem, p. 7.

²² Goldschmidt, James, *Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Frankreich* cit., t. 67, pp. 180 y siguientes.

²³ Así, desde el subtítulo, el libro de Günther, antes citado (nota 19): *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*

²⁴ "Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft", en *Deutsche Richterzeitung*, Carl Heymann, Colonia, 1969, 47. Jahrgang, pp. 385 y ss. (conferencia en razón del festejo de los 100 años de existencia del ministerio público hamburgués).

inquisitivo histórico, que reunía en una sola mano, la del inquisidor, la actividad persecutoria y de decisión: su introducción permitió el comienzo de separación de ambas funciones y que, en la aplicación del poder penal del Estado, dos funcionarios, independientes el uno del otro, se controlaran mutuamente al hacer uso de esa herramienta estatal; por lo demás, aseguró —aun con reservas— la objetividad e imparcialidad del tribunal, al menos la de los jueces del tribunal del juicio público; b) en este modelo, contrapuesto al anglosajón, el ministerio público fue construido —también con ciertas reservas, pero por principio— más que como *parte* en el procedimiento como órgano de persecución *objetivo e imparcial*, a semejanza de los jueces, con una tarea presidida por la misma meta, colaborar en la averiguación de la verdad y actuar el Derecho penal material, con la obligación de proceder tanto en contra como a favor del imputado, según el caso mismo lo aconsejara, característica que le valió al oficio el mote descriptivo de “custodio de la ley” y, más modernamente, de “órgano de la administración de justicia”²⁵, ninguna protección es mejor que la del propio acusador, obligado a esta función; c) un ministerio público así construido debe cumplir la misión esencial de *controlar a la policía para que sus procedimientos se ajusten a las reglas del Estado de Derecho*, de modo tal que, como von Savigny lo había expresado²⁶, los

²⁵ Se recuerda, en el nacimiento del moderno ministerio público de Berlín, las palabras del ministro de justicia prusiano, von Mühler, al describir su función como “custodio de las leyes” (*Wächter der Gesetze*), perseguir a los contraventores de la ley, pero, también proteger a los oprimidos. Años más tarde (1846), el más famoso jurista alemán, Carl Friedrich von Savigny, también ministro berlinés, en compañía de su colega Uhden, reemplazante de von Mühler, terminó de acuñar este tipo de ministerio público en el famoso dictamen que escribieron: un ministerio público presidido por la ley y la verdad, con la obligación de descubrir la verdad objetiva, inclusive a favor del imputado, de recurrir decisiones en su favor, control de la legalidad de las acciones policiales e intermediario entre policía y tribunales, esto es, un ministerio público como sujeto objetivo e imparcial del procedimiento penal.

Por ello Peters, Karl, *Straprozeß*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1952, p. 128, pudo decir, al comparar la función del ministerio público con la función administrativa, que: “El Derecho es para el ministerio público no el marco sino la meta de su actividad”; mejor aún: “...no sólo el marco, sino la meta...”.

²⁶ *Ibidem*.

funcionarios de la policía criminal, los más inclinados a violaciones jurídicas contra el imputado durante su tarea de investigación, queden bajo su supervisión y cumplan sus órdenes.

La transformación de la Inquisición histórica en una inquisición suavizada, que permitió el regreso de formas acusatorias al culminar el procedimiento, movimiento cuyo primer exponente y principal medio expansivo fue el *Code d'instruction criminelle* francés de 1808, trajo aparejada, en Europa continental, el nacimiento del ministerio público (*ministère public*) penal moderno, quizás en embrión en los tiempos inmediatos anteriores, relativos a la conformación del sistema penal del nuevo orden. En efecto, decidida la subsistencia del sistema penal y, con él, de las bases de la Inquisición, persecución penal pública y justicia medida desde el parámetro de acercamiento a la verdad histórica, meta del procedimiento penal, la necesidad de superar el esquema de la inquisición tradicional, que concluía estableciendo un mismo funcionario para averiguar la verdad y para decidir (el juez inquisidor), que desconocía, en general, la defensa del imputado, y que asimilaba el procedimiento a una encuesta escrita, cuyo único fin era conocer la verdad, condujo a la búsqueda de otro funcionario estatal, distinto y separado de los jueces, para cumplir la misión de perseguir penalmente, representar a la acusación en los debates, restablecidos como métodos para legitimar la decisión, y, de esa manera, a crear un *contradictor* para el imputado y su defensor, ahora admitiéndose plenamente en el debate, con el objetivo de practicar la defensa del caso e influir en la sentencia. Ese funcionario fue y es el fiscal, cuyo nombre subsistió en la lengua castellana, bajo la organización del oficio del ministerio público penal, que se ocupa de acusar y representar a la "parte acusadora" en los debates penales. La reforma del sistema penal del siglo XIX fue la verdadera creadora de nuestro actual ministerio público.

La influencia de los códigos napoleónicos en toda Europa continental, promediando el siglo XIX, fue indudable. El movimiento conocido como la *reforma del siglo XIX* es hijo de esa tendencia, nacida al amparo de la dominación militar y cultural francesa en ese siglo.

En Alemania, por ejemplo, nadie discute acerca de que la introducción del ministerio público francés, que comenzó con la recepción de la totalidad de la legislación napoleónica en Rheinland (1810) y se confunde con la lucha por la introducción de la institución del ministerio público en todos los territorios alemanes²⁷.

Sin embargo, tampoco es posible exagerar la nota aquí, desde su nacimiento: desde el punto de vista estrictamente procesal, el ministerio público nació como un híbrido, con escaso poder sobre el procedimiento. A pesar de que se lo concibió como un representante de la acción pública, sin cuya actividad, por principio (*nemo iudex sine actore*), los jueces no podían conocer los casos, él no dominaba tan siquiera su función específica, la de perseguir: se le creó a su lado un *juez de instrucción*, que, por disposición de la ley, investiga el caso *de oficio* (Ley de Enjuiciamiento criminal española, texto actual, 259, 286, 303, 306, 307 y 308) o procede de la misma manera prácticamente, bajo la simple base de una denuncia o de la prevención policial (todavía hoy: *Code de procedure pénal* francés, texto actual, 79 y ss. y 86; CPP Córdoba, vigente, 204; CPP Nación 195, I), funcionario bajo cuyo nombre se escondió y aún se esconde al inquisidor del régimen antiguo, a cuyo cargo está el esclarecimiento del caso, y cuyas investigaciones, que debe hacer constar por escrito, de una u otra manera ingresan al debate, formalmente acusatorio; más allá de ello, el *principio de legalidad* de la persecución penal (*obligatoriedad* del ejercicio de la acción penal) no sólo estableció el deber del fiscal de perseguir todos los casos penales que conociera, sino que, en su repercusión negativa, impidió que las decisiones (dictámenes) de este actor *sui generis* tuvieran alguna influencia, jurídicamente reconocida, en el procedimiento: es así que, bajo este principio, el desistimiento del fiscal o, más aún, su dictamen o alegato absolutorio, carecen de influencia decisiva en el caso que, ordinariamente, proseguirá su rumbo hacia la sentencia y no será óbice para que el tribunal condene, o condene por un título

²⁷ Carsten, *Die Geschichte* cit., pp. 14 y siguientes.

delictivo o a una pena más grave que aquel utilizado o aquella reclamada en la acusación o por el acusador (CPP Nación, 401, I). Incluso durante el procedimiento su relieve es escaso: en sistemas procesales todavía existentes (España y Francia, y entre nosotros, por ejemplo) y en los países europeos continentales más desarrollados (Alemania, Portugal e Italia, también como ejemplos) hasta hace pocos años, subsistía, al menos para los delitos graves o de mediana gravedad, la necesidad de que un juez de instrucción le preparara el caso al ministerio público, para que él acusara, esto es, la regla consistía en que la investigación preparatoria (antigua inquisición general) correspondía a un "juez de instrucción" (antiguo inquisidor); el fiscal sólo adquiría protagonismo en el debate público, y allí tan solo a medias, no sólo por aquello que inmediatamente antes aclaramos, sino, también, porque, según el sistema de procedimiento continental los protagonistas casi excluyentes del debate, quienes incorporan la prueba, interrogan a testigos y peritos, conceden o quitan la palabra, ejecutan sus decisiones, etc., son los jueces del tribunal o el juez que preside la audiencia, cuando se trata de un tribunal colegiado.

Por lo demás, a mitad de camino entre funcionario judicial imparcial, ligado a los *principios de objetividad e imparcialidad*, y representante de administración pública para la persecución de los crímenes, en homenaje a la seguridad ciudadana, nunca se supo bien, y se discute aún hoy en día, a qué rama del gobierno de un Estado pertenece el ministerio público, dada ya la división del poder soberano en competencias particulares y, conforme a ello, qué cuota real de independencia en su tarea y decisiones poseen o deben poseer los funcionarios del ministerio público²⁸.

²⁸ Sobre ello algo hemos escrito (*La investigación preparatoria del ministerio público*, nota 4, p. 15 y § 4, pp. 99 y ss.) y algo escribiremos más adelante. Por el momento, cf. en la literatura nacional y en sentido crítico a nuestro proyecto 1986/88, Müller, Jorge, "Estructura y funciones del Ministerio Fiscal", en *Doctrina Judicial*, LL. Buenos Aires, 1989, pp. 417 y ss.; en la literatura jurídica alemana, con una problemática similar a la nuestra, Roxin, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft* cit., II y ss., pp. 386 y ss.; Schmidt, Eberhard, "Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justiz-

3. *El problema del futuro del ministerio público*

No es sencillo escapar de este híbrido²⁹. En verdad, la transformación del sistema inquisitivo, al dejar subsistentes las bases de la Inquisición histórica —sintéticamente: el poder penal del Estado, representado básicamente en la persecución penal pública y en la sinonimia entre justicia y verdad histórica como principio de solución del caso—, y pretender, al mismo tiempo un regreso al método acusatorio de legitimar decisiones, legitimando derechos al imputado y erigiéndolo en una “parte” del procedimiento, conduce en sí misma a contradicciones evidentes en el sistema, necesitadas de soluciones específicas cada vez que se presenta el caso jurídico (general) límite, soluciones que privilegian a uno u otro interés (la persecución penal o la defensa del imputado), según el acuerdo político que

behörde”, en *Monatsschrift für Deutsches Recht [MDR]*, Gesellschaft, Hamburgo, 1964, 18. Jahrgang, pp. 629 y ss. y 713 y ss.; y “Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz”, en *Deutsche Richterzeitung [DRiZ]*, Karl Heymann, Colonia-Berlin, 1957, 35. Jahrgang, pp. 273 y ss.; Geisler, Werner, “Stellung und Funktion der Staatsanwaltschaft im heutigen Deutschen Strafverfahren”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft [ZStW]*, Berlin, 1961, t. 73, pp. 561 y ss.; Odersky, Walter, “Staatsanwaltschaft, Rechtspflege und Politik”, en *Festschrift für Karl Bengl*, Beck, Munich, 1984, pp. 57 y ss.; Wagner, Walter, “Der objektive Staatsanwalt-Idee und Wirklichkeit”, en *Juristenzeitung [JZ]*, J. C. B. Mohr (P. Siebeck), Tübinga, 1974, 29. Jahrgang, pp. 212 y siguientes.

²⁹ Sólo conozco, parcialmente, en el sistema estadounidense, una suerte de ensayo que acepta la institución y la desarrolla como un protagonista real del procedimiento penal, cuya tarea y cuyas expresiones de voluntad tienen decisiva influencia material y formal en el procedimiento. Sin duda, la influencia del Derecho anglosajón, que no conoce la institución del ministerio público centralizado, tal como aparece entre nosotros proveniente de Europa continental, y cuyo procedimiento conserva aún rastros bastante marcados del antiguo procedimiento acusatorio popular de cuño grecorromano, ha trascendido para ello. Así, a pesar de que, en general, el Derecho de los EE.UU. ha admitido la persecución penal pública o estatal, base de la inquisición; la influencia anglosajona le ha permitido erigir al ministerio público, a los fiscales, en una verdadera “parte” del procedimiento, representantes genuinos de un interés estatal distinto al que representan los jueces, v. gr., la seguridad ciudadana general frente a la imparcialidad judicial, esta última responsable por el estricto cumplimiento de la otra clase de seguridad, la de los ciudadanos particulares cuando son perseguidos, esto es, por los derechos civiles.

se constituya en cada caso. El ministerio público, su característica, su organización, su posición institucional y su tarea en el procedimiento, son parte de esa contradicción intrasistemática que pervive y domina el régimen formal de realización del Derecho penal, pero, de ninguna manera, las únicas³⁰.

Por lo tanto, la función del ministerio público penal, su posición institucional, su organización y su tarea en el procedimiento seguirán siendo conflictivas y motivo de debates ásperos que, a mi juicio, sin resolver el problema primario, sólo posibilitarán, por el momento, soluciones coyunturales, según la preferencia política del legislador o del jurista teórico o práctico en el caso general que se le presenta a examen, esto es, soluciones de compromiso dentro de un sistema que, en sí, es caótico y reniega de su reducción a ciertos principios analíticos más generales, que ordenen todo el sistema³¹. En este libro, precisamente, saldrán a la luz muchos de estos problemas.

Hoy sólo se puede señalar, como tendencia general, que un regreso más profundo a las formas acusatorias y la influencia del sistema operativo penal de cuño anglosajón conducen, poco a poco, a un mayor protagonismo del ministerio público en la realización del derecho penal y en la solución de los casos penales³². Pero la institución no parece haber alcanzado su

³⁰ El mismo problema, pero en torno a la meta del procedimiento, la averiguación de la verdad histórica, en Maier, *DPPa* cit., t. 1b, § 6, G, pp. 433 y ss. y § 8, D, pp. 562 y siguientes.

³¹ Un ensayo nuestro de organización del ministerio público y de ordenamiento de su tarea en el procedimiento, siguiendo principios hoy aceptados en el ámbito de la legislación y de la teoría jurídica de cuño europeo-continental, que no reniega de su carácter híbrido, pero que avanza sobre su organización y tarea actual, en "Anteproyecto de ley para la justicia penal y el ministerio público", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 368 y ss., y en "Proyecto de Código procesal penal para la Nación", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 649 y siguientes.

Para el Derecho europeo-continental es sintomática la propuesta de Roxin, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft* cit., III y ss., pp. 387 y ss., es ciertamente antigua en edad (1969), pero fresca y lozana para nosotros.

³² Ejemplos de ello son: la instrucción preparatoria en manos del ministerio público, en los Códigos procesales penales más avanzados (Cf. texto actual OPP de la República Federal de Alemania; nuevo CPP Portugal, 1987; nuevo CPP Italia, 1988; CPP modelo para Iberoamérica, 1988); los modos abreviados del

mayoría de edad, mucho menos entre nosotros: por ello me he permitido titular su historia como la de un adolescente.

procedimiento, generalmente por consenso entre el ministerio público y el imputado; la quiebra del principio de legalidad, en combinación con la sustitución de la realización del Derecho penal por otras soluciones (*diversion*); en ese marco, también el moderno protagonismo de la víctima y de la reparación integral en el Derecho penal contribuyen para pensar una función más adulta para el ministerio público.

*Claus Roxin **

II. Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público**

* En el momento de la conferencia, año 1969, Profesor de Derecho penal y procesal penal de la Universidad de Göttingen (Gotinga); hoy Profesor de las mismas materias en la Universidad de München (Munich), ambas universidades de la República Federal de Alemania.

** Conferencia con motivo del festejo de los cien años de existencia del ministerio público en Hamburgo, traducida por Julio B. J. Maier y Fernando J. Córdoba.

I. Cuando el ministerio público de Hamburgo comenzó a funcionar, hace ya cien años, era un hijo tardío entre los ministerios públicos, un *fruto tardío del año 1849*, que en casi todos los territorios alemanes contribuyó a imponer el proceso penal reformado y que, hasta el día de hoy, ha modelado también la faz de la Ordenanza procesal penal para toda Alemania, diez años más joven. Oralidad, publicidad participación de los legos en la administración de justicia y la introducción del ministerio público —ésas fueron, en el ámbito del proceso penal, las exigencias reformistas decisivas del siglo xix en oposición a la justicia de gabinete y a la manipulación arbitraria del poder penal—. El ministerio público, que, como es conocido, tiene su origen en el Derecho francés y hunde sus raíces en la Gran Revolución francesa del siglo xviii es, entonces, herencia del Iluminismo; él cobró vida como medio de liberación ciudadana y no como instrumento de represión autoritaria.

Ésas son, ciertamente, nociones triviales. Y, sin embargo: el clisé del fiscal riguroso, con conciencia de que juega su carrera y persecutor con saña, a quien, por sobre sus parágrafos, todo lo humano le resulta extraño, que, con fariseísmo subalterno, contabiliza las absoluciones como derrotas y las condenas como victorias, esta calcomanía crítica de la justicia es tan sugestiva que la forma verdadera del ministerio público puede aparecer tras de ella como un cumplido piadoso de nacimiento y una pose oratoria para un festejo. Si nosotros queremos observar un panorama sin deformaciones de la posición actual del ministerio público y de sus futuras tareas, es absolutamente necesario delinear brevemente, una vez más, los motivos jurídico-políticos que contribuyeron el fundamento de su implantación. Ellos son aun, en el presente, tan válidos como entonces, pues la entrada

en vigor de las leyes judiciales del Reich.¹ Son tres los fines principales que se persiguió y fueron alcanzados con la creación del ministerio público:

En primer término, él fue el medio decisivo para la *abolición del proceso inquisitivo antiguo*, que había reunido en una sola mano, a saber, la del juez, la actividad de perseguir y la de juzgar. Al ser transmitida la recolección del material probatorio en el procedimiento preliminar al ministerio público y ser confiada la administración de justicia a la actividad complementaria de dos funcionarios judiciales, independientes el uno del otro, las del ministerio público, por un lado, y las del tribunal, por el otro, el juez alcanzó, por primera vez, la posición de juzgador imparcial del contenido de la acusación, que no reunió ni puso él mismo. El doble control a través del ministerio público y del tribunal, que cada imputación debe desde entonces sobrepasar, ofrece, por lo demás, una mayor garantía de corrección, no sólo por la objetividad del cargo de juez, asegurada por esa vía, sino, antes bien, porque dos funcionarios, que examinan recíprocamente los resultados de su trabajo, rinden naturalmente más de aquello que podría hacer, con la mejor de las voluntades, una única instancia de investigación.

En segundo término, la función especial del ministerio público referida al Estado de Derecho subyace, desde el comienzo, en el hecho de que el legislador, entre los dos modelos contrapuestos en aquel entonces y hoy también —la construcción del ministerio público como parte o como *funcionario objetivo de instrucción*—, se decidió por la segunda de estas posibilidades. El ministerio público no fue concebido para cumplir una función unilateral de persecución, como es del caso con el acusador del proceso penal angloamericano, sino para ser *custodio de la ley*. Ello significa: su tarea consiste en velar, a favor del imputado, porque se obtenga todo el material de descargo y porque ninguno de sus derechos procesales sea

¹ El autor se refiere al tiempo de la moderna unidad alemana, bajo Bismarck, con la sanción de las cuatro leyes judiciales del segundo Reich (imperio) alemán: Ley de organización judicial, Ordenanza procesal civil, Ordenanza procesal penal y Ley de bancarrotas (1877/79).

menoscabado. Esa función de protección del ministerio público fue, particularmente, la que le concedió el énfasis político de progresista a la exigencia de su introducción en el movimiento reformista liberal de su tiempo. “Yo quiero” —escribía el ministro de Justicia prusiano v. Mühler ya en el año 1843— “subordinar los fiscales sólo al Ministerio de Justicia. Ellos deben recibir una remuneración digna y tener perspectivas de promoción, para poder consagrarse a los deberes de su incumbencia con celo y dedicación plena. Ellos deben tener la vocación honrosa de ser custodios de las leyes, de perseguir a los transgresores de las leyes, de proteger a los oprimidos y de prestar su auxilio a todos aquellos a quienes el Estado consagra su protección. Ellos no deben inquirir por sí mismos, sino excitar al oficio del juez, escuchar a aquéllos, cuyas quejas tiene que llevar adelante, examinar las quejas y, si las encuentran fundadas, provocar el remedio... De tales hombres se debe esperar sólo lo bueno”. La más lacónica formulación, interin devenida clásica, encontró ese punto de partida en el famoso dictamen de Savigny y Uhden, del año 1846, que reza: “que el fiscal, como custodio de la ley, debe estar facultado a operar en el procedimiento contra el acusado desde una comienzo, en el sentido de que sobre todo, la ley sea satisfecha”. “En esa posición fundamenal” —prosигuen los autores— “el fiscal ocupa una posición que lo obliga tanto a la protección del acusado como a actuar contra él”.

Esta posición de custodio de la ley, que se ha consolidado dentro del Derecho vigente en las obligaciones del ministerio público de incorporar también el material de descargo y, dado el caso, de interponer recursos a favor del condenado o procurar la revisión, es también de gran actualidad aun para la discusión en el presente, porque proporciona la prueba de que la investigación de los hechos y la decisión jurídica, hechas por el fiscal y por el juez, deben estar presididas exactamente por los mismos fines. En ello anida el argumento más vigoroso para la igualdad de posición entre fiscales y jueces, sobre cuya posibilidad y límites todavía se hablará posteriormente.

Finalmente, *en tercer término*, el significado del ministerio público reside en el *control sobre la policía, inherente al Estado de Derecho*, que él debe ejercer. También en este punto, Carl

Friedrich v. Savigny —que es considerado el más grande jurista alemán y no sólo como romanista, según la mayoría opina, sino gracias a su actividad en la dirección del ministerio de legislación prusiano y que, para consuelo, también debe ser tenido en cuenta como procesalista penal y como precursor del ministerio público— halló la mejor formulación, cuando él exigió para el ministerio público “que la policía criminal sea puesta en lo posible en sus manos y le sea concedido un imperio material sobre todos sus funcionarios, de tal manera que éstos estén obligados a subordinar su actividad de policía criminal a la autoridad del fiscal, a satisfacer sus instrucciones en este sentido y, donde él intervenga, a apartarse de una intervención autónoma. Precisamente en las operaciones de los funcionarios de policía preliminares a una investigación, subyace el peligro cercano” —así sentenció Savigny— “de una lesión jurídica, y la experiencia enseña como, no raramente, los agentes de policía de menor jerarquía son los responsables de tales lesiones jurídicas, en perjuicio de la persona afectada. Remediar esa mala situación y dar una base jurídica a las primeras intervenciones policiales debería ser, con toda propiedad, tarea del ministerio público; ello se sigue del principio que está en la base de la institución y su solución daría, además, a la nueva institución creada la mejor consideración a los ojos del pueblo”. La circunstancia de que Savigny y Uhden, en el dictamen ya mencionado, tuvieran que vérselas con el temor de “que en momentos extremadamente difíciles, en especial en el caso de maquinaciones políticas y conspiraciones, el fiscal con sus exigencias relativas a la observancia de las formas jurídicas pudiera paralizar y, con ello, obstaculizar la actividad policial”, muestra con suficiente claridad que mi afirmación inicial —el ministerio público ha sido concebido como una columna del Estado de Derecho y, con ello, como punto de apoyo de la libertad política— no es un producto de una proclamación festiva, sino una verdad llana y sin adornos, que, por cierto, ha quedado sepultada durante los últimos cien años muy a menudo.

II. Nosotros, en todo caso, debemos retornar a estos fundamentos, si queremos determinar la posición jurídica actual

del ministerio público. El problema, que desde la creación de las leyes judiciales del *Reich* ha quedado sin solución y que el legislador tampoco se ha atrevido a abordar en el tiempo de posguerra, desde la creación de la ley alemana para jueces, se resume en la pregunta acerca del alcance y de los límites de la *vinculación por instrucciones* del ministerio público. Esto vale tanto para el derecho de instruir externo, que le corresponde al ministerio de Justicia, o al senador de Justicia,² como para el derecho de instruir interno, que le corresponde al funcionario superior en jerarquía dentro del ministerio público. Ambos círculos de temas se refieren a la independencia material del fiscal y están vinculados directamente con la función político-jurídica de estas autoridades, asegurada históricamente y arriba resumida. Pues la "base jurídica" privativa de la persecución penal y también su protección, condicionada por ella, de las influencias del Ejecutivo, se vería naturalmente relativizada, si, de su parte el fiscal estuviera vinculado a las instrucciones del Ejecutivo o de un superior jerárquico dependiente del ministro. Desde un comienzo se ha discutido vehementemente sobre si esta situación es necesaria o reclama una reforma, sobre si es benéfica o peligrosa. Si la concepción del Estado de Derecho liberal acerca del ministerio público ha sido muchas veces oscurecida también en la conciencia de los juristas, una razón esencial para ello reside en la más que escasa claridad sobre ese punto y en la desconfianza, nunca totalmente superada, de que: en verdad, es francamente deseable procurarle a la autoridad un instrumento que fortalezca su influencia sobre la administración de justicia.

Con todo, conforme al Derecho vigente, se puede decir sobre ello lo siguiente: existe unanimidad en afirmar que toda facultad de instruir halla su límite en el principio de legalidad. La exigencia de perseguir a inocentes o de dejar de perseguir acciones punibles, en forma contraria a la ley, sería, a la vez,

² Los *Länder* federados (provincias federadas), sobre todo las ciudades *Land*, como Berlín y Hamburgo, por ejemplo (semejanza con el *status* político de nuestra capital de la República, la ciudad de Buenos Aires), acostumbran a llamar Senado de Justicia al ministerio respectivo.

punible y, por ese motivo, inatendible según principios generales del Derecho relativo a los funcionarios públicos. Asimismo, resulta difícilmente cuestionable la afirmación de que las instrucciones transmitidas antes del debate, para concluir en él con determinadas peticiones finales, no están permitidas: pues, dado que según el principio de inmediación, dominante en nuestro Derecho procesal penal, sólo está permitido fundar la sentencia en el resultado del debate y el ministerio público debe obtener la convicción defendida en su informe final exactamente de la misma manera, una instrucción anticipada a la finalización de la recepción de la prueba sería violatoria a las reglas del procedimiento y, por ende, también inatendible.

Pero estos puntos, que deberían estar fuera de toda discusión, se refieren sólo a instrucciones que, bajo condiciones relativas a un Estado de Derecho, tendrán, sin embargo, apenas significado práctico. Por eso es más importante la pregunta acerca de aquello que debe suceder cuando sobre la valoración fáctica o jurídica de un caso emergen opiniones diferentes entre un fiscal y su superior jerárquico, como las que pueden presentarse aun si media un comportamiento absolutamente adecuado a Derecho de parte de ambos involucrados. Ese caso se hace presente, por ejemplo, cuando un fiscal, contrariamente a la opinión del funcionario director, observa que el grado de sospecha no es suficiente para solicitar la orden de detención o para interponer la acusación, o cuando la punibilidad de un comportamiento está discutida entre los funcionarios del ministerio público. Por supuesto, en esa situación concreta uno intentará convencer al otro, a través de la fuerza de mejores argumentos. Pero, no obstante, precisamente entre buenos juristas, de pensamiento crítico o independiente, pueden sobrevenir conflictos de apreciación imposibles de superar. ¿Se debe resolver la dificultad del caso sólo por la vía de la instrucción? Por cierto, en las décadas que siguieron a la introducción de las leyes judiciales del *Reich*, se partió de esa suposición. Empero, la reflexión sobre la función político-jurídica del ministerio público enseña otra cosa. Pues el cargo de "custodio de la ley" encierra, si realmente se desea tomar en serio la expresión, la obligación de cada fiscal en particular, de juzgar

la cuestión fáctica y la jurídica, según su mejor ciencia y conciencia, tomando a su cargo personalmente la responsabilidad por la decisión. ¿Cómo puede alguien vigilar la correcta manipulación del Derecho, si él debe someterse permanentemente a un juicio extraño? Servir al valor jurídico excluye, por esencia, la determinación heterónoma del proceso de obtención de la solución jurídica. El uso idiomático moderno, que designa al ministerio público como un "órgano de la administración de justicia", no puede significar otra cosa: sin duda, el fiscal no es un juez, porque no puede dictar sentencias con autoridad de cosa juzgada, pero su hacer corresponde al del juez cualitativamente, en tanto está orientado, de la misma manera, al valor jurídico. Esta concepción, reconocida ampliamente en lo fundamental, excluye la posibilidad de presentar al fiscal como un tubo transmisor de opiniones ajenas. El acto de hallar la solución jurídica no es objeto posible de un mandato y, por esa razón, aunque es accesible a la deliberación argumental, no lo es, empero, a toda instrucción que elimine la propia convicción. Un proceso de conocimiento —y de ello se trata en el juicio sobre casos jurídicos— se sustrae a las categorías de orden y obediencia. No se puede oponer a esta concepción el hecho de que una independencia del fiscal así concebida reniega de la necesidad de una persecución penal unificada y enérgica. Pues, aunque el jefe funcional no pueda instruir al fiscal individual para que desarrolle una acción contraria a su convicción jurídica, puede, sin embargo, según el § 145 L.O.J.,³ adjudicarse el asunto a sí mismo o confiar el caso a otro funcionario que se ocupe del asunto y, con ello, en la práctica, realizar su opinión. Esto está fuera de toda duda en el Derecho vigente, pero puede sólo facilitar la decisión de reconocer los límites aquí desarrollados de la libertad de instrucciones.

Una vinculación legítima a las instrucciones existe, por ello, sólo en dos ámbitos: en los casos del principio de oportunidad y en los interrogantes técnicos-tácticos de la persecución penal.

³ L.O.J. = Ley orgánica judicial; en alemán GVG = *Gerichtsverfassungsgesetz*.

Con esa medida, el derecho de instruir es también enteramente adecuado al caso. Pues, en las decisiones de oportunidad, no se trata del *Derecho*, esto es, de la cuestión acerca del si y del cómo el imputado se ha hecho acreedor a una pena, sino de la cuestión, a distinguir perfectamente de la anterior, de si, en el caso concreto, es *útil* una persecución o la imposición de una sanción. Éste no es un problema jurídico, sino un problema *político-jurídico*, que, por supuesto, puede ser decidido por la vía de la instrucción. Si, por ejemplo, según el nuevo § 153c de la OPP,⁴ se puede prescindir de la persecución o sobreseer por motivos políticos en caso de delitos de protección al Estado, cuando, entonces, el valor político se subordina al valor jurídico, precisamente allí es necesario que, para esas decisiones, recaiga la responsabilidad en una instancia política que emita instrucciones. Menos aún se puede objetar contra una dirección central de la persecución en cuestiones técnico-tácticas; pues aquí tampoco se trata de la orientación hacia la verdad y la objetividad, materia de la responsabilidad propia, sino de la practicabilidad y la efectividad.

Así, la pregunta acerca de si están reunidos los presupuestos jurídicos para una acusación, para dictar una orden de detención o para vigilar conversaciones telefónicas, no puede ser respondida al fiscal autoritativamente, a través de una instrucción que colisiona contra su convicción jurídica. Si, en cambio, una medida de persecución del ministerio público, jurídicamente admitida, o la solicitud de una disposición judicial debe ser llevada a cabo en absoluto, esto es —por supuesto, en el marco del principio de legalidad— susceptible de ser dispuesto por una directiva. En qué medida alcanza la facultad de decidir de los fiscales individuales, en el ámbito de la táctica y técnica de la persecución, no se decide según principios procesales obligatorios, sino según las necesidades de la investigación criminal, tan eficiente como posible, determinadas por el director del oficio.

⁴ OPP = Ordenanza penal, nombre que recibe el conjunto de reglas jurídicas que nosotros llamaríamos Código procesal penal; en alemán *StPO* = *Strafprozessordnung*.

Este estado de cosas no modifica absolutamente en nada, si se sigue el curso de mi pensamiento, la afirmación —el ministerio público puede, con ayuda del derecho de dar instrucciones, ser desviado funcionalmente hasta llegar a ser una prolongación del brazo del Ejecutivo y, con ello, hasta ser representante de proposiciones de fines políticos— de que no está justificada, de manera alguna, la manipulación del Derecho. Pues la independencia de instrucciones de las decisiones del ministerio público, orientadas jurídicamente, rige, por supuesto, no sólo dentro de la jerarquía funcional, sino, antes bien, para la relación del fiscal general con el ministro o con el senador de Justicia. Ya que este último, por cierto de manera distinta a la del funcionario jerárquicamente superior del ministerio público, no tiene derecho alguno de devolución o de sustitución, el Ejecutivo no posee, de manera alguna, derecho de decisión en el juicio acerca de la cuestión de hecho o de Derecho. La objeción contraria, a menudo propuesta, de que tal limitación de la facultad ministerial de dar instrucciones contradice la responsabilidad parlamentaria del ministro de Justicia, en su caso, del senador de Justicia, no es pertinente. Pues ella se funda en la premisa de que el fiscal ejerce exclusivamente una actividad ejecutiva. Precisamente no es éste el caso allí donde el fiscal debe fundar su hacer exclusivamente en parámetros jurídicos. La convicción jurídica de un fiscal no es objeto de control parlamentario.

III. Si, según los puntos de vista desarrollados precedentemente, partimos de la base de que un fiscal, obligado por el cargo de custodio objetivo de la ley, debe obrar en todos los problemas jurídicos conforme a los mismos principios que un juez, entonces, también podemos decidir, consecuentemente, el interrogante, vivamente discutido por el Congreso de Juristas del año 1964, relativo a una *vinculación del ministerio público con la jurisprudencia proveniente de un tribunal superior*, él debe ser contestado, en contra de la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal,⁵ en forma negativa; pues así como todo juez

⁵ Se trata del *Bundesgerichtshof*, básicamente una Corte de casación para Derecho privado y Derecho penal, máximo tribunal para estas materias en la República Federal de Alemania.

municipal no tiene que aceptar sin reparos la concepción jurídica de la Corte Suprema Federal, menos aún necesita hacer esto el ministerio público que, de acuerdo al § 150 L.O.J. es independiente de los tribunales. Él no es, de modo alguno, agente ejecutor de la jurisdicción, sino su par, en igualdad de condiciones, en la administración de justicia, y en esta posición, como hemos visto, es llamado a efectuar un juicio jurídico independiente. La función de custodio de las leyes rige, por lo tanto, también frente a los tribunales, así como a la inversa, naturalmente, los tribunales examinan, de acuerdo a los parámetros de su propio entendimiento, la concepción jurídica del ministerio público, cuando a ellos les toca ocuparse del asunto. No es posible aquí mencionar completamente los argumentos para sostener este punto de partida. Sin embargo, en nuestro contexto es decisiva la comprensión de que la función del ministerio de garantizar la libertad, inherente a un Estado de Derecho, alcanza ciertamente su más pura expresión, cuando se adopta el punto de vista aquí sostenido, de que por regla puede ser impuesta una pena, únicamente, cuando dos autoridades de la justicia, independientes la una de la otra, ministerio público y tribunal, juzgan coincidentemente a un comportamiento como punible. La separación de la actividad de perseguir y la de decidir tiene, entonces, no sólo el fin psicológico-procesal, mencionado al comienzo, de asegurar al juez una objetividad elevada, sino que protege también al imputado de la posible valoración jurídica parcial de una sola autoridad judicial.

IV. Hasta aquí la situación jurídica en el presente. Lo que he dicho al respecto, podría despertar a primera vista la apariencia de que, en su centésimo aniversario, al ministerio público —sólo si se perfila de manera suficientemente clara su posición como órgano de la administración de justicia, correlato de su origen en el movimiento liberal—, le va de maravilla y como si no restara nada más que desear para el *futuro* de una institución tan honorable y calificada. Pero la realidad muestra algo diferente. No sólo el cliché del fiscal obediente al gobierno, dedicado celosamente a punir, ha demostrado su fuerza vital

pertinaz, aun cuando hombres como los difuntos fiscales generales Bauer y Buchholz, por ejemplo, compusieron algo la situación en la conciencia pública; también entre los juristas el oficio de fiscal —de qué serviría ignorarlo— no goza de fuerza de atracción alguna. Ello responde a muchos motivos; y en varios estados federados⁶ no representa la más mínima advertencia la sobrecarga de tareas, condicionada por la muy escasa dotación de las oficinas y el equipamiento material insuficiente de las secciones. Pero hay causas más profundas, que, si el ministerio público debe cumplir con propiedad sus tareas futuras, también en horas como las de hoy tienen que ser llamadas por su nombre. El legislador ha pasado por alto lamentablemente —cuando en el año 1961 fue sancionada la ley alemana para jueces⁷— codificar la posición jurídica y las funciones del ministerio público, en una forma que se corresponda con las exigencias de un Estado federal,⁸ sobrevendrá y tendrá también que dar nueva forma a la figura del fiscal. Yo quiero, sobre la base de lo hasta aquí planteado, poner a consideración cuatro propuestas de reforma, cuya realización, según lo creo, le aseguraría al ministerio público la posición que se merece y por medio de las cuales se brindaría un servicio a la administración de justicia en su conjunto.

1. El cargo de custodio de la ley del ministerio público y, con ese límite, como el juez, su exclusiva orientación al valor jurídico, tienen por consecuencia que los fiscales tengan la misma *independencia* que le corresponde también al juez. Materialmente, de acuerdo a la naturaleza de las cosas, ello rige por cierto sólo allí, donde el ministerio público debe pronunciar decisiones jurídicas y, por tanto, no en el ámbito del principio de oportunidad, ni en las cuestiones técnico-tácticas de la

⁶ En la República Federal de Alemania, los *Bundesländer*, de *Land*, algo similar a la Provincia, entre nosotros.

⁷ *Deutsche Richtergesetz*, que regula la posición jurídica y la función de los jueces.

⁸ Se refiere al *Bundestag*, esto es, al órgano legislativo de representación popular y no al *Bundesrat*, que representa a los *Länder* o provincias. Existe cierta similitud con nuestro binomio: Cámara de Diputados y de Senadores.

persecución penal. Admitido esto, la anticrítica, que opone al reclamo de independencia del fiscal la necesidad de una persecución penal unificada, pierde todo el viento de sus velas, pues un fiscal no podría ser instruido con eficacia, para llevar a cabo una medida en contra de su convicción jurídica. Sin duda, quien ha seguido mi exposición anterior advierte que esto rige ya según el Derecho actual; pero ello debería ser aclarado expresamente en la ley y provocar en la práctica, entre otros, el efecto de que el fiscal suscriba y represente bajo su responsabilidad personal, no sólo como representante de su superior jerárquico, una acusación preparada por él, avalada sólo por su propia convicción. Empero, sobre todo, una independencia material así concebida requiere a su lado —y esto es pasible de alcanzar sólo mediante una nueva regulación legal— la independencia personal: la indestituibilidad e intrasladabilidad que, por principio, corresponde al fiscal deben ser aseguradas —*mutatis mutandis*— conforme a las mismas reglas que rigen para los jueces. Sí, prácticamente, y hoy ello es así y ningún fiscal pierde su cargo a causa de su concepción jurídica, ello sólo demuestra que el reconocimiento de esta independencia se entiende casi por sí mismo en un Estado de Derecho moderno, y que el tiempo para su afianzamiento institucional en la ley se halla maduro desde hace mucho. El decretar legalmente la independencia del fiscal no sería, por tanto, un acto de transformación revolucionaria de nuestra organización judicial, sino, antes bien, el cumplimiento de un postulado delineado, ya en la concepción de custodio de la ley del siglo XIX. El prestigioso profesor de Derecho penal de Heidelberg, Mittermaier, que recorrió hace ciento cincuenta años casi la totalidad del mundo civilizado, para ganar estímulos para la nueva configuración del Derecho procesal penal, ya en el año 1845, cuando en Alemania aún se discutía sobre la introducción del ministerio público: “Nosotros creemos, especialmente, que la organización, según la cual los funcionarios de la autoridad estatal en Francia no son inamovibles como los jueces, no merece ser aprobada y puede inducir fácilmente a un funcionario a ser complaciente frente a los deseos del detentador del poder, porque él debe cuidarse de ser separado inmediatamente de su cargo sólo porque él no es lo

suficientemente dúctil". Mittermaier no fue escuchado entonces y sus preocupaciones tampoco se vieron realizadas prontamente. Pero, si hasta hoy la objetividad del fiscal ha podido ser caracterizada constantemente como "falsa moneda" y como "mentira necesaria" en la literatura, es porque yace detrás la suspicacia no superable de que la obligación excluyente hacia la verdad y la justicia constituye una apariencia bonita, siempre que no se le preste, a través de la concesión de la independencia material y personal, un respaldo institucional. La imagen del ministerio público sería liberada de esta manera de toda malinterpretación polémica.

2. El segundo grupo de problemas, que se conecta en forma inmediata con el tema de la independencia, se refiere a la cuestión de si el *derecho de devolución y sustitución* del funcionario jerárquicamente superior del ministerio público debe ser mantenido para el futuro con el alcance que ha tenido hasta ahora. A favor habla el hecho de que una práctica acusatoria operada heterogéneamente, conforme a las concepciones jurídicas, quizá muy contradictorias, de los fiscales individuales, no representa un estado de cosas deseables en interés de la paz y de la igualdad jurídicas. En contra, empero, es posible hacer valer que la independencia del fiscal sólo tiene un valor muy limitado, si se le puede retirar sin más cada asunto, cada vez que su propio juicio se aparta del de su superior jerárquico, y que un fiscal general⁹ independiente, que no sería entonces un funcionario político, obtendría de este modo una competencia de valorar por sí mismo, incontrolada, que desde esta óptica —esto es, de la misma obligación de cada fiscal particular sólo hacia la verdad y la justicia— sería difícilmente justificable. La reforma procesal penal no podrá dejar de lado este dilema. Una solución posible me parece que reside en la idea, tan sólo a primera vista extraña, de que —con prescindencia de las cuestiones de la oportunidad, de la técnica y la táctica, subor-

⁹ *Generalstaatsanwalt* = el funcionario que representa la cúspide del ministerio público.

dinadas naturalmente a una dirección central aún en este contexto—, en caso de diferencias de valoración insuperables entre el fiscal que trabaja el asunto y su superior jerárquico, la cuestión fuera sometida a la decisión del Tribunal Superior del Estado federado.¹⁰ Existe para ello un modelo en el procedimiento de provocación de la acción,¹¹ para el cual se atribuye la decisión acerca de la promoción de la acción asimismo al Tribunal Superior de los Estados federados. Pues, si en el caso de un juicio diferente de la situación jurídica y fáctica por parte del ofendido, por un lado, y del ministerio público, por el otro, el Tribunal debe ser llamado como árbitro, entonces debería ser posible hacer lo mismo cuando, antes de ello, ya los mismos juristas del ministerio público no se pueden poner de acuerdo entre sí. Prácticamente, ello se traduciría en que el derecho de devolución y sustitución del primer funcionario del ministerio público se suspendería hasta la decisión —que, por ejemplo, en caso de disputa sobre la orden de prisión debería abarcar también esta decisión— del Tribunal Superior. En este asunto sólo se podría volver a obrar si el Tribunal da la razón al funcionario superior; en el caso opuesto, al funcionario que trabaja el asunto le estaría permitido imponer su opinión. De esta manera es posible evitar una atomización excesiva de la práctica acusatoria, sin que la independencia del funcionario del ministerio público encargado del asunto sea menoscabada, a través de una sustituibilidad ilimitada, hasta transformarla en un simple derecho de dejar a salvo su propia conciencia. La puesta en marcha de una instancia jurisdiccional no debería alarmar, pues aclararía, de manera absolutamente deseable, que el ministerio público, cuando se trata de decisiones jurídi-

¹⁰ *Oberlandesgericht* = OLG: el tribunal que se encuentra en la cúspide de la organización judicial de cada *Land* (provincia).

¹¹ *Klageerzwingungsverfahren*: procedimiento que puede utilizar la víctima, que instó la acción penal en un delito de acción pública, para obligar al ministerio público a provocar la persecución penal, cuando el fiscal archiva o sobresee el caso; órgano competente para la decisión: los tribunales superiores de los Estados federados. Naturalmente, este procedimiento no funciona cuando el abandono de la promoción o del ejercicio de la acción responde a la aplicación de un criterio de oportunidad.

cas, forma parte del tercer Poder y no del Ejecutivo. Por lo demás, las partes que ministerio público y tribunal tienen en la administración de justicia están ensambladas entre sí de diversas maneras, también en otros casos, y, al fin de cuentas, es el tribunal el que tendría que decidir, sin más, sobre la acusación. Tampoco la independencia del ministerio público frente a la jurisdicción, que yo he reclamado anteriormente, se vería afectada por una decisión jurisdiccional, que sólo tendría valor para el caso concreto y únicamente se produciría mediante provocación del mismo ministerio público.

Éste no es el lugar para extenderse, minuciosamente, sobre los detalles de una regulación posible de este punto, que naturalmente, debería también prever necesariamente los casos de urgencia. El presupuesto fundamental de todos estos postulados reside, por cierto, en la exigencia de que, en el derecho por venir, la función objetiva de custodio de la ley del ministerio público sea respetada y desarrollada. Una transformación de nuestro proceso penal, en el sentido del procedimiento angloamericano de partes, como se reclama insistentemente, conduciría forzosamente, en cambio, a otras consecuencias totalmente distintas para los funcionarios de la acusación, a saber, a su reestructuración en el sentido de una instancia de persecución parcial y ejecutiva. Me parece indiscutible que esto significaría una pérdida importante para el Estado de Derecho. Esas propuestas no deberían, por ello, ser tomadas en cuenta seriamente. Ya los esfuerzos de la Asociación Federal de Jueces alemanes y del Comité de Derecho Penal del Colegio Federal de Abogados, por una nueva configuración del debate, no me parecen libres de críticas, en tanto ellas se dirigen a entregar la recepción de la prueba a un "examen cruzado"¹² del ministerio público y la defensa; pues, a través de una aproximación semejante al interrogatorio cruzado del derecho angloamericano, el fiscal será impelido casi forzosamente a cumplir un papel

¹² *Wechselverhör* similar a *Kreuzverhör*, palabra utilizada inmediatamente después, para significar aquello que, en el Derecho angloamericano, se denomina *cross examination*. Lo hemos traducido, indistintamente, como *examen o interrogatorio cruzado*.

de parte, que podría hacer peligrar el afianzamiento de su independencia requerida por el Estado de Derecho. Si se quiere liberar al juez sentenciante de la actividad inquisitoria —un anhelo digno de esfuerzo—, que de alguna manera afecta su imparcialidad, entonces me parece que el mejor camino es establecer un juez director del debate, que no participe en el dictado de la sentencia. En todos estos problemas el trabajo de reforma todavía tiene un amplio campo frente a sí.

3. El tercer tema central, que debemos abordar ahora, finalmente, se refiere a la *relación del ministerio público con la policía*, y, sobre todo, particularmente con la policía criminal. El ministerio público, como es sabido, es una “cabeza sin manos”, esto es, su dotación y equipamiento no alcanzan para encargarse por sí mismo de las investigaciones de una manera que satisfaga completamente las exigencias del § 163, OPP. Esta evolución, que en muchas partes condujo a que las actividades de persecución y de investigación hayan sido trasladadas con amplitud a la responsabilidad de la policía, mientras que el ministerio público se ve reducido al estudio de actas, y a la elaboración de acusaciones o providencias de sobreseimiento, atenta de raíz contra la posición del ministerio público; pues la idea, que debió contribuir con su introducción a la caracterización del ministerio público según el Estado de Derecho, esto es, la voluntad de no ceder la persecución penal al Ejecutivo, sino de darle desde el comienzo, para decirlo con Savigny, “una base jurídica”, sería revertida a su contraria en caso de una aún mayor analogía del fiscal con el juez, si, en la práctica, la función de investigar se trasladara a la policía. Desde hace muchos años es objeto de discusión la pregunta acerca de cómo se podría evitar esto. Dado que no sería posible, ni aconsejable, separar la policía criminal en bloque del resto de la policía, e incorporarla al ministerio público, la propuesta sin duda más razonable es aquella que subordina a los ministerios públicos una planta de funcionarios experimentados de la policía criminal, de tal manera que queden sujetos al poder de instrucción único del fiscal y que puedan llevar a cabo la tarea de investigación según sus directivas y con el auxilio del resto de los funcionarios policiales, inmediatamente en ese sentido. Recién entonces se

vería colmada la voluntad misma del legislador histórico, cuando este antiguo plan, finalmente, se realice. Se sobreentiende, de paso, que se deben establecer por doquier secciones especiales y eficientes para ámbitos específicos, como la criminalidad económica.

4. Alcanzar las tres metas de reforma hasta aquí discutidas, daría al ministerio público una posición que le aseguraría también institucionalmente un papel de *par del juez en la administración de justicia*, de manera tan efectiva, que debería diluir, incluso, la sombra de sospecha de que pueda ser convertido en un instrumento de represión del Ejecutivo. Por cierto, con ello no eliminaríamos otras de sus características perversas: el papel poco satisfactorio del fiscal como procurador de la justicia retributiva, como persecutor implacable al servicio de la punición compensadora de la culpabilidad. Si en la imagen del fiscal a menudo se destacan más claramente los rasgos de dureza y distancia en relación al infractor de la ley, que aquellos de la comprensión y apoyos psicológicos y el ánimo de ayuda, como sucede ante los ojos del público, ello no tiene su causa, ciertamente, en la especial situación jurídica del ministerio público, sino en el dominio de la teoría de la retribución en la ciencia y en la práctica alemanas del Derecho penal, en general. Una administración de justicia que ve en la retribución su tarea primaria, debe —ya por eso— pasar por alto la construcción de una ejecución penal resocializadora y constructiva, y, también, atender escasamente los intereses preventivo especiales en la persecución penal y en la sentencia. Este defecto básico de nuestro Derecho penal también ha ensombrecido a veces el cargo de fiscal y contribuido mucho a la de la imagen cliché que, desde el comienzo, pesa en forma crítica desde la perspectiva de la idea de justicia. Con el avance del pensamiento resocializador, en los últimos años, algo se ha corregido en este ámbito. Pero si un Derecho penal moderno —que según creo se propone en el Proyecto Alternativo¹³— se impone definitivamente de una

¹³ *Alternativentwurf* = Proyecto Alternativo: el proyecto que desarrollaron un grupo de profesores y juristas alemanes de Derecho penal, que no fueron

vez y, asimismo, la reforma procesal penal queda detrás nuestro, la tarea del fiscal ganará también, aun en este punto, una dimensión enteramente nueva. Pues, en el debate del proceso penal futuro —por lo menos esto es lo que se deja entrever hasta ahora— será introducido un interlocutorio de culpabilidad; esto es, se llevará a cabo una bipartición del debate, de tal manera que, primeramente, sólo se examinará la cuestión especial de culpabilidad, y recién después de su afirmación, en una sección especial del juicio, serán debatidas las circunstancias personales del acusado esenciales para la mensuración de la pena, para el pronóstico y para la imposición de medidas de seguridad y corrección. En este segundo segmento del debate al fiscal le corresponderá una función desconocida hasta ahora en esta forma. No se tratará más, entonces, de la persecución y del esclarecimiento de la situación fáctica, sino de la adecuación preventiva especial y general de la reacción, en especial, de la selección de la sanción más idónea para una integración social del condenado. El fiscal tendrá que someter a discusión un programa de resocialización, trabajando juntamente con los asistentes sociales de los tribunales —también a establecer obligatoriamente para el Derecho penal de mayores, que deberían prestar el servicio de enlace correspondiente, como la policía en el primer tramo del procedimiento— que pueda servir al tribunal como base para su decisión. Él, por lo tanto, deberá ser por lo menos tan capacitado como criminólogo y terapeuta social, que como conocedor del Derecho penal material y formal. Pero, para ello, él tampoco será más sólo un custodio del Estado de Derecho, sino, simultáneamente, co-conformador de una administración de justicia penal propia de un Estado social, y, con ello, primer procurador de un Derecho penal resocializador,

llamados a integrar la Gran Comisión que redactó el Anteproyecto de CP de 1960 para la República Federal de Alemania, y decidieron desarrollar un modelo alternativo propio. Este Proyecto, que, en principio, se hizo cargo de la parte general de un nuevo CP, extendió su labor en contenido y en el tiempo: existe todavía hoy y desarrolla actividades, y ha abarcado tanto reformas del Derecho penal material, como del Derecho procesal penal. El autor está íntimamente unido a este grupo y es uno de sus integrantes más prominentes.

a determinar por la política criminal moderna. También las funciones del fiscal en la ejecución de la pena¹⁴ ganarían así un nuevo sentido.

V. Con esta reseña he llegado al final. La línea que he intentado trazar desde los lejanos orígenes del ministerio público hasta un futuro probable y próximo, debería mostrar que el ministerio público, como elemento portador de nuestra organización de justicia, no es una institución sin vida, que ha quedado de lastre, y, en todo caso, sólo merecedora de un festejo por sus cien años de existencia. Detrás de ella quedan cien años de contribuciones exitosas, que lo han legitimado como indispensable para el futuro. Empero, el tiempo de su realización todavía en todos los puntos con su función vinculada al Estado de Derecho y sus funciones político-sociales, que abarcan desde combatir el delito hasta la resocialización del delincuente, serán pronto todavía más completas que lo que han sido hasta ahora. Si se puede brindar con franqueza, no sólo por el pasado, sino también por el futuro de quien cumple años, ello es una razón para el júbilo. Tal razón existe hoy.

¹⁴ El texto dice "*Strafvollstreckung und Strafvollzug...*". Ambas expresiones reconocen en castellano una única traducción: ejecución penal. Desde el punto de vista del contenido descriptivo, la primera expresión se refiere tanto a los trámites procesales de la ejecución como a esta misma, cuando no tiene por objeto la ejecución de una pena privativa de libertad (multa, trabajo voluntario en una institución de beneficencia, etc.), mientras que *Strafvollzug* alude directamente al cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Maximiliano A. Rusconi

III. Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*

SUMARIO: 1. Planteo del problema. 2. La cuestión tal como ha sido planteada tradicionalmente. 3. La cuestión en la Constitución de la Provincia de Salta: el paradigma de la decisión constitucional. 4. La posición del proyecto de ley orgánica para la justicia penal y el ministerio público: un cambio de enfoque.

* Este trabajo fue publicado en *Doctrina Penal*, año 13, nº 99/52, ed. Depalma. No obstante su referencia al Anteproyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el ministerio público, elaborado en el ámbito de la Secretaría de Justicia en 1986, la actualidad de las cuestiones planteadas nos inclinaron a su publicación.

1. **Planteo del problema**

El tema que me ocupa se ha planteado generalmente en la doctrina bajo el título *Ubicación o situación institucional del ministerio público*. La discusión ha sido vasta en la literatura jurídica y las polémicas encendidas: empero, hoy en día ella aún no ha culminado (según lo demuestra el regreso recurrente al tema en certámenes científicos) y, además, muchos juristas pueden sentirse justificadamente insatisfechos con los aportes y logros de esta larga disputa. Esto es así, tanto en lo que respecta a la obtención de consenso como en la riqueza de los pocos argumentos expuestos en las controversias.

Es factible encontrar alguna explicación para las características de este debate si advertimos que, a menudo, largas controversias dogmáticas —en las cuales los juristas no logran consenso a pesar de denodados esfuerzos de reflexión en su búsqueda— se originan paradójicamente en cuestiones referentes al acuerdo sobre un lenguaje común. En muchos de los problemas que modernamente se plantea la ciencia, esta última cuestión determina y condiciona cualquier investigación, sobre todo en ramas científicas que no han desarrollado el uso de sus términos hasta la formalización (aquellas que usan lenguaje natural, sea más o menos técnico).

Quizás esto haya sucedido en las discusiones sobre el tema de nuestro estudio: el uso de terminología imprecisa, no definida o no definible, ha producido como efecto nocivo un enfoque de la cuestión no conveniente y, además, ha impedido escapar del conceptualismo y de las argumentaciones cerradas, culminando siempre en posiciones inconciliables.

La manera de formular la cuestión que se discute no es, sin embargo, ajena a la polémica sobre el problema de fondo,

esto es, la concepción de un sistema de relaciones adecuado del ministerio público con los demás poderes; justamente, determinar y unificar claramente el punto de disenso debe ser el primer paso de una búsqueda acertada de la racionalidad.

A pesar de estar adelantando ya, conscientemente, una parte de mi parecer sobre la cuestión —por lo menos en lo que respecta al método de análisis—, creo conveniente pasar previa y somera revista a las posiciones que ha elaborado la doctrina y, correlativamente, sus principales objeciones. Luego me propongo analizar, en particular, la cuestión en el texto constitucional de la provincia de Salta, concluyendo con algunas consideraciones sobre un posible cambio en la manera de plantear la cuestión: en este sentido analizaré la propuesta del Proyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el ministerio público.

Es preciso aclarar, a fin de evitar discusiones semánticas —aquí también—, que, en lo que respecta a este desarrollo del tema e independientemente de que el concepto de ministerio público pueda abarcar más o menos contenido, voy a referirme a él sólo como el órgano que el Estado establece a propósito de la persecución penal obligatoria, a partir de que se conoce la comisión de un injusto penal perseguible de oficio, según el precepto inquisitivo contenido en el art. 71 del Código Penal.

Una última advertencia antes de pasar al análisis del tema en particular: en el estudio de la función del ministerio público en el procedimiento penal se destacan, en verdad, dos nudos problemáticos. El primero de ellos se corresponde con el que aquí trataremos: el llamado problema de la situación institucional del ministerio público, o como aquí preferimos denominarlo: las relaciones del ministerio público con los órganos que, según la organización constitucional del poder, ejercen las funciones de su ejercicio. Y la segunda cuestión, de ningún modo desligada de la primera, a tal punto de significar la concreción de las atribuciones planificadas en ella, se refiere al señorío sobre la investigación preliminar; más claramente, la discusión acerca de si esta investigación la debe llevar a cabo el ministerio público o el juez de instrucción: citación directa o instrucción jurisdiccional.

No me pareció prudente omitir esta breve referencia, ya que, según creo, sólo un consenso sobre soluciones adecuadas a las dos cuestiones, y no estudios desligados, pueden llevar a la organización de un ministerio público con las cualidades esperadas.¹

2. La cuestión tal como ha sido planteada tradicionalmente

Los modos de entender la posición institucional del ministerio público dentro de la organización del poder que ha examinado la doctrina en este debate, pueden ser agrupados de la siguiente manera:

- a) Dependencia institucional del Poder Judicial.
- b) Dependencia institucional del Poder Ejecutivo.
- c) Dependencia institucional del Poder Legislativo.
- d) Independiente o como órgano extrapoder.

a) Dependencia institucional del Poder Judicial

La autoridad de esta posición ha sido fundada, generalmente, en la necesidad de encontrar una forma de organización que permita obtener la máxima independencia funcional del ministerio público, pudiéndole otorgar de esta manera el mayor grado de atribuciones en la investigación preliminar y la posibilidad de crear, así, condiciones más favorables de imparcialidad.

El objetivo quedaría claramente logrado al extender al órgano encargado de la persecución penal el encuadramiento político que le corresponde al Poder Judicial en un Estado de

¹ Incluso soluciones en uno y en otro ámbito deberían fundarse ambas en decisiones correctas en la teoría del Estado. Los lineamientos básicos de organización del poder reconocidos en la norma fundamental, según creo, justifican a estas decisiones en mayor medida de lo que muchos juristas advierten.

Derecho, de manera de poder contar con un resguardo sólido de legalidad y control de los demás poderes.

Aunque el mantenimiento de principios tales como independencia funcional, imparcialidad y legalidad, en la tarea que le corresponde al ministerio público en el proceso penal sea una formulación atrayente, quizá no tenga relación de necesidad, en la búsqueda de su implementación, con una posición del ministerio público dependiente totalmente del Poder Judicial. Inclusive, se podría dudar de que esa fórmula fuera conveniente para lograr los propósitos citados y hasta decir que es inconveniente para ello.

Como ejemplo de la primera afirmación basta pensar en la posibilidad de creación de un cuarto poder para residencia del ministerio público, de la forma en que esta cuestión está resuelta en la Constitución salteña, se concuerda con la idea o se la rechaza. Sobre el análisis de este último ejemplo luego nos ocuparemos detalladamente.

Con respecto a la segunda afirmación se podría explicar, como desarrollo mínimo, que, en principio, el hecho de que el ministerio público dependa del Poder Judicial, por ejemplo, en su cúpula, los jueces que integran la Corte Suprema o el Tribunal Superior, no lo hace *menos* dependiente, sino, antes bien, *dependiente* de una autoridad distinta de la tradicional: el Poder Ejecutivo.² Además, esta dependencia no garantiza por sí la imparcialidad del ministerio público, si no se crean los mecanismos concretos en el ejercicio de la actividad de investigación que procuren una *tarea persecutoria eficiente* y

² Ya que del mismo modo, todavía no ha quedado claro cuánto hay de cierto y cuánto de ficción en la formulación de la *independencia* de los jueces. Sería conveniente limitar la repetición acritica del *slogan*, atendiendo a que no es cierto que los jueces sean totalmente independientes en el juzgamiento de los casos sometidos a su decisión (si por independencia se entiende ser susceptible sólo a motivaciones jurídicas) y a que tampoco es cierto que los magistrados decidan personalmente *todos* los conflictos sociales que tramitan en sus juzgados.

Cfr., de todos modos, Cafferata Nores, "La investigación preparatoria", *Doctrina Penal*, 1987, p. 680. Ver también el desarrollo de esta cuestión en Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal argentino*, t. I, pp. 475 y ss., Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

esencialmente *ágil*. Por otro lado, es factible obtener una investigación preparatoria de estas características aun fuera de la organización del Poder Judicial. Pareciera, entonces, que la dependencia del ministerio público del Poder Judicial no es *necesaria* y tampoco *suficiente* para la organización de un ministerio público ligado con los principios de *independencia funcional, imparcialidad y legalidad*, tanto en la tarea de averiguación de la verdad y persecución penal, que le corresponde, como en el respeto de las garantías de la persona sometida a proceso.

Además, fuerza es reconocer que la legítima búsqueda del respeto del *principio acusatorio formal* en el procedimiento penal, o sea, aquel que reside en la descentralización de los órganos que intervienen en la realización estatal del derecho material y que deriva del Estado de Derecho,³ no se vería de ningún modo beneficiada si ministerio público y tribunal (Poder Judicial) no cumplieran de forma totalmente autónoma sus funciones.

³ El fundamento que legitima al *principio acusatorio formal* reside en el aseguramiento de una óptima defensa del imputado en el proceso. La asunción por parte del Estado del poder de perseguir penalmente, al lado de la más clásica función de decidir el conflicto social, impide que se utilice correctamente el concepto de "parte" y con ello la vigencia de un *principio acusatorio material*. Ver, en este sentido: Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, Córdoba, 1986, t. 1, p. 252; Baumann, *Derecho procesal penal*, traducción de la 3ª edición alemana por Conrado Finzi, Buenos Aires, 1986, p. 55; Maier, *La investigación penal preparatoria del ministerio público*, Buenos Aires, 1975, p. 17; *Derecho procesal penal argentino*, t. I, p. 545; Eberhard Schmidt califica al tema como un "seudo problema carente de importancia", pero sostiene que, en verdad, es impropio hablar, en el proceso penal, de "partes", ya sea material o formalmente, debido a que sólo se puede sostener tal calificación frente a titulares de derechos que frente al Estado defienden intereses pertenecientes al mismo plano de valor. En *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, traducción de José Manuel Núñez, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 71 y ss.

Sobre la misma cuestión, aunque con distinta argumentación, se ha expresado Karl-Heinz Gössel. Probablemente para este autor la división de los poderes encuentre en el ámbito mismo de la administración de justicia un lugar importante en la búsqueda de la supremacía de la justicia material, "así es comprensible que la teoría de la división de poderes se abra paso directamente en el procedimiento penal". *El ministerio público en el procedimiento penal*, trad. Annelies Krempf de Villanueva y Julio B. J. Maier, "Doctrina Penal", 1981, pp. 631 y ss.

De cualquier manera, tampoco se vería beneficiada —y por lo mismo— la indispensable libertad jurídica en el ejercicio del derecho de defensa del sometido a proceso.⁴ De todos modos, es muy probable que esta dependencia se constituya en un verdadero obstáculo, no sólo para la formulación y ejecución de una política de persecución coherente, eficiente, confiable y *permeable a criterios sociales*, sino para la agilidad y falta de formalismo en el ejercicio de la función de perseguir y, también, de averiguar la verdad material.⁵

Queda pendiente de reflexión en qué medida es posible reconocer algún otro efecto de la vigencia del principio constitucional de la división del poder. Me refiero a que el principio tiene en su base la tendencia a evitar el "autocontrol" en el ejercicio del poder, por lo que (ya en el proceso penal) no deberían quedar en manos del mismo órgano la actividad de investigación de la verdad material y el control de la forma en que se ejerce esta actividad, como sucede en la instrucción jurisdiccional. Si mi razonamiento fuera el correcto, la instrucción a cargo del ministerio público o citación directa encontraría un argumento de derecho positivo de indudable importancia.

⁴ Así, Baumann, ob. cit., pp. 48 y ss.

⁵ Vélez Mariconde, al contrario, se ha expresado en favor de una posición del ministerio público como la que se analiza. Para ello indaga en la naturaleza de la función que debe desarrollar este órgano en el procedimiento (según el judicial). Advierte este autor que si bien no desconoce la posibilidad de que órganos, v. gr., esencialmente administrativos, ejerzan funciones judiciales; una excepción de tal magnitud debería ser manifestada expresamente en el texto constitucional.

Esto debería ser de esta manera, pero sólo si al texto constitucional le ha correspondido la decisión (previa al nacimiento de la obligación formal de prever la excepción) del lugar que le corresponde en la organización del poder al ministerio público. Pero esto no ha sucedido en la Constitución Nacional, ella no ha tomado a su cargo la cuestión de la situación del ministerio público —si la ha tomado (por omisión en el art. 94 de la C.N) ha sido para no incluirlo en la organización judicial—. ¡Por tanto, no se hace necesario prever la excepción, ya que no se ha resuelto la regla!

Esto estaría manifestando más libertad (formal) en el poder constituido que la que parece atribuirle el autor citado, en lo que respecta a la solución legislativa de la cuestión.

A pesar de lo dicho, queda por discutir si es posible sostener que la función del ministerio público es *esencialmente judicial*, por lo menos esto no parece obvio. Cfr. Vélez Mariconde, ob. cit., pp. 248 y ss.

Claría Olmedo rechaza la posición que niega la judicialidad del ministerio público inspirada en los sistemas europeos, ya que (según su particular opinión) en éstos no existe la separación básica de los tres poderes del Estado. No parece certera la conclusión lógica de este razonamiento: que los sistemas de organización constitucional del poder que adoptan la clásica tripartición exijan a un

Esta posición, sin embargo, es mayoritaria en las constituciones provinciales nuevas, como las que rigen en las provincias de San Juan (art. 202), Santiago del Estero (art. 161), Jujuy (art. 157) y San Luis (art. 191). La Constitución de la Provincia de Córdoba, en cambio, organiza un ministerio público dependiente del Poder Judicial —como queda claramente expresado en el art. 1º de la ley orgánica del ministerio público fiscal—; pero, por medio de su art. 171, regula un grado importante de autonomía en sus funciones, a pesar de que también le alcanzan, en general, las críticas enunciadas.

b) *Dependencia institucional del Poder Ejecutivo*

Esta posición es la más tradicional de las conocidas;⁶ responde a una alternativa de cristalizar un sistema vertical en el órgano encargado de perseguir penalmente y, de este modo, busca el fortalecimiento de criterios considerados esenciales en su organización: *coherencia institucional, unidad, indivisibilidad del órgano y estructura jerárquica*.

Desde esta posición se entiende —al analizar el sistema constitucional del ejercicio del poder estatal— que la única manera de contar en el procedimiento penal con un ministerio público que tenga la permeabilidad social necesaria como para ser un instrumento útil de implementación de políticas sociales de cuyo contenido forma parte la persecución penal,⁷ consiste en atribuir el ministerio público al poder administrador, encargado de ejecutar las tareas que logren el bien común. Para ello tiene importancia fundamental que el órgano a crear sea lo suficientemente informal y flexible como para tener capacidad

ministerio público dependiente del Poder Judicial. Cfr. Clariá Olmedo, *Derecho procesal penal*, Córdoba, 1984, t. II, pp. 21 y ss.

⁶ Como ejemplo clásico se puede citar la organización del ministerio público francés.

⁷ Se ha relativizado esta función en la tarea que le corresponde al ministerio público. Ver, en este sentido: Clariá Olmedo, *Derecho procesal penal*, Córdoba, 1984, t. II, p. 21.

de asignar sus recursos humanos y materiales de manera inteligente según los casos que se le presentan, evitando, por una parte, la dispersión de esfuerzos, y concentrándolos, eventualmente, por la otra.⁸

En contra de estos argumentos se ha expuesto que el cúmulo de atribuciones que se le confiere al ministerio fiscal debe ser mínimo, pues la dependencia del Poder Ejecutivo, quien nombra y remueve a sus integrantes, y de quien debe obedecer instrucciones generales y particulares, impedirá una actuación independiente e imparcial.

Del mismo modo, la dependencia del ministerio público del Poder Ejecutivo no favorecerá el intento de *igualar la posición procesal y la disposición de recursos* con respecto al imputado, a lo largo del proceso.

Y no es deseable, por último, que el ministerio público se transforme en un implementador ciego de *cualquier* política de persecución criminal que del Poder Ejecutivo emane; empero, la única manera de evitar esta consecuencia pasa, seguramente, por la línea a crear un mecanismo que no signifique una subordinación total y que, además, lo vincule con los demás poderes.

Hasta aquí las dos posiciones principales y que han sido desarrolladas prácticamente en la legislación universal. Según se advierte, la primera privilegia la objetividad en el desempeño de la tarea propia del ministerio público, en pos de emparejar las "armas" con el imputado y sus chances defensivas,⁹ y la segunda prioriza la eficiencia de la tarea que él cumple, como forma de tornar efectivas las políticas sociales diseñadas por los demás poderes.¹⁰

⁸ Sobre la posición del ministerio público como dependiente del Poder Ejecutivo desde el punto de vista de la organización, se puede ver a Baumann (ob. cit., p. 166), aunque sostiene que (desde la ley de organización judicial alemana) funcionalmente es un órgano de la administración de justicia.

⁹ Sobre la relación entre la "tendencia del sistema a igualar las posibilidades entre el ministerio público y el imputado" y la "concepción misma del ministerio público", ver Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal argentino*, t. I, pp. 530 y ss.

¹⁰ Sin embargo, existe una marcada carencia de desarrollo en la ciencia jurídica de un plano de discusión: aquel que debe ocuparse de las consecuencias

c) *Dependencia del Poder Legislativo*

Esta posición no ha tenido gran acogida. Según ella, el ministerio público es designado por el Parlamento y ante él responde. En su favor se puede argumentar desde dos puntos de vista: en primer lugar, la intervención del Poder Legislativo tiene la característica, en cualquier función de gobierno, de legitimarse por sí misma¹¹ y, además, permite por este sistema el acceso —quizá más directo— de la ciudadanía al desarrollo ideológico-político de un programa de persecución criminal.

Se sostiene que no es conveniente complicar a un órgano que opera dentro de la administración de justicia, en la lucha política. Sin embargo, la objeción que con mayor fundamento se puede esbozar frente a una estructuración del ministerio público como dependiente del Poder Legislativo, consiste en la imposibilidad de garantizar, por la esencia eminentemente *deliberativa* de ese Poder del Estado, el establecimiento de un

posteriores a la decisión de la ubicación del ministerio público. Por ejemplo, si se decide organizar al ministerio público como dependiente del Poder Judicial, hay ciertos principios —por la misma esencia del Poder Judicial— que no deben regir la tarea del ministerio público (a pesar de lo deseable que sería que así lo hicieran) o, a la inversa, estos principios ser trasladados al diseño del Poder Judicial. En el primer supuesto —refiriéndonos, v. gr., al sistema de instrucciones (coherencia institucional, verticalidad)—, nos encontraríamos con falta de eficacia en la tarea que debe realizar el ministerio público en el procedimiento y, en el segundo caso, ante un sistema vertical en la organización judicial propio de los sistemas políticos autoritarios (sobre esta última cuestión, en el mismo sentido, Maier, *Derecho procesal penal argentino*, t. I, p. 478).

Acerca de esta última alternativa expresó Herman Heller: "El Estado totalitario de las dictaduras modernas... tiene que valerse no sólo de la administración, sino también de la justicia como instrumento inmediato de poder" (*Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, traducción de la 1ª ed. en alemán de Luis Tobío, p. 233, México, 1985).

Sirva este ejemplo sólo como una muestra de aquella carencia.

¹¹ No se puede desconocer la histórica primacía del poder que legisla sobre los demás; se ha dicho que éstos pertenecen sólo a órganos particulares, mientras que la legislación al cuerpo entero del Estado. En sentido similar, y por una revalorización del Poder Legislativo en los Estados modernos, se ha manifestado Bluntschli, *Derecho público universal*, Madrid, 1880, t. I, pp. 425 y ss.

criterio unitario y coherente en la formulación de políticas de persecución penal.

d) *Independiente o como órgano extrapoder*

El ministerio público, así concebido, es una institución que no depende de alguno de los tres poderes (o, mejor dicho, de órgano alguno que ejerza funciones administrativas, judiciales o legislativas) integrantes de la división tradicional recibida en el texto de nuestra Constitución Nacional. Se lo organiza entonces con autonomía suficiente, en el ejercicio de su tarea **requiriente**, como para considerarlo un verdadero cuarto poder.

Esta posición, en realidad, es sólo una manifestación —en la cuestión del diseño de la organización estatal sobre la administración de justicia— de la teoría de los órganos extrapoder “creados” al margen de la ley fundamental del Estado (Constitución). Por ello, lo que conviene es discutir, directamente, la validez de sus postulados, pues en verdad, aquí reside el punto neurálgico, no sólo de la controversia sobre esta última concepción, sino también de un adecuado entendimiento del problema que examinamos.

Esta categoría, más o menos común en la literatura jurídica que se ha ocupado de la teoría general del Estado, se basa en el agrupamiento conceptual de órganos que no encajarían en la clásica trinidad de Montesquieu, por lo cual se decide colocarlos al margen de ellos y con total independencia funcional. Se dan como ejemplos clásicos: el jefe del Estado, en los sistemas parlamentarios; los ministros en los sistemas presidencialistas, el tribunal de cuentas, etcétera.

Esta teoría, así formulada, no está a salvo de reparos. Nuestro texto constitucional, como muchos otros en el derecho comparado, al establecer y estructurar los órganos que ejercen las funciones legislativa, administrativa y judicial, crea al mismo tiempo un sistema por el cual intenta evitar que el otorgamiento de atribuciones a cada uno de los poderes, en su parte orgánica, deje a alguno de ellos en situación predominante sobre los otros dos. O, quizá mejor expresado, crea un sistema de balancea-

miento (frenos y contrapesos), que aun inclinado, en algún aspecto, en favor de uno de ellos,¹² resulta el paradigma positivo para la organización del Estado.

No sólo se busca, conforme a ello, la división del poder,¹³ sino, también, un equilibrio armónico entre los órganos que lo ejercen, aspecto que, por otra parte, favorece que la instrumentación de esta división auxilie y lleve a la práctica la idea política que le inspiró: *el aseguramiento del Estado Democrático de Derecho*.

Este sistema ha sido denominado, en la teoría constitucional, de *frenos y contrapesos*; no es otra cosa que un plan de recíprocas restricciones manifestado por medio de un sistema de relaciones de ida y vuelta entre cada uno de los poderes y los demás, a la manera de controles, intervenciones puntuales o, simplemente, coparticipación en el ejercicio de alguna función.

Por ejemplo: el control judicial de la constitucionalidad de las leyes limitado al análisis del caso concreto que se juzga, el acuerdo del Senado para el nombramiento de jueces, el juicio político, el derecho de veto del Poder Ejecutivo de las leyes sancionadas por el Parlamento, la autorización del presupuesto

¹² Por ejemplo, el reforzamiento de la autoridad del Poder Ejecutivo por la Constitución en casos excepcionales como cuando pelagra la paz pública o, en general, situación de emergencia o conmoción interior. En estos casos el Poder Ejecutivo se transforma en un gobierno despótico, asumiendo funciones de los tres poderes (art. 23, C.N.).

A pesar de que parece, por lo menos, indiscutible en nuestro país que el proceso histórico de configuración del sistema constitucional del poder se ha caracterizado por tener un Poder Ejecutivo "fortalecido", hay quien sostiene lo contrario. Así Jorge Müller, "Estructura y funciones del ministerio fiscal", *Doctrina Judicial*, año V, n° 37, agosto 1989, pp. 417 y ss.

¹³ Quizá sea más correcto hablar de división de competencia, y no de división de poderes. Esto sería de este modo, dado que la soberanía en sí es indivisible, sólo que para su ejercicio su titular —el pueblo— atribuye la competencia de su manifestación, según sus modos, a órganos individuales. Pero, contrariamente a lo que se piensa, la ideología de esta advertencia ha sido llevada más lejos —enérgicamente, Hobbes—, al punto de relativizar los alcances del principio, no llevándolo a sus últimas consecuencias, haciendo del órgano legislativo, "un órgano tal que en él vienen a unirse todos los demás poderes"; ver esta cuestión en Jellinek, *Teoría general del Estado*, trad. de la 2ª ed. alemana por Fernando de los Ríos, Buenos Aires, 1954, pp. 373 y ss.

nacional por el Poder Legislativo, el control jurisdiccional del proceso administrativo (fuero contencioso administrativo), el nombramiento de comités parlamentarios de investigación, etcétera.

Parece claro, entonces, que si se establece una manera de equilibrio con un sistema de este tipo, pensado sólo para tres órganos, no es posible, sin violar claramente la constitución política del Estado, establecer legislativamente un cuarto poder, rompiendo, sin lugar a dudas, la armonía del sistema tal como fue pensado por el Poder Constituyente; por lo que es posible culminar con la impresión de que no resulta razonable establecer un ministerio público federal organizado legislativamente como totalmente independiente o como órgano extrapoder.

3. La cuestión en la Constitución de la Provincia de Salta: el paradigma de la decisión constitucional

Según estimo, la Constitución de Salta soluciona la cuestión de una de las maneras posibles, desde el punto de vista del funcionamiento correcto del sistema de jerarquía de las normas;¹⁴ la base, en este sentido, es el art. 160 de la Constitución, que textualmente dice:

Autonomía funcional. En ejercicio de sus funciones el ministerio público es autónomo e independiente de los demás órganos del poder público.

Es claro así, desde el texto constitucional salteño, que él ubica al ministerio público de manera tal que no dependa de otro poder del Estado; en particular, de ninguno de los poderes tradicionales en el Estado republicano organizado según la idea del Estado de Derecho.

¹⁴ Tal y como está adoptado en forma clara en el art. 31 de la Constitución Nacional (por lo menos en lo que respecta a la supremacía de la ley fundamental del Estado).

Resuelve una cuestión referente a la organización constitucional del ejercicio del poder, de la única manera en que se puede hacer: en la misma Constitución. No es cuestión, sin embargo, de creer que, para el Estado republicano o para cualquier otra organización política respetuosa del Estado de Derecho, baste la sola aparición en la Constitución de un poder o, lo que es lo mismo, de un órgano extrapoder, para solucionar todos los problemas. Al contrario, si se crea un poder en la Constitución es imprescindible ocuparse materialmente de relacionarlo con los otros poderes, de establecer su posición frente a ellos, generando al mismo tiempo un sistema de equilibrio funcional *para todos* los órganos de poder por ella misma creados.

La única manera, entonces, de mantener este equilibrio es que la cuestión de los poderes creados y sus relaciones esté prevista en la parte orgánica del texto constitucional, aunque continuamente inspirados en ciertos principios de tinte republicano de la parte dogmática.

A salvo, entonces, esta organización del ministerio público —en la Constitución salteña— de la objeción formal referida a la validez jerárquica de su fuente, ella, a mi entender, no logra superar dos críticas provenientes, la primera, del análisis de la ideología cuya base es la división de la soberanía en funciones, y otra desde el intento por un mejor desempeño de la función que le corresponde al ministerio público en el proceso penal.

En el primer sentido, y a pesar de que un texto constitucional sería el adecuado para seccionar según el criterio constituyente las funciones del ejercicio del poder, no parece razonable abandonar la clásica tripartición de estas funciones en legislativa, judicial y ejecutiva, por lo menos sin argumentos sólidos, de los cuales, hasta ahora, se carece. Sobre todo si encontramos consenso en sostener que a una *distinción objetiva de funciones* —y sólo a ella— debe corresponder una *división subjetiva de los órganos*. Y esto, sin lugar a dudas, implica un límite material que no conviene ignorar.

Es posible decir, en esta línea argumental, con Joaquín V. González: “la división más conforme a la naturaleza de las cosas,

es la de tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La experiencia universal, bajo los principales sistemas políticos, ha sancionado la triple división como la más propia para el cumplimiento de los fines de todo gobierno y como la mejor manera de defender y garantizar contra las tentativas de la tiranía los derechos y libertades del hombre".¹⁵

Además, nuestra propia experiencia institucional nos demuestra que los peores conflictos ético-sociales que hemos sufrido, las violaciones más horribles de los derechos elementales, han sucedido en sistemas que formalmente, o sin esa formalidad, invadieron esta garantía republicana, corrompieron este dogma fundamental de la República y el Estado de Derecho.¹⁶

En el segundo de los sentidos pareciera que una ubicación del ministerio público, al margen de los demás poderes constitucionales, deja sin solución al problema de la vitalidad del ministerio público para cumplir su función típica y provoca aislamiento político-jurídico de las demás instituciones del país, perdiendo capacidad, incluso, para convertirse en un eficaz instrumento de implementación de políticas de persecución penal coherentes.

¹⁵ Joaquín V. González, *Manual de la Constitución argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1983.

¹⁶ Juan Bautista Alberdi ha sostenido, en este sentido, que según los varios modos en que puede ser ejercida la soberanía del pueblo, él la reparte en diferentes mandatarios: cuerpo legislativo, poder judicial y poder ejecutivo, e incluye al poder municipal, pero sólo para la defensa de ciertos intereses locales e inmediatos. Juan Bautista Alberdi, *Derecho público provincial argentino*, Buenos Aires, 1917, pp. 113 y ss.

Para un adecuado entendimiento del fundamento político de la división en tres clases de poderes en todo Estado, ver en Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, el clarificador capítulo VI, libro XI, Buenos Aires, 1984. Sin embargo, ha disentido Bluntschli en lo que respecta a la razón determinante de esa división. Sostiene que no reside en la mayor seguridad de la libertad civil (como piensa Montesquieu), sino en la especificidad de los órganos, lo que acercaría en mayor medida a su perfección. Y aclara este autor que la "separación de los poderes"—así entendida—disolvería la unidad y rompería el cuerpo social. Es necesario, pues (continúa), *unidad de soberanía y división de los órganos*. Bluntschli, ob. cit., p. 426.

4. La posición del proyecto de ley orgánica para la justicia penal y el ministerio público: un cambio de enfoque¹⁷

A esta altura, pues, pareciera que nos hallamos ante un problema sin solución, ya que, por un lado, sólo contamos con las cuatro opciones analizadas y, por el otro, ninguna de ellas satisface totalmente.

Al enfoque de la cuestión, así entendido, ha ayudado, sin lugar a dudas, un planteo inadecuado de qué cosa es lo que se quiere discutir, desarrollar y, por último, solucionar. En este sentido, el título "*dependencia institucional*" no ha servido para comprender una relación mucho más compleja que la que parece inferirse de ella. Esto es fácilmente verificable al imaginarnos lo incómodo que sería para cualquier jurista tratar de conceptualizar al ministerio público tal y como está diseñado en el proyecto de ley orgánica, usando las categorías tradicionales; evidentemente no le sería nada fácil, siempre encontraría algún fundamento para relativizar las formulaciones de cualquiera de las teorías expuestas.¹⁸

¹⁷ "Cuadernos de la Revista Doctrina Penal", Depalma, 1988.

¹⁸ Esta dificultad no ha sido ajena, en particular, a Jorge Müller, quien se ha visto en la incómoda situación descrita: "Se llega a crear así un sistema 'amorfo', creándose institucionalmente una figura 'híbrida', 'que no forma parte del Poder Judicial'... 'ni del Poder Ejecutivo', pero que se lo inviste de unos poderes que ni el presidente de la República tiene". No es posible sostener esto último sin desconocer la estructura propuesta. La falsedad de lo expuesto por el autor surge al analizar las dos dimensiones en que se manifiesta el "control" sobre el ministerio público: 1) en lo que respecta a la actividad de investigación preliminar en el proceso (procedimiento preparatorio); 2) en cuanto a las relaciones del ministerio público con los poderes constitucionales. En el primero de los aspectos los jueces controlan el ejercicio de ese poder (de investigación) en cuanto interesa a las garantías individuales y, justamente, pueden ejercer esta tarea eficazmente, al no tener que ocuparse, también, de la investigación (cfr. arts. 265, 266, 230, etc. del P.C.P.P.). Al segundo de los aspectos me refiero extensamente a lo largo de todo el trabajo. Cfr.: Müller, ob. cit.

Por eso no me explico cómo a Alejandro Carrió le parece "obvio" que la organización del ministerio público propuesta en el proyecto constituye una afirmación del modelo (por él llamado) "oficialista". Nada hay más "oficialista" —por así decirlo— que el autocontrol en el ejercicio de un poder, claramente aniquilado en esa propuesta. En otras palabras: no debe preocupar que el ministerio

En el análisis de esta propuesta pareciera que para abordar la cuestión, ayudaría formularla de distinta manera: lo que en verdad es objeto de nuestro examen son las *relaciones* del ministerio público con los demás poderes organizados constitucionalmente, y este cúmulo de relaciones es más complejo que la dependencia institucional o subordinación total a uno de los clásicos poderes, propuesta por las distintas posiciones.

Es preciso aclarar, en primer lugar, que la organización del ministerio según el proyecto de Ley Orgánica, invierte, claramente, el orden de los valores en juego, colocando el acento en el logro de principios que deben regir, indudablemente, la actividad de esta institución en el procedimiento penal. No es tan importante la ubicación institucional del ministerio público, como que en el desarrollo de los mecanismos que lo relacionan, quede en situación de capacidad potencial para cumplir adecuadamente la tarea que la ley le encomienda, básicamente la de perseguir penalmente y la de garantizar objetividad en esa tarea. Para ello es tan indispensable encontrar un mecanismo de relación con los poderes del Estado, como lograr que no quede totalmente subordinado a alguno de esos poderes.

Según se expresa claramente en la exposición de motivos, se busca un cuerpo judicial unificado, estructurado jerárquicamente, activo en la persecución penal y que utilice sus recursos humanos y materiales de manera adecuada a los casos que se le presentan,¹⁹ inspirado en los principios que lo caracterizan: legalidad, unidad, y subordinación jerárquica.

público sea un instrumentador de políticas de persecución penal estatal (eficacia), si el control de la aplicación de esas políticas al caso concreto corresponde a un órgano distinto. Además, el calificativo de oficialista para referirse, por ejemplo, al sistema de enjuiciamiento que nos rige, me parece no muy feliz, sobre todo porque puede llevar a confusiones. Algún observador podría pensar que cuanto más oficialista es un sistema de enjuiciamiento, más eficaz debe ser en la defensa de los intereses del Estado. Si nuestro observador comprobara cuán eficaz ha sido nuestro sistema de enjuiciamiento en la defensa de los intereses del Estado (por ejemplo, económicos) se llevaría, creo, una gran desilusión.

Cfr.: Alejandro Carrió, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Eudeba, Buenos Aires, 1990, pp. 122 y ss.

¹⁹ Esta necesidad es evidente en los tipos de delincuencia que generalmente ofrecen supuestos de alta complejidad, en donde el sistema de enjuiciamiento

En este sentido, la estructura y organización del ministerio público prevista en la L.O.J. se puede simplificar en una frase: un ministerio público ágil y eficiente, tanto en la persecución penal, como en el respeto de las garantías individuales, *no subordinado* a ningún poder constitucional totalmente, pero *relacionado* con todos como forma de introducirlo plenamente en la organización del poder.²⁰

Los puntos neurálgicos a partir de los cuales se debe explicar el diseño de esta forma de entender el lugar que le corresponde al ministerio público en la administración de justicia, son los siguientes:

1) La autonomía de gestión administrativa, financiera y disciplinaria.

2) La regulación del ingreso y promoción a la carrera fiscal por medio de un concurso de aspirantes, sin intervención del Poder Ejecutivo, que se corresponde con aquella autonomía.

3) La designación del jefe o director por conjunción de voluntades de dos poderes del Estado y su destitución, por el procedimiento para la remoción de autoridades constitucionales, a la manera de los jueces.

4) Un sistema de instrucciones que le concede coherencia institucional (unidad e indivisibilidad) y que no significa avasallamiento de las posibilidades críticas de los funcionarios inferiores en jerarquía, pues, al mismo tiempo, se instrumenta un sistema de control y revisión en caso de controversia sobre la legalidad de la orden que asegura suficiente debate y participación interna.

5) Por esta última problemática pasa, también, el tema de las relaciones del ministerio público con los tres poderes del

que nos rige muestra una ineficacia alarmante. La importancia de un ministerio público desburocratizado y ágil en relación con la delincuencia socioeconómica, ha sido puesta de manifiesto últimamente por Julio Maier: "Delincuencia socioeconómica y reforma procesal penal", publicado en *Doctrina Penal*, 1989, pp. 525 y ss.

²⁰ En sentido similar —aunque sólo en la formulación de esta cuestión—, ver Hurtado Pozo, *El ministerio público*, Lima, 1981, p. 26.

Estado. A pesar de que se permite que el Poder Ejecutivo, por intermedio del ministro de Justicia, dé instrucciones al ministerio público, se impide el manipuleo jurídico grosero de uno por el otro, mediante contrapesos que se anidan en los otros dos poderes del Estado.

Tres son los mecanismos principales para ello. En primer lugar, sólo se permite que la orden vaya dirigida al superior jerárquico del ministerio público —a su jefe—, quien, a su vez, es el máximo responsable político de él, con lo cual se prohíbe que el destinatario sea cualquier funcionario inferior, y se asegura de esta manera una capacidad de respuesta crítica a la orden.

Se faculta al jefe del ministerio público, en segundo término, para resistir la instrucción, tanto por razones de legalidad como por razones de oportunidad; en ese caso, la insistencia del Poder Ejecutivo concede competencia al Parlamento para resolver el conflicto, tornando obligatoria la instrucción o rechazándola como mandato.

En tercer lugar, en el caso concreto, son los jueces del Poder Judicial los que conceden virtualidad ejecutiva a los requerimientos en los cuales pueden consistir las instrucciones, según se apreciará en el próximo punto.

6) La relación de control jurisdiccional sobre decisiones del ministerio público —por ejemplo, en lo que respecta a la aplicación de criterios de oportunidad—,²¹ suspensión del proceso a prueba, sobreseimiento y archivo y, en general, sobre cuestiones que interesan a las ganancias individuales básicas en el desarrollo del procedimiento.

Estas líneas regulativas constituyen, a mi juicio, el lugar por donde debe pasar el estudio de la forma según la cual se

²¹ La discusión sobre la posibilidad de una flexibilización del principio de legalidad procesal, debería tomar en cuenta el lugar que le corresponde a la víctima en el proceso penal. Sin embargo, es preciso afirmar que la consideración de los intereses de la víctima no constituye, sin más, una objeción a la aplicación de criterios de oportunidad en la persecución penal, incluso, a veces, todo lo contrario. Ver esta cuestión en Hans Joachim Schneider, "La posición jurídica de la víctima del delito en el derecho y en el proceso penal", *Doctrina Penal*, 1989, pp. 307 y ss.

relaciona el ministerio público con los demás poderes. Ellas ponen de manifiesto la imposibilidad de explicitar íntegramente esa relación, desde una concepción unilateral como las que analizamos en un comienzo. Creo que las posiciones unilaterales analizadas hacen hincapié, casi absolutamente, en distinciones conceptuales, declamaciones "rimbombantes" pero poco permeables a obtener efectos prácticos, mientras que un sistema como el propuesto desea lograr los efectos prácticos pretendidos, con un complejo de pesos y contrapesos compatibles con un ministerio público que, a la vez, cumpla su tarea con *eficiencia y objetividad, sin dañar intereses individuales.*

Fabrizio O. Guariglia

IV. Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Principio de oportunidad e investigación fiscal preparatoria. 3. Dos modelos de oportunidad: como regla y como excepción. 4. Ponderación de ambos modelos. 5. Conclusiones.

* Publicado originalmente en *Doctrina Penal*, nº 49/52, Buenos Aires, 1990.
Las referencias al Proyecto de Código Procesal Penal (Pr. de CPP),
y al Proyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal Nacional (Pr. de L.O.J.)
corresponden al proyecto de reforma del sistema penal federal encarado
en 1986 (Proyecto Maier).
Las referencias al CPP nacional corresponden al viejo Código de Obarrio,
hoy derogado, aunque aún de aplicación para varios casos.

1. *Introducción*

La posibilidad de colocar en cabeza del ministerio público la tarea preparatoria para la promoción de la acción penal ha sido objeto de una intensa —y estéril— controversia. La necesidad de una etapa destinada a reunir los elementos útiles para justificar o no el juicio plenario (debate) no ha sido cuestionada;¹ el problema se plantea en torno de la cuestión de si se debe mantener, al menos como regla, la conducción de dicha etapa en manos del juez de la instrucción (instrucción jurisdiccional),² o si cabe, al contrario, reservar para el ministerio público la realización de la investigación preliminar, como lo hacen la mayoría de las legislaciones modernas.

La discusión arriba descrita responde a la existencia de dos modelos antagónicos de procedimiento penal: uno fuertemente influido por el sistema inquisitivo, en el cual se permite que sea un único órgano el que concentre las facultades de inquirir y juzgar —e incluso, en algunos supuestos, acusar, aunque esto no se admita expresamente—,³ y otro, donde en virtud del imperio del principio acusatorio, estas funciones aparecen claramente diferenciadas, quedando la actividad requirente “a

¹ Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. I, Córdoba, 1982, p. 384.

² Así sucede en nuestro ordenamiento procesal nacional donde la instrucción del sumario es tarea privativa del juez de la instrucción (CPP, arts. 195 y ss).

³ Es el caso del CPP, que permite la iniciación de oficio del sumario en violación del principio *ne procedat iudex ex officio*, al prescindirse de un requerimiento externo al juez para el inicio de la actividad jurisdiccional (Vélez Mariconde, ob. cit., p. 217).

cargo de un órgano distinto del juez, y con distintos poderes formales".⁴

La existencia de la investigación preparatoria a cargo del ministerio público sólo es posible en el marco de este último modelo, ya que surge como consecuencia necesaria de la adopción de la forma acusatoria: al separarse definitivamente la función requirente de la persona del juez, encomendándosela al ministerio público (órgano natural para ejercer la pretensión represiva), resulta claro que la tarea preliminar al eventual ejercicio de la acción penal debe quedar en manos del mismo órgano requirente.⁵

La decisión de adoptar uno u otro modelo no constituye, como se podrá advertir, una simple opción entre dos sistemas igualmente idóneos para cumplir con los fines del procedimiento penal: sólo el último de estos modelos resulta acorde con los principios constitucionales de juicio previo e inviolabilidad de la defensa en juicio consagrados por nuestra Constitución (CN, 18), al asegurar que el juez que decida el litigio se mantenga extraño al conflicto que le ha sido planteado.⁶

Según vemos, la necesidad de que la investigación preparatoria quede a cargo del ministerio público se infiere directa-

⁴ Maier, Julio B. J., *La investigación penal preparatoria del ministerio público*, Córdoba, 1975, pp. 20 y ss. (*La investigación...*).

⁵ Maier, *La investigación...*, p. 50.

⁶ Maier, *La investigación...*, p. 22. El CPP nacional brinda claros ejemplos acerca de cómo se pueden reducir los preceptos constitucionales a meras declaraciones de principios, mediante el establecimiento de normas directamente violatorias de aquéllos. Así sucede, v. gr., con la declaración indagatoria, disciplinada como medio de prueba, y no de defensa del imputado (CPP, arts. 236 y ss.), o con el carácter absolutamente secreto del sumario (art. 180), durante el cual el imputado carece de toda posibilidad defensiva real, con la evidente conculcación del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio que ello supone.

Esto significa que la opción que acabamos de describir no es tal, o mejor dicho, implica la admisión de una alternativa abiertamente contraria a las disposiciones constitucionales, con lo que la opción se reduce, en definitiva, a aceptar o negar el carácter imperativo de la Constitución Nacional. Trágicamente, ha sido esta última posibilidad la que ha prevalecido en la legislación nacional hasta el presente.

mente de su función requirente: como se ha señalado,⁷ resulta artificial que el fiscal deba acusar sobre la base de elementos probatorios que él no ha recogido, careciendo de toda posibilidad de selección con relación a ellos; igualmente inadmisibles es la inversión de roles imperante, pues "el fiscal, que debería investigar, sólo puede controlar lo que el juez investiga; y éste, que sólo debería controlar la investigación, la realiza personalmente".

A pesar de los fundamentos que hemos expuestos sucintamente, la investigación fiscal preparatoria ha sido adoptada únicamente por algunas legislaciones provinciales, y a modo de excepción a la instrucción jurisdiccional.⁸ El Pr. de CPP, en

⁷ Cafferata Nores, José I., "La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional", en *Symposium Internacional sobre la Transformación de la Justicia en la República Argentina*, t. I, Buenos Aires, 1989, p. 53-54.

⁸ Así sucede en los Códigos procesales de Córdoba y Mendoza, bajo el nombre de citación directa. A pesar de lo limitado de la admisión, se ha sostenido que la ampliación de facultades del ministerio público es posible en estas provincias en virtud de que éste se halla integrado al Poder Judicial (Vélez Mariconde, ob. cit., pp. 411-412). Según este razonamiento, sólo de este modo se podría garantizar la independencia e imparcialidad necesarias en el ministerio público para que sea posible encargarle la actividad preparatoria (Cafferata Nores, ob. cit., p. 57).

No es éste el lugar para intentar un análisis sobre un tema tan complejo como lo es el de la situación institucional del ministerio público. Con todo, debo manifestar que considero a la tesis arriba descrita como producto de un mito: el de la absoluta independencia del Poder Judicial. Nuestra trágica historia reciente, hasta el advenimiento de la democracia, nos muestra que aun la justicia en su conjunto puede ser sumamente permeable a las presiones del poder político, y aunque ello configurara una situación especial en un marco particularmente crítico, podemos ver que el simple hecho de que el ministerio público integre el Poder Judicial, por sí solo, no puede garantizar nada.

Por otra parte, aun con un ministerio público externo al Poder Judicial, la faz garantista del procedimiento penal se puede cumplir adecuadamente mediante un efectivo control jurisdiccional de los actos de aquél, y con mecanismos de control más complejos para otros aspectos que así lo requieran, como, por ejemplo, las instrucciones que puede recibir un integrante del ministerio público de su superior jerárquico (ver, al respecto, el completo sistema de control que establece el Pr. de L.O.J. en su título II, cap. 2).

Desde otra perspectiva, Gössel ha rechazado la inclusión del ministerio público en el Poder Judicial, por entender que ello significaría unir, como en el proceso inquisitivo, la iniciativa para la actividad de juzgar con la actividad

cambio, la adopta como regla (arts. 250 y ss.), sujetándola al control jurisdiccional.

El presente trabajo no pretende ahondar en la discusión acerca de la viabilidad de la investigación fiscal preparatoria —discusión que, a pesar de que la realidad marche en sentido opuesto, se debería considerar ya superada—, sino que pretende analizar un aspecto particular de la actividad del ministerio público: el de las facultades discrecionales que le otorgan algunas legislaciones, en virtud de las cuales éste puede desistir de instar la acción penal o hacerla cesar si ella hubiera sido iniciada, comprendidas en lo que se ha llamado *principio de oportunidad*. Particularmente, pretendo mostrar la necesidad urgente de incluir este principio en nuestro ordenamiento procesal y determinar cuál de los dos grandes modelos o sistemas de aplicación de criterios de oportunidad resulta preferible: aquel que consagra la oportunidad como regla (y que conduce, como veremos más adelante, a una discrecionalidad absoluta del ministerio público), vigente en los Estados Unidos de Norteamérica, o el que establece la oportunidad como excepción, en virtud del imperio del principio de legalidad (por oposición al anterior, éste supone una discrecionalidad limitada del ministerio público, dados los condicionamientos y controles que prevé el propio sistema), y que es el adoptado por la legislación procesal alemana, entre otras.⁹

Antes de adentrarnos en el estudio de estos sistemas, debemos precisar el significado de algunos de los conceptos que hemos utilizado, y cómo éstos se relacionan entre sí. A ello está destinada la segunda parte de este trabajo.

de juzgamiento misma (Karl-Heinz Gössel, "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*, año 4, n^{os} 13 a 16, Buenos Aires, 1981, p. 634).

⁹ La clasificación ha sido tomada de la obra de Julio Maier *Derecho procesal penal argentino*, 1b, Fundamentos, Buenos Aires, 1989, p. 556 (*Derecho procesal...*).

2. *Principio de oportunidad e investigación fiscal preparatoria*

El hecho de que la persecución penal pertenezca exclusivamente al Estado por imperio del interés público en la realización del derecho penal,¹⁰ ha derivado en que la promoción de la acción penal constituya un imperativo para el encargado de esta tarea (el ministerio público). En palabras de Schmidt, de los preceptos del derecho penal material nace no sólo una pretensión penal pública, sino que, a la par de ésta, surge el "deber absoluto de las autoridades estatales de realizar la persecución y el castigo de los culpables".¹¹

Este deber del ministerio público de promover la acción penal ante la comisión de un delito, y que implica, a su vez, la prohibición de suspenderla una vez iniciada, es conocido como *principio de legalidad*, el cual excluye toda discrecionalidad por parte de los órganos encargados de la persecución penal; estos órganos deben, entonces, cumplir a rajatabla con el deber impuesto en procura de una decisión judicial que solucione el caso planteado. En nuestro ordenamiento jurídico, este principio se infiere directamente del art. 71, CP, que dispone el inicio de oficio de todas las acciones penales.

En la práctica, el principio de legalidad se enfrenta a un obstáculo aparentemente insalvable: la imposibilidad fáctica de investigar y perseguir todos los casos que ingresan en el sistema. Este obstáculo obliga a la implementación de mecanismos de selección que permiten el funcionamiento del sistema, al menos en forma aparente. Cuando dichos mecanismos revisten carácter formal y operan en virtud de facultades expresa o tácitamente otorgadas al órgano encargado de la persecución penal, entonces nos hallamos frente al principio de oportunidad.

¹⁰ Maier, *Derecho procesal...*, p. 544. Como el mismo autor señala, constituye una excepción a este principio el hecho de que la persecución de determinados delitos quede en manos de los particulares (delitos de acción privada; CP, arts. 73 y ss.).

¹¹ Schmidt, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1957, p. 221.

El hecho de que no se admita la posibilidad de aplicación de criterios de oportunidad, como sucede en nuestro ordenamiento jurídico positivo, en nada afecta a la existencia de los mecanismos de selección; ellos funcionan siempre, dado que el sistema es incapaz de hacer frente al cúmulo de casos que a él ingresan; pero, al no existir control alguno, lo hacen en forma caótica, informal e irracional,¹² en manos de operadores ignotos, y sin que resulte posible conocer el criterio utilizado para realizar la selección.

Este proceso selectivo espontáneo, por llamarlo de algún modo, acentúa la concentración de la persecución penal en las capas sociales más bajas —dada la desprotección comparativa de estos sectores—,¹³ acaso por una necesidad del sistema de aparentar, al menos, un mínimo de eficiencia.

La tarea de formalización de estos mecanismos supone —en la apreciación de Zipf— un doble cometido: “canalizar jurídicamente la selección y excluir una selección irregular y deformante”.¹⁴

El principio de oportunidad permite, entonces, racionalizar la selectividad intrínseca del sistema penal, dejando fuera de éste aquellos hechos en donde aparezca como innecesaria la aplicación del poder punitivo del Estado; con ello, contribuye significativamente a la eficiencia real del sistema, al posibilitar, mediante la exclusión de los hechos de menor entidad, el adecuado tratamiento de aquellos casos que indudablemente requieren la efectiva intervención de la justicia penal.¹⁵

Ahora bien, la implementación de criterios de oportunidad sólo tiene sentido si la investigación preparatoria está a cargo

¹² Ver: Binder, Alberto M., “Ideas para una discusión sobre el fundamento de la reforma de la justicia criminal”, en *Revista Plural*, n° 12, Buenos Aires, 1987, p. 99, nota 8.

¹³ Este fenómeno ha sido minuciosamente descrito por la criminología, particularmente la teoría del *labelling approach* o teoría del “etiquetamiento”. Sobre el particular, ver Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Madrid, 1979, pp. 116 y ss.; Hassemer, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, Barcelona, 1984, pp. 81 y ss.

¹⁴ Ob. cit., p. 123.

¹⁵ Maier, *Derecho procesal...*, p. 558.

del ministerio público, ya que, dada su función requirente, es éste el que debe determinar cuándo resulta viable renunciar a la promoción de la acción penal o suspender su ejercicio, conforme al conocimiento adquirido durante la etapa preliminar, por más breve que ella sea;¹⁶ esto, por otra parte, le permitirá organizar racionalmente su tarea. Esto significa que si se prescinde de la investigación fiscal preparatoria, forzosamente se deberá renunciar a la posibilidad de canalizar debidamente la selección espontánea que opera en el seno de todo sistema judicial.

Queda claro, entonces, que la adopción del principio de oportunidad constituye el único medio idóneo para permitir no sólo un adecuado funcionamiento del sistema de enjuiciamiento penal en términos de eficiencia, sino también para evitar que la selectividad inherente a él derive en una aplicación irracional y desigual de la ley penal, y que este cambio sólo será posible en la medida en que se admita definitivamente la investigación preliminar a cargo del ministerio público.

Resta ahora determinar, *de lege ferenda*, qué modelo de aplicación del principio de oportunidad resulta preferible entre los imperantes en el derecho comparado.

3. Dos modelos de oportunidad: como regla y como excepción

a) *La oportunidad como regla.* El sistema de enjuiciamiento penal estadounidense desconoce por completo el principio de legalidad.¹⁷ En él, la oportunidad constituye la regla sobre la cual descansa todo el funcionamiento del sistema.

Las facultades discrecionales del ministerio público en este modelo son, en consecuencia, de una envergadura tal, que en

¹⁶ A ello no se opone el hecho de que pueda ser un órgano distinto (el juez) el que decida definitivamente acerca de la procedencia de la aplicación del principio de oportunidad en el caso concreto.

¹⁷ Maier, *Derecho procesal...*, p. 557.

la práctica es el fiscal quien domina por completo el procedimiento. Estas facultades no se limitan a la posibilidad de desistir libremente de la acusación (*prosecution*), sino que también cubren un amplio espectro de actos "intermedios", por así decirlo, como es la potestad del fiscal de plantear una reducción en los cargos sobre los cuales se ha basado la acusación o que constan en el sumario policial; inclusive, el ministerio público puede conferir inmunidad, en compensación por haber colaborado con el gobierno en la investigación.¹⁸

Paradójicamente, semejante concentración de poderes nunca le fue conferida expresamente al ministerio público, sino que proviene de un comportamiento tolerante de los tribunales y las legislaturas, basado, precisamente, en el mismo argumento en que se funda el principio de oportunidad: la necesidad de que, dada la cantidad de casos que ingresan en el sistema, el fiscal seleccione de entre ellos los que considera relevantes conforme al interés público.¹⁹

En el ejercicio de estas facultades el fiscal no se halla sujeto, prácticamente, a control alguno. Su decisión de no acusar, por ejemplo, es irrecurrible; el intento de una víctima de instar al ministerio público a ejercer la acción mediante el llamado *writ of mandamus*,²⁰ fue rechazado por la Corte Suprema, la cual sostuvo que la decisión sobre la pertinencia de la acusación estaba completamente sujeta a la discrecionalidad del fiscal.²¹

Un tema particularmente complejo es la práctica generalizada del *plea bargaining*, verdadera negociación de la acción

¹⁸ Goldstein, Abraham S., "La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos", en *Lecciones y Ensayos*, n° 49, Buenos Aires, 1988, p. 14.

¹⁹ Goldstein, ob. cit., p. 15.

²⁰ Orden librada por un tribunal competente a un oficial público a los efectos de que éste realice un acto que es su deber cumplir (nota de los traductores en Goldstein, ob. cit., p. 15).

²¹ Stark, James H., y Goldstein, Howard W., *The rights of crime-victims*, Nueva York, pp. 19 y ss.

Aparentemente la decisión de acusar está únicamente condicionada por factores externos, cómo pueden ser las presiones que la comunidad ejerza sobre el fiscal, el comportamiento policiaco, etc. (Cole, George F., "The decision to prosecute", en *Criminal justice: law and politics*, California, 1984, pp. 143 y ss.).

penal, mediante la cual el fiscal puede concertar con el imputado condiciones más favorables para este último (v. gr., una reducción en los cargos), a cambio de una declaración de culpabilidad (*guilty plea*). Quienes apoyan esta práctica sostienen que ella impide el congestionamiento de los tribunales, argumento que, sin embargo, ha sido seriamente cuestionado, incluso empíricamente.²²

El hecho de que el fiscal concentre semejante poder sin control alguno —o con uno meramente ritual²³—, ha originado un movimiento que pretende limitar sustancialmente sus facultades discrecionales. Es así que en la actualidad se pretende acentuar el efectivo control jurisdiccional de los actos del ministerio público, particularmente los pedidos de reducción de cargos, sobreseimiento o culpabilidad, al igual que conseguir una mayor participación de la víctima en el procedimiento.²⁴

²² En aquellos Estados en que se eliminó o restringió significativamente el ejercicio del *plea bargaining* (Alaska y California, principalmente), la esperada saturación de los tribunales nunca llegó a suceder —a pesar de que aumentó el número de juicios—, presumiblemente porque muchos imputados se declararon culpables a pesar de la ausencia de negociación alguna con el fiscal (Stark y Goldstein, ob. cit., p. 64).

Es interesante destacar que esta práctica se mantuvo formalmente prohibida hasta 1970, año en el cual la Corte Suprema se pronunció a favor de su admisión. Goldstein señala que hasta entonces coexistieron dos sistemas de justicia criminal: uno ficto, en el cual se suponía que no tenía lugar ninguna negociación, y el real, “en el que las negociaciones se adecuaban a lo que resultaba útil para los intereses de las partes —fiscal y acusado—, pero no necesariamente para el interés público” (ob. cit., p. 17).

²³ En la negociación que tiene lugar entre el fiscal y el imputado, una vez que éstos han llegado a un acuerdo, y éste implica una reducción en los cargos o que el imputado se declare culpable de un hecho menor al que motivó la acusación, entonces se lo debe someter a la consideración del tribunal, el cual puede aprobarlo o rechazarlo libremente; en la práctica, la aprobación está garantizada de antemano (Stark y Goldstein, ob. cit., p. 63).

²⁴ Los derechos de la víctima en el procedimiento penal estadounidense están particularmente desprotegidos ante la absoluta discrecionalidad del ministerio público y la ausencia de una figura equivalente a la del querellante en el derecho positivo. Es por ello que en la actualidad se busca la efectiva inclusión de la víctima en el procedimiento penal y aun en la eventual negociación entre el fiscal y el imputado. Algunos pasos ya han sido dados en este sentido por la acción de abogados vinculados con grupos de asistencia a víctimas de delitos (Stark y Goldstein, ob. cit., pp. 19 y ss., 62-64; Goldstein, ob. cit., pp. 21 y ss.).

Las objeciones que se han planteado a un sistema dominado exclusivamente por el ministerio público, y a su potestad de disponer libremente del ejercicio de la acción penal, han llegado a hablar de una justicia negociada, cuyo efecto principal, a criterio de la Comisión Presidencial del Delito, es que "ni el juez, ni el público, e inclusive a veces ni siquiera el imputado, pueden saber con certeza quién obtuvo qué, de quién, o a cambio de qué".²⁵

b) *La oportunidad como excepción.* Éste es el sistema adoptado por la Ordenanza Procesal Penal alemana, que consagra como regla al principio de legalidad (OPP, § 152, párrafo 2º), constituyendo la aplicación de criterios de oportunidad un supuesto de excepción a este principio general.²⁶ También siguen este modelo el Pr. de CPP y el CPPMI (Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica).

Este sistema presenta diferencias sustanciales con el que hemos estudiado precedentemente, en cuanto los poderes discrecionales del ministerio público se circunscriben a la posibilidad de renunciar a la persecución penal, no promoviendo la acción correspondiente, o desistiendo de su ejercicio, cuando esto le es permitido, si hubiera sido promovida; asimismo, las condiciones para la aplicación del principio de oportunidad se hallan taxativamente enumeradas en la ley, sea procesal o sustantiva²⁷ y, por regla general, su ejercicio está sujeto a la aprobación del tribunal.²⁸

²⁵ "Prosecution" (no figura autor), en *Criminal justice: law and politics*, p. 139.

²⁶ El incumplimiento del deber de legalidad está contemplado como delito en la legislación penal sustantiva (Julio B. J. Maier, *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, vol. II, Buenos Aires, 1982, p. 125).

²⁷ La OPP regula directamente los presupuestos de aplicación del principio de oportunidad (§ 153 a 154c). El Pr. de CPP, en cambio, se limita a admitir su aplicación, quedando librada a la ley sustantiva la tarea de establecer los supuestos de aplicación. Tal decisión se funda en que los criterios de oportunidad representan "soluciones normativas materiales para el ejercicio de la acción penal", aunque en algunos Estados la distribución jurídica de competencia legislativa establezca la facultad privativa del legislador procesal para la fijación de ellos" (CPPMI, nota del art. 230, p. 107, Buenos Aires, 1989).

²⁸ Sin embargo, la propia ley puede contener excepciones a esta regla: en la OPP el control jurisdiccional de las facultades discrecionales del ministerio

En síntesis, el modelo que acabamos de describir limita considerablemente las facultades discrecionales del ministerio público, al establecer la aplicación excepcional del principio de oportunidad, sobre la base de criterios expresamente determinados en la ley y sujetando su aplicación al control jurisdiccional.

4. *Ponderación de ambos modelos*

Las enormes posibilidades que puede abrir la inclusión de criterios de oportunidad en nuestro sistema procesal penal permitirán, si ella se hace efectiva algún día, avanzar hacia un modelo de administración de justicia más racional, eficiente e igualitario. En este sentido, la adopción del principio de oportunidad aparece como un primer paso necesario para el mejoramiento del sistema.²⁹

público asume distintas formas, y llega, incluso, a desaparecer en algunos casos. El tribunal competente debe brindar su consentimiento para el cierre del procedimiento en el supuesto del § 153, 2º párrafo (culpabilidad leve del infractor); si existe la posibilidad de prescindir de la pena (§153a), el tribunal debe autorizar, no ya el cierre del procedimiento, sino la pretensión del ministerio público de prescindir de la acción penal. En cambio, en el supuesto contemplado en el § 153c (prescindencia de persecución para hechos políticos), las facultades del ministerio público se ven sensiblemente aumentadas, ya que no se requiere la conformidad del tribunal para prescindir de la promoción de la acción: la ausencia de toda traba formal hace que en este caso la actuación del ministerio público se asemeje a la que realiza el fiscal en el modelo estadounidense.

²⁹ Empero, Zipf ha sostenido que, dada la magnitud de la selección dentro del procedimiento penal, el principio de oportunidad ya no resulta apto para canalizarla, y que, por tanto, las excepciones al principio de legalidad no pueden quedar libradas a los órganos de persecución penal, sino que ellas deben ser formuladas como impedimentos procesales generales (ob. cit., p. 125). Con todo, opino que resulta indudable que la adopción del principio de oportunidad mejorará ostensiblemente nuestro caótico sistema de enjuiciamiento penal. Si con ello aún no se logra contener y racionalizar su selectividad espontánea, siempre habrá posibilidad de intentar nuevos correctivos.

En este sentido el principio de oportunidad *debe* operar juntamente con otros medios materiales y procesales de encaminar la selectividad propia del sistema. Inteligentemente, el Pr. CPP regula un procedimiento abreviado, que

Cualquiera que sea el modelo de oportunidad que se elija, su implementación constituirá un avance respecto del sistema actual, ya que, por lo pronto, la selección quedará en manos de un único órgano jurídica y políticamente responsable del ejercicio de sus facultades, y no dispersa en distintas etapas como sucede hoy en día.³⁰

Sin embargo, este hecho solo no basta para lograr una medida canalización de la selectividad propia del sistema: es necesario también que la selección opere en forma transparente, racional e igualitaria. Si no se establecen mecanismos de control que garanticen fehacientemente que ello así suceda, se corre el riesgo de suplantar un proceso selectivo arbitrario, por otro, seguramente más claro, más "prolijo", si se quiere, pero igualmente arbitrario.

Por esta razón, considero que el modelo que permite la discrecionalidad absoluta del ministerio público no resulta acorde con los fines buscados mediante la instrumentación de criterios de oportunidad, en cuanto circunscribe la selección a un único órgano prácticamente omnipotente y exento de control alguno.³¹

La adopción del principio de oportunidad considerado como excepción y, como tal, sujeto a criterios normativamente determinados y a un adecuado control jurisdiccional constituye, entonces, el medio más idóneo para intentar la erradicación

llama "monitorio", como forma de aplicación de las varias oportunidades y criterios de selección, incluso la apertura hacia cierta negociación entre ministerio público y defensa, en los casos menores. Empero, además, es posible encauzar, por esta vía, cierta forma de selección que tiende a aumentar la calidad de la solución autoritaria frente al conflicto, *diversion*. Hoy la respuesta del sistema a una innumerable cantidad de casos es igual a la de Poncio Pilatos: lavarse las manos y dejar el caso sin solución. Por vía de la *suspensión del procedimiento a prueba*, por ej., se puede lograr que la solución reparatoria, o la terapéutica, o la meramente conciliatoria, reemplacen con ventaja procesal y material a la solución penal del caso, cuando aquéllas son aceptables y preferibles a esta última. El movimiento actual de auxilio a la víctima puede, también, encontrar aquí un mecanismo concreto.

³⁰ Ver, al respecto, Maier, *Derecho procesal...*, p. 553.

³¹ Por las mismas razones, tampoco parece aceptable la ampliación de facultades que prevé la OPP en el caso de hechos políticos (ver nota 28).

definitiva de la arbitrariedad que domina actualmente en los procesos de selección que operan dentro del sistema de enjuiciamiento penal.

5. Conclusiones

— La instrumentación del principio de oportunidad sólo será posible si se implementa, a su vez, la investigación preliminar a cargo del ministerio público, no ya como excepción a la instrucción jurisdiccional, sino como principio general.

— La adopción de criterios de oportunidad constituye uno de los mecanismos más aptos para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal, y que conduce a una aplicación irracional y poco igualitaria de la potestad punitiva del Estado.

— De los dos modelos de oportunidad resulta preferible aquel que establece la aplicación excepcional del principio de oportunidad, basada en criterios expresamente determinados por la legislación y sujeta a controles formales.³²

³² Entre la primera publicación de este trabajo y esta nueva fue sancionado un nuevo Código Procesal Penal de la Nación, sobre la base de un proyecto redactado por Ricardo Levene (h.). El nuevo CPP desconoce el principio de oportunidad, aunque admite —producto de las modificaciones posteriores al texto original— la suspensión del procedimiento a prueba (*diversion* o *probation* anticipada). Sin embargo, y por una inexplicable omisión de los redactores, es posible sostener que el CPP le otorga al ministerio público un *amplio poder de disposición sobre la acción penal*. Esto es así porque el Código no prevé control alguno frente a la pretensión fiscal de desestimar la denuncia, cuando se considere que el hecho denunciado no constituye delito, o que no se puede proceder (CPP, 180 y 181). Frente a esto, el juez no tiene otro camino que decretar la desestimación, y, en caso de desacuerdo con el criterio propugnado por el fiscal, confiar en que quien pretendió ser tenido por parte querellante —si es que existe, en el caso concreto—, recurra la medida (CPP, 180 *in fine*).

Esta laguna en el CPP podría ser solucionada mediante la aplicación analógica de las reglas previstas para el control de los requerimientos conclusivos del ministerio público (CPP, 348); éste era, a su vez, el tratamiento de la situación en el CPP de Córdoba de 1939 —aunque el control, en ambos casos, recaía en el superior jerárquico del fiscal. No es admisible, por el contrario, la solución propuesta por Darrithon —el juez puede comenzar la instrucción

prescindiendo del requerimiento fiscal— dado el imperio del *ne procedat iudex ex officio* (Cf. Darritchon, Luis, *Cómo es el nuevo Código Procesal Penal*, t. 1, Buenos Aires, 1992). Sobre la posibilidad de aplicar analógicamente reglas jurídicas a situaciones no comprendidas en ellas, pero similares, ver, entre otros, Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1963, pp. 96 y s.; Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal argentino*, t. 1a, Buenos Aires, 1989, p. 270.

Maximiliano A. Rusconi

V. División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Principio acusatorio formal, derecho de defensa y eficacia en la investigación. 3. División del poder en la organización constitucional: el paradigma del "no autocontrol". 4. Seccionamiento del ejercicio del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento.

* Publicado originalmente en *La Ley*, t. 1991-D, pp. 1130 y ss.

1. *Introducción*

No cabe duda que dentro del universo de problemas que agrupa el proceso de reforma del sistema de enjuiciamiento penal, es nitidamente neurálgica la decisión acerca del rol a cumplir por el ministerio público. A lo largo de la historia de la evolución de los modernos cambios en los sistemas de estructuración del poder penal del Estado e incluso, a través de un análisis sincrónico de las tendencias actuales, se demuestra lo poco aventurado de la afirmación: el ministerio público se encuentra siempre en un lugar de absoluta relevancia.

Ahora bien, quizá sea posible distinguir dos grandes líneas de discusión acerca del papel que debe desempeñar este organismo en el diseño del ejercicio del poder penal estatal. Por un lado, desde el punto de vista de la teoría general del Estado, la ubicación que debe tener en el esquema constitucional del poder. La ya clásica, como en cierto modo infructífera discusión acerca de la —mal— llamada dependencia del Poder Ejecutivo, Judicial, Legislativo, o la posibilidad de que nos encontremos frente a un “órgano extrapoder”.¹

Por el otro, y ya desde el diseño interno del sistema de enjuiciamiento penal, el análisis referido al señorío sobre la investigación preliminar o procedimiento preparatorio, o sea el parcial (sólo desde el punto de vista del ejercicio del poder que está en juego) antagonismo, instrucción a cargo del ministerio público o jurisdiccional.

¹ Sobre esta cuestión y en un intento de redefinición correcta del tema, ver Rusconi, Maximiliano A., “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público”, en este mismo libro.

Sin embargo, conviene aclarar que, a pesar de que las discusiones rezan de este modo (en uno u otro sentido), sólo a efectos de proponer algún orden más o menos arbitrario es que generalmente se ofrece este esquema, no debe creerse que la *realidad* del papel del ministerio público en el sistema de enjuiciamiento puede ser seccionada de este modo sin algún costo (posiblemente grande) en la visión global del problema.

En este trabajo voy a volver sobre el último enfoque, es decir, la cuestión de si se debe estructurar el procedimiento preparatorio teniendo como base una investigación realizada por el ministerio público con el control "garantista" del juez de instrucción, o, por el contrario, una instrucción claramente jurisdiccional. Para inclinarme en el primer sentido me basaré en parámetros ubicados en la teoría general del Estado, buscando reparar en la *capacidad de respuesta* a la cuestión, para decirlo con palabras de Claus Roxin, de este nivel normativo decisivo.

2. Principio acusatorio formal, derecho de defensa y eficacia en la investigación

Generalmente, la argumentación en favor de que el ministerio público cargue sobre sus espaldas el "señorío" de la investigación preliminar, una vez consolidada la oficialidad de la persecución —punto crucial de los sistemas inquisitivos—, estuvo vinculada a la vigencia del llamado principio acusatorio formal. Este principio procuraba un diseño procesal *a semejanza* de los procesos acusatorios puros, sobre todo, al exigir un impulso o iniciativa externa que el tribunal debe aguardar para proceder —*judex ne procedat ex officio*.²

² Ver, en este sentido, Maier, Julio B. J., *La investigación penal preparatoria del ministerio público. Instrucción sumaria o citación directa*, pp. 14 y ss., Lerner, Buenos Aires, 1975. También, Beling, Ernst, *Derecho procesal penal*, traducción de Miguel Fenech, p. 24, Barcelona, 1943, "El principio de investigación oficial con acusación formal se asemeja al principio acusatorio, de modo que, en ambos el tribunal debe esperar una súplica".

La "formalidad" del principio en los sistemas de enjuiciamiento mixtos, a diferencia de su vigencia "real" o "material" en los antiguos acusatorios, encontraba razón en que seguía siendo el Estado, a través de un órgano especial, el que producía el impulso externo; por lo que resultaba absolutamente relevante, en verdad, la división de órganos en la tarea de persecución penal.

Del mismo modo, esta concepción ha llevado al cuestionamiento del concepto de "parte", al ser el ministerio público un órgano estatal que no está enfrentado al imputado, sino, por el contrario, interesado en la correcta actuación de la ley penal (al igual que el tribunal, sólo que con dictámenes de distinto valor).³

Pero claro, como ya se lo ha afirmado varias veces, la vinculación entre situación del ministerio público y concreción del derecho de defensa en el proceso, es poco discutible. Es más, quizá en pos del aseguramiento de este derecho es que se ha reflexionado acerca del lugar que le corresponde al ministerio

³ Baumann, Jürgen, *Derecho Procesal Penal*, traducción de Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986; "Al proceso penal... no se lo puede llamar, por cierto, un proceso entre partes. El empleo de este concepto sería viable únicamente si existieran entre las partes del proceso los mismos deberes y los mismos derechos". Quitándole toda importancia a la cuestión, ver también, Schmidt, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, traducción de Núñez, José Manuel, pp. 70 y ss., E.B.A., Buenos Aires, 1957. Aunque luego reconoce, también, la imposibilidad de referirse al proceso penal como uno entre "partes", pero por razones, según él, de mayor peso, vinculadas a la misma estructura del proceso. Haciendo referencia a la StPO, también Gómez Colomer, Juan Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, p. 68, Bosch, Barcelona, 1985. "En efecto, sólo contemplando la posición jurídica del ministerio fiscal, puede observarse ya que no defiende un interés propio, es decir, que no solicita la aplicación de la ley haciendo valer un derecho propio: ni hay contradicción de intereses con el inculpado". No dice algo nuevo Lorca Navarrete, Antonio, en "Derecho procesal penal", pp. 53 y ss., Tecnos, Madrid, 1988, cuando sostiene, aparentemente en contra, que al ser —el sistema de enjuiciamiento español— "más acusatorio que mixto, el concepto de parte empleado en el proceso penal es oportuno y perfectamente correcto". Para, algunos párrafos más adelante, aclarar que "lo único que sucede es que dicho concepto de parte es *formal* y *formalmente* considerado la parte del procedimiento penal como sucede en cualquier otro procedimiento de otro tipo de orden jurisdiccional, puede no coincidir con su posible carácter material". Si este nuevo concepto de *parte* permite incluir la concepción de un ministerio público que no esté *de frente* al inculpado, entonces, decimos lo mismo.

público.⁴ A pesar de que, como se sabe, la *mixtura* mantuvo lo esencial del proceso inquisitivo al no desaparecer la oficialidad de la persecución, la separación de órganos y funciones en la etapa de investigación aseguró la objetividad del que decide, quien no estará ya comprometido con el éxito de la investigación, y en este sentido significó un ámbito adecuado para el desenvolvimiento del derecho de defensa. Sólo de este modo se consigue que quien afirma la hipótesis no tenga que resolver sobre ella.⁵ Asimismo, no pocas veces se ha reparado en que la división de órganos en la etapa de investigación preparatoria, como el carácter sólo requirente de los dictámenes del ministerio público frente a los ya decisorios del tribunal y la posibilidad, consustancial al diseño, de confrontar libremente con el acusador, por parte del imputado, es un método plausible de equiparar las armas en el proceso penal y con ello limitar el natural —y quizá en gran medida inevitable— predominio del ministerio público en el procedimiento preliminar.⁶

Modernamente se ha reflexionado también acerca de la necesaria adecuación de los sistemas de investigación a un tipo de delincuencia que presenta ribetes poco tradicionales e impacto social enorme, como la criminalidad económica. La traumática relación juez instructor-instrucción jurisdiccional, no permite un grado razonable de eficacia en la persecución de

⁴ Ver Baumann, Jürgen, *Derecho procesal penal*, p. 49, Depalma, Buenos Aires, 1986: "Esta división de los roles no impide tan sólo la parcialidad del juez, sino que, también, suprime la necesaria posición del objeto del acusado en el derecho procesal común. La circunstancia de que el acusado enfrente a alguien que se le opondrá (el ministerio público) da mayor libertad a su posición jurídica". También, Maier, Julio B. J., *La ordenanza procesal penal alemana*, p. 95, vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1978: "Interesa si destacar que la adopción del sistema acusatorio es meramente formal, para asegurar la viabilidad de la defensa del imputado".

⁵ Maier, Julio B. J., op. cit., 96.

⁶ "Es de dudar que en la práctica procesal alemana haya existido alguna vez un auténtico equilibrio entre la defensa y la acusación. De algún modo, a pesar de su posición teórica como funcionario del tribunal, el abogado particular nunca podría competir con el prestigio del fiscal, representante de la 'oficina más objetiva' del mundo, como se lo denominaba en el lenguaje oficial". Kirchheimer, Otto, *Justicia política*, p. 301, traducción al español de R. Quijano, 1ª ed., 1968.

este tipo de delito, por la misma rigidez, entre otras razones, del funcionamiento de esta estructura.⁷

Por estos caminos tradicionales ha transitado la defensa de la investigación preparatoria a cargo del ministerio público. Estas líneas argumentales deberían haber alcanzado para convencer a nuestro legislador de cuál es el camino correcto. Sin embargo, según creo, todavía existe una línea argumental apoyada en la vinculación entre sistema procesal y diseño estatal constitucional poco profundizada y de mayor grado de contundencia.^{8 y 8 bis.}

⁷ Ver Maier, Julio B. J., "Delincuencia socioeconómica y reforma procesal penal", p. 524, *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1989.

⁸ A pesar de que el tema merecería una seria reflexión, otra posible línea argumental está ligada a la posibilidad de que no se lleven bien la moderna tendencia a ampliar la participación de la víctima en el proceso penal y la carencia de un juez absolutamente imparcial durante la instrucción. La existencia del ministerio público, aunque con una participación menor, de un juez de instrucción que se autocontrola en su propia actividad de investigación y una presencia más activa de la víctima en el procedimiento penal, dejaría, sí, al imputado en una situación claramente desventajosa y contraria a la tendencia a la "igualación de armas" en el proceso. Esto es así incluso teniendo en cuenta la eventual importancia procesal del *in dubio pro reo*. Aunque va siendo hora de relativizar la trascendencia de este principio. En primer lugar, durante buena parte del proceso el principio es, justamente, el contrario; la presunción frente a la certeza comparte el lugar con la duda, adviértese cómo se solucionan con un conocimiento parcial, el dictado de la prisión preventiva y la decisión en el procedimiento intermedio del paso a la etapa de juicio. Ante esto se podría reclamar como lugar procesal por excelencia del *in dubio pro reo* el dictado de la sentencia. Pero el optimismo debería durar bien poco si se analiza que, en más de una categoría, la teoría del delito, por deficiencias científicas parcialmente insuperables, funciona también sobre la base del principio opuesto (acción, antijuricidad, culpabilidad). Cabría preguntarse entonces, ¿qué es lo que queda del *in dubio pro reo*? Ver, acerca de la relación "lugar de la víctima-situación del imputado", aunque sin una referencia expresa al problema aquí tratado, Maier, Julio B. J., *La víctima y el sistema penal*; ponencia presentada en el Congreso Regional sobre la Justicia Penal, p. 92, Guatemala, 1991, publicación de I.L.A.N.U.D.

^{8 bis.} Existe, incluso, otra argumentación posible y, por supuesto, favorecedora de la investigación a cargo del ministerio público. Ella reside en la preocupación por el resguardo del papel político-criminal de la oralidad del juicio: lamentablemente, entre nosotros todavía existen juristas, entre los que se encuentra Ricardo Levene (h.), que no han podido escapar del bautismo simplista de Mario Oderigo, cuando tituló al debate que lo tenía por poco feliz protagonista: "Tinta vs. Saliva". En realidad el simplismo fue parcial: el proceso escrito

3. División del poder en la organización constitucional: el paradigma del "no autocontrol"

Como no podía ser de otra manera, los distintos textos constitucionales a partir del siglo XVIII, de la mano del desarrollo de los Estados modernos, se han encontrado con que en definitiva ellos tenían que resolver, por sobre todo, el modo de encontrar una particular armonía entre la situación del individuo y de sus derechos frente al Estado y el ejercicio del poder soberano que detentaba tal institución. Quedaba absolutamente claro que, si no se reparaba en algún tipo de organización política a la manera de limitaciones en el ejercicio del poder estatal, no se podría lograr el ámbito de independencia en el individuo inherente al reconocimiento de la personalidad. Esta inquietud republicana desemboca en la idea de la división del ejercicio del poder en funciones (legislativa, judicial, ejecutiva). Pero, en realidad, no era suficiente con el mero seccionamiento del ejercicio del poder. Una praxis consecuente con el diseño requería que el texto fundamental se hiciera cargo de la vinculación material y el control entre cada organismo.

probablemente no se más que "tinta", pero es seguro que el juicio oral es mucho más que saliva.

Este simplismo ha llevado al redactor del C.P.P. nacional a creer que la oralidad del juicio se asegura ya con posibilitar que la gente *hable* en esta etapa. No se ha advertido que una instrucción jurisdiccional como la planteada en el Código llevará, sin duda, a un progresivo sino inmediato desprestigio del juicio. Esto es así ya que la participación del juez instructor *sobredimensiona* la importancia de la actividad preparatoria haciendo que se desplace el centro de gravedad probatorio; ya que ningún órgano estatal o privado tiende, por más ineficiente que sea, a repetir los *mismos* actos ante funcionarios de jerarquía similar (o por lo menos, ambos con poder *jurisdiccional*, que en definitiva es lo relevante). Por lo cual, la *oralidad* que además de "saliva" significa un buen instrumento para controlar la producción de la prueba (inmediación) se le ofrece a los sujetos procesales en el lugar procesal donde pocas veces se *produce* prueba. Que esto es así es verificable: el funcionamiento real del Código Procesal vigente en la República el Ecuador (instrucción jurisdiccional y "oralidad") es un buen ejemplo.

Sobre la infeliz fórmula del art. 196 del C.P.P. nacional ver el lúcido análisis de Fabricio Guariglia en este mismo volumen, "La investigación preliminar en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación: Instrucción jurisdiccional vs. investigación fiscal preparatoria".

Es así como este diseño posibilitó una alternativa de defensa y freno contra ese ejercicio, logrado a través de varios y multidireccionales controles entre cada órgano que se encargue de una sección del poder. Ya en Locke y Montesquieu se evidenciaba que todo poder naturalmente tiende a su conservación y potenciación, con lo que es factible que se desdibuje el límite con el *abuso* mismo.⁹ Por lo tanto, la idea residía en que sólo el poder puede frenar al poder. Este sistema, llamado de "frenos y contrapesos", se ha plasmado en las Constituciones modernas en relaciones concretas de mutuo control, por ejemplo: el control de la adecuación de las leyes al texto fundamental (de diverso alcance en derecho comparado), la aprobación del presupuesto a propuesta del Poder Ejecutivo, por el Poder Legislativo, el fuero contencioso administrativo, el derecho a veto por el Poder Ejecutivo de las leyes emanadas del legislativo, la facultad de indultar, la organización por ley de la administración de justicia, el grupo de cuestiones políticas no justiciables, el juicio político, la existencia de un tribunal de cuentas, etc.¹⁰ Repasando la idea central del sistema y algunos ejemplos de cómo se ha instalado en el constitucionalismo moderno, es posible sostener que en la base del diseño se encuentra "*la evitación del autocontrol en el ejercicio de una sección del poder*". Se pretende que quien ejerza un determinado poder no se controle él mismo, sino que el freno y equilibrio funcional provenga del enfrentamiento externo con otro. Sólo de este modo, se entiende, es posible garantizar límites nítidos al abuso y con ello los derechos fundamentales del ciudadano.

Esta idea del "no autocontrol" en el poder tiene, creo, mucha más riqueza que la que tradicionalmente se advierte en las

⁹ 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", *Doctrina Penal*, trad. de Annelies Krempf de Villanueva y Julio B. J. Maier, pp. 622 y ss.

¹⁰ Es preciso aclarar que no en todos los sistemas constitucionales en el derecho comparado estas formas de control se presentan del mismo modo y, en algunos, existen otras no enumeradas aquí, por lo que tómesese esta enunciación sólo en su carácter ejemplificativo.

elaboraciones jurídicas y mucha más aún, aquella que los procesalistas han podido observar. No se debe creer que este concepto es privativo de la organización constitucional del Estado, sólo porque en ella ha alcanzado el nivel de paradigma. En realidad, se puede adelantar que es el principio básico según el cual se soluciona, en el marco del estado de derecho, la antinomia eficiencia-garantías individuales y esto se presenta en el nivel normativo que sea, pero sobre todo, allí donde el Estado ejerce la mayor cuota de violencia: el proceso penal.

4. Seccionamiento del ejercicio del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento

No pocas veces se ha sostenido que el proceso penal de un Estado es un adecuado termómetro del contenido autoritario o democrático de su organización social. En primer lugar, es racional que lo sea si se repara en que el penal es el poder más impresionante que legítimamente el Estado puede ejercer, el de más alta cuota de violencia, y el que, por consiguiente, puede más fácilmente batallar los derechos individuales del ciudadano.

Si se coincide con que la concepción de los sistemas republicanos y también la idea central de la división del "poder", estuvo siempre destinada al reconocimiento de la garantía de libertad individual, es fácilmente observable cómo el proceso penal *debe* estar en consonancia con el sistema político constitucional, de otro modo es seguro que la función del texto constitucional, allí donde con más firmeza debe influir, sólo quedará relegada a una sistemática y ordenada expresión de deseos que el desarrollo institucional del Estado se encargará de remarcar su carácter utópico. No es lógico sostener, desde el texto constitucional, un sistema continuamente diseñado tomando en consideración las garantías ciudadanas frente al probable *abuso* en el ejercicio del poder estatal, si cuando se pretende "reglamentar" el uso de la violencia desde el Estado, se lo hace con "soluciones" absolutamente desvinculadas (y contrarias) al diseño republicano. Esta vinculación tremenda entre teoría del Estado y proceso penal, también es posible

reconocerla históricamente, y en esto, en verdad, hay poca controversia.¹¹

El antiguo proceso inquisitivo aparece claramente como expresión racional del absolutismo reinante: concentración absoluta del poder, adecuación perfecta y utilitaria del proceso al interés del Estado, degradación y objetivización del inculpa-do, etc.¹² Por el contrario, la irrupción del iluminismo y la consiguiente idea del sistema republicano, trajeron consigo el sistema de enjuiciamiento "mixto": reconocimiento de la personalidad, condicionamiento de los medios de obtención de la verdad histórica, persecución penal a cargo de un órgano estatal específico, etcétera.¹³

Es así como se ha podido afirmar que "si la historia del derecho procesal penal es, al propio tiempo, una parte esencial, la historia de la relación del ciudadano con el Estado, tal relación caracteriza también hoy la configuración del proceso penal".¹⁴ A lo que habría que agregar que el tipo de vinculación individuo-Estado se ve reflejado, indudablemente, en la forma de organización constitucional de poder. Pues bien, en el análisis del proceso penal, sobre todo en la etapa de procedimiento preparatorio, se descubre claramente un ámbito en el cual las opciones son sencillamente dos: se toma en cuenta, en la solución del antagonismo, "respeto a las garantías individuales-eficiencia de la persecución penal", el principio republicano de la división del poder, o se lo deja a un lado. En el primer caso se reglamentará el poder penal del Estado conforme a los criterios ideológicos del texto fundamental; en el segundo, se

¹¹ Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino*, t. 1 b; "...por estar más cerca del hombre y su realidad concreta, al tratarse de reglas jurídicas directamente dirigidas a la realización del poder penal del Estado, la correlación entre el sistema político imperante y el contenido del derecho procesal penal es aún más directa e inmediata que en cualquier otra rama jurídica, incluido el derecho penal material".

¹² Gössel, Karl-Heinz, *El defensor en el proceso penal*, Temis, Bogotá, 1989, traducción de R. Domínguez, p. 15. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. 1, p. 22, 3ª ed., Lerner, Córdoba.

¹³ Maier, op. cit., pp. 104 y ss.

¹⁴ Zipf, H., *Introducción a la política criminal*, p. 129, trad. Izquierdo Macías-Picavea, Edersa, Madrid, 1979.

consolidará una brecha cultural entre organización constitucional y proceso penal, que ya es enorme.

En el procedimiento penal moderno no es posible que en una sola persona (el juez de instrucción), recaiga el ejercicio del poder de persecución penal y, además, el control de ese ejercicio.

Es inevitable un costo en la actividad de investigación o en las garantías individuales del sometido a proceso. Pero, sobre todo, el respeto a las garantías es el que no puede, de ninguna manera, ser *eventual*. Es necesario que un órgano específico —se llame como se lo llame—, se encargue del ejercicio material de la tarea de investigación y otro, el juez, debe ocuparse sólo de que en esa actividad no se avasallen los derechos básicos del procesado.

Es inimaginable un efectivo autocontrol del ejercicio de un poder con tanto contenido de violencia. Y, sea como fuere, la mera *eventualidad* de que esto suceda incorrectamente es insoportable. En este sentido, no parece cierto que “la Constitución Nacional no ha decidido cuál debe ser el sistema de persecución penal... dejándolo librado al legislador común”.¹⁵

Al contrario, pareciera que la recepción, por el poder constituyente, del sistema republicano impone una precisa pauta para cualquier caso de ejercicio del poder, pero sobre todo el penal si se considera que el ejercicio del *ius puniendi* constituye claramente ejercicio de autoridad estatal. Esa pauta reside en la configuración de diseños que eviten el *autocontrol* y no

¹⁵ Maier, Julio B. J., *Exposición de Motivos al proyecto de Código Procesal Penal para la República Argentina*, aunque en el mismo lugar, luego se reconoce la relación con el sistema republicano. “Precisamente, porque es necesario rescatar el espíritu republicano inicial, es que muchas legislaciones dividieron las funciones judiciales del Estado, aun 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 del poder y, consecuentemente el poder de decisión”. En el mismo sentido puede verse la exposición de motivos al Código Procesal Penal, Modelo para Iberoamérica y el proyecto para la República de Guatemala.

En este trabajo se coincide con esto, sólo que se le otorga fuerza normativa vinculante. Teniendo en cuenta que el “*espíritu republicano*” descansa sobre un diseño de ejercicio del poder que debe ser trasladado en la reglamentación de ese ejercicio y no servir sólo como *recomendación* al legislador común.

puede ser obviada por el poder constituido. Fuera de ello es posible que exista un ámbito de libertad, pero en lo que se impone se define lo esencial del tipo de persecución penal.

La posición contraria, aquella que no ve, en este punto, relación alguna con el texto fundamental, se origina creo en un prejuicio: la idea de que sólo son vinculantes, para las normas de inferior jerarquía, los principios constitucionales de la parte dogmática y no los principios de organización. No puedo hacerme cargo ahora seriamente de esta cuestión, pero, en principio, no veo argumentos sólidos que me convenzan de esa limitación. Al contrario pareciera que las garantías de la parte dogmática del texto fundamental sólo encuentran viabilidad si se desarrollan dentro de sistemas en consonancia con el diseño constitucional.

Es interesante, en este sentido, reflexionar sobre la particular posición de Karl-Heinz Gössel. Este autor reconoce la estrecha vinculación entre organización estatal del poder y proceso penal. Sostiene que, sobre el lugar del ministerio público, "sólo se puede tomar posición comprendiendo el sentido de los principios básicos del procedimiento penal como parte de la conformación del Poder Estatal y teniendo en cuenta la organización de este poder".¹⁶ Y, por supuesto, describe enfáticamente el ingreso de la concepción republicana de organización del poder en el proceso penal, sobre todo el principio de división de poder. Reconoce la necesidad de destruir la concentración absoluta del poder del tribunal inquisitivo. Por un lado "el fallo del juez debe ser descargado del *prejuicio inevitable sobre la verdad objetiva de un hecho investigado por propia iniciativa*" y por el otro "el impulso judicial no debe ser sofocado por el pensamiento utilitario que posiblemente es esencial para la averiguación del comportamiento punible".¹⁷

Hasta aquí, el autor comparte la base racional necesaria para inclinarse por sostener la necesidad jurídica de la inves-

¹⁶ 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", *Doctrina Penal*, Depalma. Traducción de Annelies Krempf de Villanueva y Julio B. J. Maier, pp. 621 y ss.

¹⁷ Op. cit. La bastardilla no es del original.

tigación a cargo del ministerio público. Sin embargo, a la hora de definir las consecuencias de su posición teórica, según creo, se queda a mitad de camino. En lo que nos interesa el autor rechaza que la investigación debe estar a cargo del ministerio público: "El que el ministerio fiscal, además, investigue por cuenta propia —sostiene el autor—, es, claro está, algo que, en mi opinión, no se aviene del todo con el sistema".¹⁸

Sucede que a Gössel le alcanza con que el proceso penal haya sido distribuido en tres estadios (instrucción, acusación y enjuiciamiento propiamente dicho), junto con la vinculación del proceso penal a "la ley y la justicia material" o su contracara, o sea, la desvinculación del pensamiento utilitario reinante en el sistema inquisitivo.

A pesar de ser indiscutible el carácter valioso de esas metas logradas a través de la evolución del sistema de enjuiciamiento, creo que la introducción del espíritu republicano en el proceso penal no está lo suficientemente garantizada con esta mera exigencia. No tiene sentido exigir vehementemente que el "fallo" del juez esté descargado de los prejuicios originados en la investigación realizada por propia iniciativa, si luego nos preocupamos de que en la etapa fundamental de la investigación, toda la actividad decisional tenga ese vicio. Una aplicación consecuente del diseño republicano requiere que también allí se evite la parcialidad inherente a quien tiene que ser "guardián de sus propios actos".¹⁹

¹⁸ Gössel, Karl-Heinz. *El defensor en el proceso penal*, p. 22.

¹⁹ Maier, op. cit.

Marco L. Cerletti
Hernán L. Folgueiro

VI. Ministerio público en el nuevo Código Procesal de la Nación*

SUMARIO: **Parte I:** *Introducción al problema teórico.* 1. El problema de la relatividad del tema. 2. La dependencia funcional del ministerio público. 3. Concepción del ministerio público: ¿parte u órgano? 4. Introducción al ministerio público en el nuevo Código. **Parte II:** *Instrucción.* 1. Inicio de la instrucción. 2. Relaciones del ministerio público con la instrucción jurisdiccional. 3. Facultades instructorias del ministerio público. 4. El control del requerimiento fiscal: procedimiento intermedio. **Parte III:** *Debate.* 1. Planteo. 2. Normas que rigen la actuación del ministerio público. **Parte IV:** *Recursos.* Conclusión. *Bibliografía general consultada.*

* Este trabajo fue presentado originariamente como ponencia en el seminario "Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, y Nociones para la Determinación de la Pena", que se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el año 1992, que estuvo a cargo del Dr. Julio B. J. Maier, y luego reformulado para la presente edición.

"Aparece una figura totalmente nueva, que no tiene precedentes en el Derecho Romano: el procurador. Este curioso personaje que surge en Europa hacia el siglo XII se presentará como representante del soberano, del rey o del señor. Cada vez que hay un crimen, delito o pleito entre individuos, el procurador se hace presente en su condición de representante de un poder lesionado por el solo hecho de que ha habido delito o crimen. El procurador doblará a la víctima pues estará detrás de aquel que debería haber planteado la queja, diciendo: 'si es verdad que este hombre lesionó a este otro, yo, representante del soberano, puedo afirmar que el soberano, su poder, el orden que él dispensa, la ley que él estableció, fueron igualmente lesionados por este individuo. Así, yo también me coloco contra él'. De esta manera, el soberano, el poder político, vienen a doblar y, paulatinamente, a sustituir a la víctima. Este fenómeno, que es absolutamente nuevo, permitirá que el poder político se apodere de los procedimientos judiciales. El procurador, pues, se presenta como representante del soberano lesionado por el daño."

Michel Foucault*

* En *La verdad y las formas jurídicas*.

PARTE I

INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA TEÓRICO

“El estudio del ministerio público ofrece grandes dificultades en todas las naciones, cualquiera que sea su sistema político: la posición que institucionalmente adopte el ministerio público y la función que desarrolle en el procedimiento criminal.”¹

1. *El problema de la relatividad del tema*

La problemática del ministerio público se puede dividir en dos grandes campos: el terreno teórico y el terreno político.

Desde el punto de vista teórico es de fundamental importancia definir el modelo de proceso que se desea. El concepto del ministerio público es un efecto necesario de la concepción del proceso penal que se sostenga.

Por ello, hablar del ministerio público implica hablar ineludiblemente de los aspectos más polémicos de la teoría del proceso, aun cuando sea de modo tangencial.

Desde el punto de vista político, la posición del ministerio público en cuanto su dependencia, estructura, etc., resulta un tema especialmente álgido e inescindible de lo coyuntural.

La figura del ministerio público es el punto de contacto entre la teoría del proceso y la praxis política de un Estado. Por

¹ González-Cuellar García, Antonio, “El ministerio público: organización e investigación penal preparatoria” en *Hacia una nueva justicia penal*, t. I, p. 41.

lo tanto, está condicionada a la realidad en la que se desenvuelve.

2. *La dependencia funcional del ministerio público*

La vigencia de este problema es histórica. La primera intervención de los procuradores fue velar, de modo directo, por el interés del rey (el soberano); y con ellos nació la figura del ministerio público.² Pero muerto el rey, éste quedó huérfano hasta nuestros días. Muerto el soberano, ¿quién es el "soberano"?

Todo se ha dicho respecto de este punto, nada se ha concluido.³

Se dice que debe pertenecer al Poder Ejecutivo, porque administra directamente la política criminal del Estado, aunque se objeta que de ese modo se corre el riesgo de "anular" la institución mediante un férreo control.

Se dice que debe formar parte del Poder Judicial porque influye directamente en la administración de justicia, pero esto se cuestiona porque no se termina de aceptar que el ministerio público sea un sujeto "neutro" más del proceso.

Se dice que en realidad debe pertenecer al Poder Legislativo, porque materializa justamente la política legislativa, aunque ofrece problemas de ejecución, dada la diaria lucha partidaria de los parlamentos.

Y se dice que debe integrar un cuarto poder, por todas las características antes comentadas que tiende a englobar, aunque

² Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. I, pp. 241/243, 1982; Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, t. II, § 318, 1984; Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal argentino [DPPa]*, t. 1b, pp. 52 y ss., 1989, y *La investigación penal preparatoria del ministerio público. Instrucción sumaria o citación directa*, pp. 30 y ss., 1975.

³ Al respecto, ver extenso informe de Maximiliano Rusconi, en "División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público", en *La Ley*, t. 1991 D, p. 1130, y en "Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público", en *Doctrina Penal*, año 13, Depalma, año 1990, p. 259; textos publicados también en esta misma edición.

no se aclara como pueda sortear específicamente cada una de las objeciones anteriores.⁴

El Código nada dice al respecto, con lo cual debemos entender que el problema de la dependencia funcional se regula por una ley distinta a éste.

Ahora bien, la ley que organiza funcionalmente a la Justicia Penal, enumera todos sus órganos sin mencionar al ministerio público, pero finaliza con un: "los demás organismos que se establezca por la ley".⁵

Por ende, deberemos esperar a ver qué determina la futura Ley Orgánica del ministerio público. No tuvimos acceso al proyecto oficial que circulaba en el Parlamento, dado que en virtud de los cambios políticos por todos conocidos, no hay una certeza sobre el mismo; no obstante, respecto de él, afirmaba el ex ministro de Justicia, León Arslanián:

"Saca del área del PEN a los fiscales, los hace dependientes del procurador general de la Nación, quien va a tener acuerdo del Senado. Los fiscales conformarán un órgano componente de la administración de justicia, con autonomía funcional. Van a tener una estabilidad de la que no gozaron nunca. Sólo podrán ser removidos por justa causa y mediante un sumario, y su remoción deberá ser dispuesta por el procurador general, tendrán una instancia de revisión por avocamiento de la Corte. Es decir, se les dará un perfil institucional del que nunca gozaron. Y tampoco habrá instrucciones".⁶

No sabemos muy bien si éste es, específicamente, el contenido del proyecto oficial, ni otros detalles más; e incluso,

⁴ González-Cuellar García, op. cit., pp. 42/43; Cafferata Nores, José I., "La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional", en *Doctrina Penal*, t. 1987, pp. 679 y ss.; Jürgen Baumann, *Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 166 y ss.

⁵ Ley 24.050, art. 2º, inc. h). Sólo se menciona a la Corte Suprema, a la Cámara de Casación, Cámara de Apelación y Tribunales inferiores.

⁶ En declaraciones recogidas por Héctor Ruiz Núñez, en su artículo "La Justicia como botín de guerra", para la revista *Humor*, n° 324, septiembre de 1992.

tampoco estamos seguros de que finalmente sea este proyecto el que se apruebe.⁷

3. *Concepción del ministerio público: ¿parte u órgano?*

Podemos considerar al ministerio público como un órgano de administración de justicia⁸ o como una parte en el sentido de un proceso acusatorio. No cabe duda en que las soluciones que se deriven se relacionan claramente con el concepto de proceso que se adopte.

Modernamente se sostuvo que los intervinientes en el proceso penal no eran "partes" del mismo, en el sentido civil, sino sujetos procesales, ya que por un lado hallamos al aparato persecutorio del Estado, representado por el ministerio público y el tribunal, y por otro al acusado.⁹

⁷ Si es ésta la tendencia del proyecto que finalmente se aprueba como Ley Orgánica, aparentemente se adoptaría una posición judicialista atenuada, similar a la que anteriormente tomara la provincia de Córdoba, hasta la sanción de la ley provincial 7826 del 3 de octubre de 1989, con la cual se adoptó una posición fuertemente judicialista. Decimos atenuada, porque no se abandona totalmente la influencia del PEN, aunque parece limitársela a un grado ínfimo.

⁸ Vélez Mariconde, op. cit., pp. 248 y ss.; Clariá Olmedo, op. cit., t. II, pp. 20 y ss.; Jürgen Baumann, op. cit., p. 166.

⁹ Para arribar a este modelo de enjuiciamiento, el procedimiento penal ha sufrido un largo recorrido.

El sistema de acusación popular se inicia en el procedimiento ático, donde cualquier ciudadano se encontraba legitimado para impulsar un procedimiento de acción pública. Nos encontramos aquí ante un procedimiento netamente acusatorio.

Con el advenimiento de los Estados nacionales, el proceso penal sufre un cambio radical, por cierto influido por las prácticas inquisitorias. La acción ya no dependerá del "pueblo"; es el poder político quien llevará adelante la pretensión penal, y no reconocerá ningún tipo de límites para lograr sus objetivos (validez de la tortura, para extraer la confesión del imputado, secreto de las actuaciones, denuncias anónimas, etc.), es decir, el procesado se convierte en el objeto de dicho proceso.

De estos tipos de sistemas surge el denominado proceso inquisitivo reformado, que tiene como su principal inspirador al movimiento del liberalismo político de fines del siglo XVIII y principios del XIX. De esta manera, el Estado encuentra un freno a su sed de persecución: las garantías individuales,

En este sentido, los primeros tienen la misión de obtener la verdad de los hechos ocurridos, y el segundo lucha por la integridad de sus derechos personales.

"Las verdaderas partes —sostiene Schmidt—¹⁰ discuten ante un tribunal que resuelve la disputa, pero tienen la posibilidad de transar porque sus intereses se encuentran en un mismo plano de valor. Por otra parte —continúa diciendo— en el procedimiento de oficio, ministerio público y acusado desempeñan distintos roles desde un punto de vista simbólico. El primero tiene un sitio junto al tribunal; el segundo, en el banquillo de los acusados."

Tal desigualdad y divergencia de objetivos, impedía un tratamiento unitario de esos mismos sujetos, y traía aparejado un sistema procesal de concepción funcional, es decir, donde cada sujeto cumplía su función específica dentro de un objetivo mucho más amplio que superaba a todos (*salus publica suprema lex est*).

Como corolario de lo afirmado anteriormente, se desprende que más allá de esas facultades decisorias o requirentes en cada caso, la misión de ambas instituciones (juez y ministerio público) es la de, imparcialmente, llegar a la realización del derecho de fondo, mediante la averiguación de la verdad.

No cabe duda de que estos mismos fundamentos son los que dan sustento al sistema de participación procesal del nuevo Código.

Es cierto que el proceso de partes es incompatible con la concepción expuesta. La averiguación de la verdad material y la concentración de actividad estatal contra una persona pare-

principalmente emanadas del espíritu de la "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen". Aparece entonces, frente a la figura del Estado, la del ciudadano.

No obstante, el gran avance que significó en la historia esta etapa de la Humanidad, el "ciudadano" nunca recuperó el protagonismo necesario que exige el sistema republicano.

Sobre este punto: Maier, Julio B. J., *La investigación...*, pp. 13 y ss., DPPa, § 5, t. 1b; Vélez Mariconde, op. cit., t. I, cap. 2, pp. 25 y ss.

¹⁰ Schmidt, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, pp. 71 y ss.

cen ser obstáculos suficientes para un proceso acusatorio donde el ministerio público y el imputado se debatan ante un árbitro.

Por ello pensamos que cualquier cuestionamiento a la participación del ministerio público como está actualmente concebida, sólo es viable partiendo de la crítica a esos principios.¹¹

¹¹ El problema de las metas en el proceso penal (y también en las otras ramas del Derecho) es una cuestión que no ha sido puesta en duda modernamente: la gran mayoría de los autores tiende a ver a la "verdad real" como la guía o referente especial de todo proceso. Es decir, se busca a la verdad de los hechos ocurridos y que motivan la reacción del Estado.

Aun cuando se reconozca a este objetivo como complejo, o de realización limitada, no se lo ha dejado de tratar como centro de la finalidad procesal.

La base de todo proceso es verificar en el "caso" (hecho real) la concurrencia de un tipo penal, es decir, la adecuación de ese hecho real a una descripción genérica de lo que se considera una situación indeseada, prohibida por toda la sociedad.

En ese sentido, la verdad se "construye" en el proceso penal, porque todas las circunstancias del hecho, y que rodean al hecho, se observan desde un único punto de vista: la descripción del supuesto de hecho típico (presupuestos de reacción penal).

O sea, todo el análisis del hecho histórico está condicionado por un referente dado por un marco normativo que brinda una construcción previa del "modelo de realidad" (el tipo penal) que va a ser tenido en cuenta por los órganos procesales para actuar.

Así, sostenemos que en realidad no es la "verdad real" en sí lo que está actuando como fin o meta de un proceso, sino que lo es la verificación (falsación de la hipótesis de responsabilidad) de la imputación (en el sentido kelseniano) de una consecuencia jurídica a una persona por su adecuación a un "parámetro de realidad". Es decir, la imputación de una situación de hecho a una persona. En ese sentido, la "verdad real" es el único medio (no fin) válido para aceptar la "construcción" que el proceso penal realiza inevitablemente en su desarrollo.

En definitiva, sostenemos que lo que históricamente se definió como meta del proceso penal (la averiguación de la verdad material) es en realidad un medio para otorgar relevancia trascendente al verdadero objeto del mismo: la verificación de la imputación subyacente en la descripción normativa, el supuesto de hecho típico.

Es decir, la imputación de responsabilidad penal es una hipótesis que carece de valor sin la certeza (positiva) de su veracidad, pero es ella y no la verdad real la meta de todo proceso.

Se puede objetar, entre muchas otras, que esto es un simple juego de palabras sin consecuencias prácticas.

Pero si consideramos como ejemplo el problema de la posibilidad del juez de variar la calificación legal de los hechos ofrecida en una acusación al momento de la sentencia, encontramos que es sabido que el juez no puede fallar

A saber, en un procedimiento que tenga como objetivo la imputación de responsabilidad penal a alguna persona, es decir, la verificación de la existencia real de un supuesto de reacción penal (el tipo penal), la desigualdad objetiva de las partes intervinientes (acusador/acusado) no alteraría los frenos al poder persecutorio del Estado representados por un sistema de garantías individuales, que serían así afirmadas por la clara distinción de roles entre el requirente y el juzgador (ya sustancial y no meramente formal).

Creemos que así se estaría ante un planteo más garantista del procedimiento penal que apuntalaría la noción de un debido proceso.

Desde el punto de vista que adoptamos, no es cierto que la averiguación de la verdad (o la "Justicia") sea el fin exclusivo que persigue el ministerio público, sino que representa directamente un interés particular (sustraído por el Estado a los

sobre hechos distintos a los ofrecidos en una acusación, pero se discute en cambio si puede variar su calificación en la sentencia. Así, veremos dos soluciones distintas según el punto de partida:

— Si se parte de la concepción de la averiguación de la realidad de los hechos ocurridos como objeto del proceso, la postura que sostiene que si le es permitido al juez en la sentencia reformar la calificación legal que efectuara el ministerio público en base a los mismos hechos, sería lógica, coherente y razonable. Esto así, porque una vez alcanzada la meta (verdad material), la subsunción sólo constituye un problema de criterio.

— Si, en cambio, se ve a la imputación de una situación de hecho a una persona (responsabilidad penal) como meta del proceso, la prohibición de desviarse de los hechos imputados al acusado no sólo abarcaría la imposibilidad de variar en sentencia a esos hechos "ofrecidos", sino que también incluiría a la calificación legal de los mismos, por ser ésta justamente la meta, el motivo de su existencia.

Otra consecuencia palpable es la siguiente: desde el punto de partida que proponemos, la cesura del debate no sólo es deseable, sino inevitable. Una vez determinado el presupuesto de reacción penal (supuesto de hecho típico), todo lo atinente a la determinación de la pena y su ejecución poseen un referente distinto al que guió la primera parte del juicio: aquí no lo es el supuesto de hecho típico, sino una o varias teorías de la pena, concepciones político sociales, etcétera.

El problema de la verdad real (en todos sus aspectos y consecuencias) está exhaustivamente tratado por Julio B. J. Maier en *DPPa*, t. 1b, pp. 562 y ss.

particulares) en la imputación que busca construir sobre una conducta (sin que esto quiera significar "ciega persecución").

Por ello, si bien puede considerárselo "privilegiado", el ministerio público es parte en un proceso, y su función es y debe ser esencialmente distinta a la del juez, verdadero administrador de justicia. Sólo sincerándonos en este aspecto podemos comenzar a construir un verdadero proceso garantista, y no de otro modo, es decir, confundiendo peligrosamente dos actuaciones que son diferentes.¹²

4. *Introducción al ministerio público en el nuevo Código*

El rol específico del ministerio público, a diferencia de lo previsto en el Código de Obarrio, es el de detentar formalmente la acción pública, no obstante lo cual, por lo que se dirá después, su rol seguirá siendo secundario.

Esta afirmación puede ser hecha, en principio, por la claridad con que se presenta la cuestión en el art. 5º del nuevo CPP, de donde pareciera desprenderse que en la nueva normativa ese órgano es el exclusivo detentador de la acción penal.

¹² Respecto a las objeciones de Eberhard Schmidt, reconocemos que éstas son ciertas, aunque no creemos que la solución sea "disfrazar" al ministerio público de semi-juez.

Esto en realidad torna al Estado en un ente inquisidor, más que en un administrador de justicia; por cuanto sus dos sujetos (juez y ministerio público) persiguen una sola meta: la verdad.

Si en cambio juez y ministerio público dividen claramente sus roles, y reconocemos a uno como justo árbitro de la contienda, y al otro como parte, podremos ver al Estado cumpliendo correctamente con sus dos roles específicos, pero esencialmente distintos: el de administrar justicia y el de perseguir por los particulares. Ésta es la verdadera garantía que pensamos ayudará a fortalecer al "debido proceso" del que habla la Constitución Nacional.

Incluso, desde este punto de partida, también se puede comenzar a construir un proceso en el cual la víctima pueda recuperar el terreno perdido, ya que en muchos casos, esa representatividad forzosa que por su cuenta asumió el Estado y depositó en el ministerio público, sería ya innecesaria e, incluso, contraproducente.

Esto, por sí solo, debe ser considerado un progreso teórico, ya que por fin se llega al siempre deseado *ne procedat iudex ex officio*.¹³

No obstante ello, este progreso se vuelve muy relativo cuando comprobamos (como veremos más adelante) que esa característica de "parte" que comienza a adquirir el ministerio público se diluye en meras atribuciones facultativas.

Primeramente debemos decir que la concepción de instrucción que se maneja en el país, claramente jurisdiccional, no se alteró en absoluto con la reforma. El proceso es íntegramente jurisdiccional, y sólo se produce una mera división funcional, dentro de una misma misión: la averiguación de la verdad.

En segundo lugar, y casi como causa y consecuencia de lo primero, se plantea la conocida desconfianza, por cierto histórica, en el ministerio público, demostrada por las restricciones que sufre en su accionar, como luego plantearemos.¹⁴

Ello redundará en una difícil relación facilitada por los numerosos puntos de contacto entre juez y ministerio público provocados por la adopción de un sistema facultativo de instrucción jurisdiccional general, y "semiacusatoria" de excepción.

¹³ Opinión prácticamente unánime en la doctrina. Entre otros, confrontar: Clariá Olmedo, Jorge, op. cit., t. 2, p. 340; Maier, Julio B. J., *La investigación...*, p. 18; DPPa, t. 1b, p. 140; *La ordenanza Procesal penal alemana*, Depalma, 1982, t. II, p. 123; Vélez Mariconde, op. cit., t. I, p. 380; Baumann, Jürgen, op. cit., pp. 42 y ss.; Schmidt, Eberhard, op. cit., pp. 195 y ss.; Vázquez Rossi, Jorge E., *C.P.P. Nación*, Rubinzal-Culzoni, 1992, p. 16; Cafferata Nores, José, I., op. cit., p. 676, *Doctrina Penal*, año 10, t. 1987.

¹⁴ Maier, Julio B. J., *La investigación...*, p. 71; Vélez Mariconde, op. cit., pp. 412 y ss.; Cafferata Nores, José I., op. cit. Este autor, a lo largo del desarrollo de las atribuciones del ministerio público, descarta uno a uno los argumentos que fundan la desconfianza en él.

El problema básico parece residir, por un lado, en la herencia inquisitiva del proceso ibérico (que tendía a concentrar en el juez toda la carga del proceso), y por otro en su ubicación institucional cercana al Poder Ejecutivo (lo que hace dudar de su "imparcialidad a la hora de administrar justicia", amén de provocar roces jurídico-políticos).

Pensamos que a esta altura de la historia, el concepto inquisitivo del proceso debería ser una pieza de museo (la utilización del "debería" es totalmente intencional), y que la dependencia funcional del ministerio público no debería modificar sustancialmente su rol, ni su espacio esencial dentro del proceso.

En el nuevo Código el ministerio público no deja de ser un órgano de administración de justicia, y como tal, es definido como actor de excepción, y bajo ciertos controles simultáneos a su actuación, como más adelante trataremos.

La verdadera revolución se pretende plantear en el debate, ya que con la introducción de la oralidad se abandonan años de atraso y oscuridad en la materia. Es una tardía puesta en marcha de los principios republicanos en el sistema penal.

En esta senda, el ministerio público tomará, en el juicio propiamente dicho, su rol de acusador (natural en su figura), pretendiendo capturar el protagonismo sepultado en el proceso nacional, aunque con las salvedades que señalaremos.

En definitiva, el motivo por el cual la reforma fue llevada a cabo, es sin duda la oralización del debate. En este sentido, en parámetros relativos, esto significa un gran adelanto, pero sin duda este logro se encuentra absolutamente condicionado por lo actuado durante la instrucción, que constituye la parte más importante del proceso en la formulación del nuevo cuerpo normativo.

La reforma se centra en la oralidad y hace de ella su bandera. Es su causa y su razón de existir.

Esto, por un lado, resulta positivo y seduce, pero por otro, trajo el riesgo de no ahondar en otros aspectos tanto o más importantes; riesgo que, adelantamos, se consumó.¹⁵

¹⁵ En igual sentido, Fabricio O. Guariglia, "¿De qué reforma me hablan?"; Daniel Pastor, "Código Levene, ¿nacerá viejo y caduco?", ambos en *Revista No Hay Derecho*, año II, n° 6.

PARTE II

INSTRUCCIÓN

1. *Inicio de la instrucción*

1.1. **Planteo**

La instrucción se inicia por la promoción de oficio de la acción penal por parte del ministerio público, o por denuncia de particulares, funcionarios o por información o prevención de las autoridades policiales. A su vez, el mecanismo por el cual el proceso se pone en marcha varía conforme a la autoridad que reciba la denuncia.

Como principio rector, recordamos que la acción penal es ejercida sólo por el ministerio público.

En primer lugar, si el ministerio público recibe una denuncia, deberá notificar de ello al juez, pedir su desestimación, su remisión a otra jurisdicción; o dentro de las primeras 24 horas elevará el requerimiento de acción penal, y allí el juez deberá decidir si la misma prospera o no, y en qué condiciones.¹⁶

Si la denuncia es recibida por las fuerzas de seguridad, éstas deben notificar al juez y al fiscal, realizar las actuaciones preventivas bajo su dirección, y dentro de los 3 días remitirlas al juez actuante. Luego, el magistrado procede acorde a lo dispuesto por el art. 195 (instruye sumario o desestima).

¹⁶ Respecto de la posibilidad de instrucción a cargo del ministerio público, ver *infra* 2.

En los supuestos de denuncia ante el juez, o de denuncia ante la policía, en 24 horas aquél debe pasarla al ministerio público, quien también en 24 horas deberá formular el requerimiento, desestimarla o remitirla a otra jurisdicción (arts. 180, 1er. párr., y 188, 1er. párr.). Excepcionalmente, puede directamente hacer uso de las facultades del art. 196, 1er. párr., y remitir la denuncia al ministerio público, quien la desestimaré o remitirá a otra jurisdicción, o comenzará guiando la instrucción (art. 180, 2º párr.).

En caso de tener conocimiento de la comisión de un delito (*notitia criminis*), la acción debe ser promovida de oficio por el ministerio público, ya que aún rige el principio de legalidad en materia de persecución penal.¹⁷ En este caso, sólo rigen los arts. 196, 2º párr., y 188, dado que el 181 claramente establece los supuestos de denuncia ante el agente fiscal.

Ahora bien, ciñéndonos específicamente a lo dispuesto por el art. 196, 2º párr., cuando la acción penal se promueve de oficio por el ministerio público, no debe notificar al juez, sino que directamente realiza las medidas de investigación ineludibles, luego de lo cual y si corresponde, pedirá la declaración del imputado (requerimiento tácito), y en ese caso el juez decidirá si continúa el ministerio público o asume él mismo la instrucción. Sólo en ese último supuesto es claro que rige el plazo de 24 horas para formular el requerimiento (requerimiento expreso), acorde a los arts. 188, 2º párr., y 180, 1er. párrafo.

Esta interpretación se refuerza aún más con lo dispuesto en el art. 210, 2º párr., que prevé que una vez iniciada la acción de oficio por el ministerio público, o recibida por él una denuncia, procurará obtener todos los medios probatorios imprescindibles.

Es claro entonces que cuando el ministerio público actúa de oficio, lo que hace es reunir elementos que le sirvan para encarar con seriedad una futura instrucción, y si los encuentra, elevar un requerimiento. La genérica redacción del art. 196, 2º párr., en cuanto pone las mismas obligaciones (notificar,

¹⁷ Vigente, como se sabe en el art. 71 del CP.

medidas ineludibles, etc.) en el fiscal cuando recibe la denuncia de un tercero que cuando procede de oficio, debe ser interpretada sólo como un mandato para el caso de denuncia de tercero, por razones prácticas de sentido común.

Esto declara formalmente la facultad del ministerio público de realizar una instrucción preliminar. ¿Por qué? Porque sería absurdo que cuando el agente fiscal tenga una leve sospecha, deba, al iniciar la investigación, notificar de ello al juez, para luego enviar un escrito comunicándole que desestima su sospecha, porque era infundada.

De más está decir, por su obviedad, que el requerimiento por ejercicio de oficio de la acción pública del ministerio público no equivale en nada a la clásica denuncia a la que anteriormente estaba "condenado" el fiscal, dado que ahora *él* es el detentador de la acción pública y, por lo tanto, no "denuncia", sino que *requiere*, y conserva el control de ese proceso que virtualmente se inicia, a diferencia de lo que hoy sucede, es decir, que el fiscal denuncia, se remite a sorteo, y continúa actuando el fiscal que resulte estar de turno con el juzgado que sea desansiculado.¹⁸

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 195, si el juez está en desacuerdo con el requerimiento, lo rechazará, decisión que será apelable.

También por lo afirmado en el art. 195, la instrucción se inicia ante requerimiento fiscal o *prevención o información policial*, en cuyo caso, y respectivamente, se formula el requerimiento según lo normado por el art. 188, 1er. párr., o se presenta el informe prevencional en virtud a lo dispuesto por el art. 186.

Es de destacar que el art. 188 aclara que el ministerio público deberá formular el requerimiento fiscal aun cuando la denuncia se recibiere ante la policía. ¿Cómo interpretar esto?

¹⁸ Esto, pese a su abierta obviedad, no ha sido interpretado así en los primeros días de funcionamiento del CPP, y se ha persistido en el mecanismo de derivar un requerimiento *ex officio* a sorteo de la Secretaría General de la Cámara de Apelaciones. ¿El motivo? Es que "así lo dispone el Reglamento de Justicia de la Corte Suprema vigente hasta hoy" (*sic*); o que en definitiva, el fiscal actúa como "fiscal denunciante" (?).

Pues debemos entender que si la policía actúa preventionalmente (*ex officio*), esa actuación equivale ya a un requerimiento (art. 195, 1er. párr.); pero si sólo recibe una denuncia (acción de un tercero receptada por la policía), entonces se aplica lo dispuesto por el art. 188, 1er. párr. (formulación del requerimiento fiscal).¹⁹

1.2. Análisis

En lo que respecta a la iniciación del proceso por denuncia ante el agente fiscal, interpretamos lo que se extrae del juego de los arts. 180, 181 y 196, 2º párr., del nuevo CPP.

En realidad, el art. 181 es accesorio, por cuanto remite en primer lugar al art. 196, 2º párr., y luego al 180, artículos que no hablan específicamente de lo mismo, lo que dificulta su interpretación.

El art. 196, 2º párr., dispone que cuando el fiscal actúe de oficio o reciba una denuncia debe notificar al juez, realizar las

¹⁹ La interpretación brindada es principalmente literal, es decir, llevando al extremo la terminología del CPP.

Así, el art. 195 habla de requerimiento fiscal o "prevención o información policial", mientras que el 188, 1º párr., habla de la denuncia "ante el magistrado o la policía y las fuerzas de seguridad...".

No obstante, en los primeros pasos prácticos, la aplicación ha llevado a que siempre el ministerio público formule el requerimiento.

Independiente de lo anteriormente expuesto, de ser cierto lo que decimos, estaríamos ante un episodio lamentable. De la misma opinión, Luis Darritchon, *Cómo es el nuevo proceso penal*, t. 2, Abeledo-Perrot, 1992, p. 50.

En el debate posterior a la lectura de este trabajo como ponencia en el seminario a cargo del Dr. Julio B. J. Maier, otra posible interpretación en favor de la solución opuesta nos fue acercada por el Dr. Mario Magariños, consistente en: el art. 195 menciona a la prevención policial remitiéndose al art. 186. El art. 186 regula la formación de las actas de prevención, disponiendo que se notificará al juez y al agente fiscal según lo referido por el art. 176. El art. 176 especifica los contenidos de la denuncia, es decir, los requisitos que la misma debe poseer para ser considerada como tal, más allá de sus formas. Por ello, lo dispuesto por el art. 186 y la mención que el art. 195 hace, sólo llevan a sostener que la prevención policial es una forma de excitación de la acción penal del mismo valor que la denuncia ante juez o fiscal, y cómo ella debe ser tratada.

Reforzando esta opinión, ver la misión de las fuerzas de seguridad en el nuevo Código, nota 20.

medidas ineludibles de investigación, y luego de ello solicitarle al magistrado actuante la declaración del imputado. Posteriormente, éste decidirá si el ministerio público continúa en la investigación, o si la asume él mismo.

El art. 180 en realidad plantea el supuesto de denuncia ante el juez, y allí se especifica, en lo que ahora nos importa, que el ministerio público debe formular el requerimiento ante el juez, o pedir su desestimación o remisión, a fin de que el mismo decida luego de que aquél recibiera la denuncia.

Por ello, desde nuestro punto de vista, lo que en realidad pretende establecer el art. 181 es lo que arriba se comenta; es decir: el fiscal recibe una denuncia, notifica al juez, *y dentro de las 24 horas posteriores a la recepción*, realiza las medidas de investigación ineludibles, y eleva el requerimiento de acción penal (si lo considera delito).

¿Es distinto el caso si el ministerio público procede de oficio?

Se puede interpretar que sí, dado que en este caso es imposible para el fiscal, *ex ante*, determinar con precisión la seriedad de su sospecha. Por ello, si se acepta que el ministerio público proceda de oficio, como lo hace el nuevo CPP, implícitamente se reconoce que éste puede (diríamos, "debe") realizar una investigación preliminar previa a su requerimiento.

Y en realidad, la conclusión no es clara.

Por un lado, no es a tono con la filosofía del proyecto original del CPP que el ministerio público tenga autonomía para investigar, aunque más no sea de manera relativa. Por otro lado, todas las reformas que se produjeron en el proyecto estuvieron orientadas justamente a lograr una instrucción menos formal, y más directa a cargo del ministerio público. ¿Qué debe primar en este caso conflictivo?

Pero las "asperezas" internas no terminan aquí. En el supuesto de que el juez reciba una denuncia y aplicando lo dispuesto por los arts. 180, 2º párr., y 196, 1er. párr., la remita para que el agente fiscal "asuma la dirección de la investigación", y éste efectivamente así lo haga... ¿Cuándo empezó la instrucción? Más importante aún..., ¿quién la empezó?

El juez remite para que se asuma una investigación, cuando todavía no se ha formulado requerimiento alguno: ¿es meramente una forma de celeridad procesal o un paradójal inicio *ex officio* por parte del magistrado de una instrucción? Porque no queda claro quién es en este caso el que dice "instrúyase sumario" y quién el que expresa "formula requerimiento...".

Asimismo, no parece acertado lo dispuesto por el art. 195, en cuanto declara que la instrucción se inicia ante requerimiento fiscal o *prevención o información policial*. Si la acción pública pertenece sólo al ministerio público, ¿qué se supone que se insinúa con esta opción en el nuevo CPP? La policía: ¿es "órgano de administración de justicia"?, ¿es "una parte del proceso"?, ¿o es sólo un *instrumento* procesal o preliminar de la justicia?²⁰

En último lugar, tocaremos un ítem que, por su compleja naturaleza, e incierta regulación, expresamente omitimos mencionar: hasta el momento sólo tratamos los supuestos en los cuales una investigación efectivamente se iniciaba, aunque más no sea a través de un modo confuso. Pero puede haber otro caso de conflicto.

¿Qué sucede si el agente fiscal pide que se desestime la denuncia y el juez no está de acuerdo? Este aspecto no está expresamente regulado en ningún artículo del CPP. En realidad, el tema de la desestimación de la denuncia está apenas mencionado en el tercer párrafo del art. 180, y sólo en lo que respecta a las causas de desestimación. Es decir, pareciera que el nuevo CPP parte de la loable concepción (pero pocas veces

²⁰ Al respecto, relativo al rol de la policía, prevencional o judicial, se ha sostenido mucho, desde que debe responder al ministerio público, hasta que debe absorberlo, actuando en conjunto con él, pero jamás se vio con buenos ojos que actuara como "híbrido independiente". Al respecto, Baumann, op. cit., pp. 166 y ss.

El art. 183 del CPP dispone que las fuerzas de seguridad "... deberán ... reunir las pruebas para *dar base a la acusación...*", por lo cual resulta claro que su misión es la de apoyar la actividad del órgano que acusará, o sea, apoyar la actividad del ministerio público. En este sentido, parece más coherente que la policía dependa y actúe bajo las órdenes del ministerio público (y del juez sólo cuando éste lo requiera para un acto en especial), por una simple razón de coordinación en un movimiento orientado al mismo objetivo.

cierta) de que los órganos que participan del proceso penal están siempre de acuerdo.

A modo de ejemplo, el siguiente caso: decisión de un funcionario público de adquirir ciertos bienes para el Estado, es denunciado por malversación de caudales públicos e incumplimiento de los deberes a su cargo; el fiscal opina que se trata de una decisión puramente política ajena al derecho penal, el juez está convencido de que puede haber delito.

¿Podrá el juez iniciar directamente él la instrucción (quedando para el fiscal sólo apelar la decisión), aplicándose analógicamente lo dispuesto por el art. 348 para los desacuerdos entre el fiscal y el juez ante un sobreseimiento;²¹ o es forzoso para este último acatar la opinión del ministerio público (una especie de "desestimamiento por simple decreto")?

La primera opción es la que Luis Darritchon toma como válida.²² Nosotros opinamos que no es lógicamente aceptable, dado que si la acción pública pertenece al ministerio público (art. 5º, CPP), y los actos de la instrucción quedan acotados a su requerimiento (art. 195, CPP), no se puede luego depositar en el juez la facultad de ignorar la opinión del agente fiscal respecto de la iniciación o no del proceso ¿*Ne procedat iudex ex officio?*

Más plausible es la segunda, pero merece también ser criticada, ya que si un juez o jueces (Cámara de Apelaciones)

²¹ Ver *infra* 4.

²² Darritchon, Luis, *Cómo es el nuevo proceso penal*, t. 1, Abeledo-Perrot, 1992.

Para el autor, el dictamen del fiscal no es condicionante, sino que sólo sirve de referencia al juez, que de ningún modo está atado al mismo para iniciar la instrucción.

Apoya su opinión en que el proyecto original del Código preveía esa solución, por lo cual el vacío legal que ahora existe debe ser solucionado de ese modo.

Pensamos que justamente ese argumento es el mejor para rechazar la solución que propone: si el proyecto sufrió una reforma en ese aspecto, que luego fue aprobada, es ilógico adoptar el mismo criterio que ya fuera desvirtuado para resolver ese punto específico.

Por otro lado, es sumamente contradictoria esa solución si se observa lo prescripto por el art. 195 CPP, porque no es aceptable que si la instrucción se va a ceñir a los límites del requerimiento fiscal, lo haga sin el mismo.

eludieran la opinión del detentador exclusivo de la acción pública, y "ordenaran" instruir sumario, aunque más no sea de modo indirecto, forzando a otro agente fiscal a formular el requerimiento, estarían lisa y llanamente procediendo *ex officio*.

La solución que consideramos correcta, es decir, que el juez deba adoptar el criterio del ministerio público, tal vez traiga cierto desconcierto, y por otro lado es endeble en un aspecto: ¿quién controlará así las decisiones del agente fiscal?²³

Pensamos que lo lógico hubiera sido adoptar un sistema por el cual, ante el conflicto entre el juez y el agente fiscal, resolviera el fiscal de Cámara; es decir, que la solución fuera controlable y revisable, pero por el mismo ministerio público, detentador exclusivo de la acción penal (art. 5º, CPP).²⁴

2. Relaciones del ministerio público con la instrucción jurisdiccional

2.1. Planteo

El nuevo CPP no abandona el planteo jurisdiccional de la instrucción, es decir, y en principio, ésta sigue a cargo del juez.

²³ En el debate posterior a la lectura de este trabajo en el seminario a cargo del Dr. Julio B. J. Maier, el Dr. Eduardo Bertoní señaló respecto de esta opción que ciertamente era riesgosa, por cuanto si el juez estaba obligado sin recurso alguno a seguir al ministerio público, pues se corría el riesgo que, *ne bis in idem* mediante, podía generalizarse la "autodenuncia" como medio de eludir la investigación judicial. Se dice la autodenuncia entendida como la denuncia de un tercero sobre el hecho de una persona amiga, sin brindar elementos suficientes para el desarrollo de una instrucción; lo que llevaría la inmediata desestimación por el fiscal.

Esto nos obliga a preguntarnos: ¿debería la desestimación del ministerio público producir efectos para la inadmisibilidad de la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*, art. 1º del CPP), o sólo postergar el ejercicio de la acción penal? Y entonces, ¿debería reflejarse la desestimación del ministerio público necesariamente en un auto del juez (con carácter de cosa juzgada material)? Y contrariamente a esto: ¿corre riesgo la libertad y derechos del imputado antes del requerimiento fiscal?

²⁴ Ésta fue la solución que se dio en el anteproyecto de CPP de 1987, y es la que da el Código modelo para Iberoamérica en su art. 252.

El ministerio público sólo actúa ante vistas que el juez le otorgue, hasta el momento de formular el requerimiento de elevación a juicio, donde volverá a ser esencial su participación.

El desarrollo de la investigación instructoria sigue impregnada de una mentalidad inquisitiva, firmemente ligada a ver al proceso no como un mecanismo de imputación de responsabilidad penal, sino como el medio para averiguar la "verdad material", por lo cual el "señor de la instrucción" es una figura imparcial y sabia: el juez.²⁵

Esto provoca una distinción meramente formal de roles entre el ministerio público y el juez, es decir, reafirma el concepto de que tanto el ministerio público como el juez participan de la función estatal de administrar la justicia (unidad sustancial), dividiéndose los roles formales de requerir y decidir en el ministerio público y en el juez, respectivamente (división formal).²⁶

En este contexto, el ministerio público puede intervenir en todos los actos de la instrucción, y examinar en cualquier momento las actuaciones, mas sus apariciones no son sino a modo de sugerencias (art. 198).

Esto ha sido hasta ahora lo que sucedió con el Código de la ley 2372 (Código de Obarrio).

Si bien es cierto que la instrucción es guiada y conducida por el juez, existe una facultad otorgada a éste para invertir esta relación firmemente jurisdiccional.

Así, puede disponer que la dirección de la investigación quede a cargo del agente fiscal, en cuyo caso pasará a cumplir un rol de juez de garantías (art. 196, CPP).

Esta opción debe ser ejercida al momento mismo de la iniciación del proceso, según se extrae de los arts. 195 y 196 del nuevo cuerpo legal, siempre en base a su "criterioso" juicio (por lo menos, no surge otro criterio en el Código).²⁷

²⁵ Sobre el problema de la verdad como meta del proceso: ver nota nº 11.

²⁶ Ver sobre esto, Maier, Julio B. J., *La investigación...*, pp. 17 y ss.

²⁷ Decimos "criterioso", porque a diferencia de otros Códigos, como el de la provincia de Córdoba, aquí no hay ningún tipo de pautas regladas legalmente para condicionar la decisión del juez. Por esto, la práctica puede llevar a que

Por otro lado, según lo dispone el art. 214, el juez podrá reasumir la dirección de la instrucción en el momento en que lo desee, es decir, sin ningún tipo de condicionamientos a esta decisión; si así lo entiende, la asume (o mejor dicho, la reasume).

El último párrafo del art. 214 afirma que en este caso los actos realizados por el ministerio público son válidos, y que el juez procederá conforme a lo dispuesto en el art. 195. Cabe preguntarse a qué se refiere exactamente con esa remisión.

El art. 195 tiene dos párrafos; en el primero habla del inicio de la instrucción y los límites de su desarrollo ("... y se limitará a los hechos referidos en tales actos"), y en el segundo plantea el problema del desestimiento o archivo de las actuaciones si considera que no hay delito o no se puede proceder.

Queremos creer que el art. 214 está remitiendo al primer párrafo, y no al segundo, ya que sería sumamente irregular que el juez, por ejemplo, aceptase un requerimiento, delegase la dirección de la instrucción del sumario en el ministerio público, y luego reasumiera para "desestimar" el mismo inicio de la instrucción.

Debe entenderse, por lo tanto, que el juez puede reasumir la dirección de la instrucción, pero que no por ello podrá variar los hechos sobre los que gira la misma.

2.2. Análisis

Existen, al menos históricamente, dos maneras de arribar a un juicio (debate): la una, por medio de una previa investi-

este artículo se transforme en una regla, un "motivo de pacto" entre agente fiscal y juez para la distribución de la tarea judicial, o una verdadera excepción escasamente aplicada.

Es necesario en este punto hacer algunas salvedades. Como ya referimos anteriormente, la acción penal es iniciada por el ministerio público, con lo cual llegamos al tan mentado *ne procedat iudex ex officio*, pero más allá de ser esta máxima una bonita frase latina, encierra en sí todo un fundamento filosófico. Nuestra Constitución Nacional prevé en el art. 18 (de una manera implícita) que los jueces no deben tomar partido en los conflictos, otorgando así al sistema una de las más acertadas garantías.

La división formal de los roles que, a nuestro juicio, establece el presente Código, merma la sustanciación de la mencionada garantía.

gación sumaria, y la otra, por citación directa del imputado a juicio.²⁸

Nuestro Código sigue la primera, es decir que para llegar a un plenario es necesario primero la formación de sumario. Dentro de éste, el rol protagónico lo monopoliza el juez de la instrucción.

De esto se extraen dos conclusiones: en primer lugar, lo expuesto es un claro signo de la concepción jurisdiccional que se maneja de la instrucción en este país.

En segundo lugar, todo esto, observado globalmente, de nuevo nos hace dudar de la confianza puesta en el ministerio público por la nueva legislación.²⁹ No sólo actúa indirectamente (por vista o con el “permiso” del juez), sino que también lo hace condicionado (art. 214, CPP).

Esta doctrina, que es común especialmente en los países subdesarrollados, contiene un fuerte argumento de contenido político. En un sistema netamente concentrador de poder (v. gr. presidencialista como el nuestro), depositar la carga de la acción en un órgano dependiente del poder político significaría una desnaturalización de la administración de justicia.

Esto necesitaría de un sinceramiento ante su posición institucional, para que no se transforme al ministerio público en un arma de doble filo, pero claro que en nuestro país habría que preguntarse qué ocurre, también, con los jueces.

Al respecto: ¿hay algún fundamento racional que explique por qué se desconfía del ministerio público para llevar una instrucción, y en cambio nada se dice de las omnipotentes facultades depositadas en el juez de instrucción? ¿Varía el problema político por el hecho de que sea el juez el orientador de la instrucción? ¿O en realidad se agrava por ser la misma persona la que investiga y decide?³⁰

²⁸ Maier, Julio B. J., *La investigación...*, pp. 13 y ss.; Vélez Mariconde, op. cit., t. 1, cap. IX, pp. 369 y ss.; Clariá Olmedo, op. cit., t. 2, § 310/316.

²⁹ Sobre la desconfianza en el ministerio público, ver nota n° 14.

³⁰ Esto resume los grandes temas del ministerio público: su identidad institucional, su valor como órgano de administración de justicia, su carácter político, y su valor como ente autónomo del proceso.

Es evidente que aun así, la posibilidad de que el ministerio público pueda llevar adelante el desarrollo de la instrucción, resulta un progreso respecto del sistema anterior, y aun del proyecto original de Levene (h.). Pero no creemos que deba considerárselo un gran avance en parámetros relativos.

Decimos que en términos absolutos se puede considerar un adelanto, pero que en términos relativos no lo es tanto, porque dado que en nuestro país las reformas al proceso penal llevan un ritmo "algo lento", y son "un tanto" esporádicas, cada oportunidad desaprovechada refuerza aún más los "vicios" que uno pueda considerar en un proceso.

La esperanza se concentra pues, en que las facultades del art. 196 se apliquen con asiduidad, como para reforzar el paso que tímidamente se ha dado.

3. Facultades instructorias del ministerio público

3.1. Planteo

En el supuesto de que el juez haga uso de la facultad que le otorga el art. 196 del CPP, ¿cuáles serán las facultades del ministerio público para actuar en la dirección de la instrucción?

Hay dos normas específicas que tratan el tema: el art. 212 y el 213. El primero, define las "facultades" del ministerio público en la instrucción a su cargo; el segundo señala los actos que el agente fiscal tiene prohibidos por ser exclusivos del juez.

El ministerio público *puede*, claramente (art. 212), citar testigos, requerir informes, solicitar el auxilio de las fuerzas de seguridad para cumplir con sus actos, e inspeccionar lugares y cosas con la debida orden de allanamiento.

El ministerio público *no puede* (art. 213) realizar los siguientes actos:

Analizar estos problemas en profundidad, excede holgadamente a nuestras pretensiones, dada la brevedad del trabajo.

- receptar la declaración del imputado;
 - disponer medidas restrictivas de la libertad;
 - efectuar los actos irreproducibles y definitivos;
 - disponer el archivo o la suspensión de las actuaciones,
- y el sobreseimiento del imputado;
- efectuar todo acto exclusivo del juez o de otro órgano judicial (afirmado también en el art. 210, 1er. párr.).

Como bien señala Darritchon,³¹ queda una amplia zona gris entre lo dispuesto por ambos artículos. ¿Qué sucede con ella?

Es decir, y a modo de ejemplo: ¿puede el ministerio público realizar careos u ordenar pericias?

Dos son las soluciones posibles: o bien el ministerio público sólo puede hacer lo que dispone el art. 212, o bien sólo le es prohibido lo que figura en el art. 213.

Adelantamos que compartimos la segunda interpretación.³²

En la instrucción en sí, el ministerio público debe garantizar al imputado su derecho de defensa, y proveerlo de defensor oficial si no tiene uno propio (art. 211).

Como es él quien dirige el desarrollo de sumario, las partes (léanse defensa y querellante) deben sugerirle las medidas que consideren pertinentes. Si el ministerio público lo considera útil, lo hace, y si no, lo ignora. ¿Control?: ninguno que esté expresamente legislado en el CPP.

Por lo demás, los fines de la instrucción (reunir elementos que justifiquen la elevación a juicio de una persona acusada por un delito) no varían. Tampoco el hecho de que sea el ministerio público y no el juez el que instruye, hace variar el mecanismo previsto para la resolución de los conflictos que puedan suceder entre ambos respecto de la elevación a juicio o sobreseimiento (arts. 215, 348 y 339 del CPP).

3.2. Análisis

Coincidentemente con lo que sostiene Darritchon,³³ consideramos que el ministerio público puede realizar todas las

³¹ Darritchon, Luis, op. cit.

³² Ver *infra*, 3.2. Análisis.

³³ Darritchon, Luis, op. cit.

medidas de prueba que considere pertinentes, excepto aquellas que el art. 213 le impide.

Si lo dispuesto por el art. 196 es una opción para acercarnos a un proceso de tipo más acusatorio, y por otro lado, desregular y desformalizar un poco el sumario, es coherente que la enumeración del art. 212 sea sólo enunciativa, y que la verdadera limitación esté especificada por el art. 213.

Por otro lado, lo vedado por el art. 213 es lo suficientemente claro como para no poner en juego las garantías de ninguna persona. Incluso su último inciso refuerza esta idea cuando expresa que se debe pedir autorización al juez para efectuar todo acto no comprendido en el art. 212, *pero que el CPP sólo faculte al juez*.

En efecto, es lógico que las medidas restrictivas de la libertad y los actos irreproducibles sean propios del juez, ya que en sí son inherentes a su deber de órgano contralor de la vigencia de las garantías individuales.

Las otras dos actividades, en realidad dependen del concepto de proceso que se maneje.

Si el proceso es un mecanismo de imputación de responsabilidad penal, y la instrucción no es entonces más que un medio de merituar una determinada sospecha, que en definitiva deberá probarse en un debido juicio *con lo que en él se demuestre*, no parece imaginable ni peligroso para nadie que el ministerio público sea quien reciba declaración al imputado.³⁴ Preciosismo aparte, lo dispuesto en este Código no perjudica la situación del imputado.

Y en cuanto al sobreseimiento del procesado o el archivo de las actuaciones (y/o suspensión de las mismas), será tratado más adelante.

Pensamos esto, porque el único deber de un juez es el de ser imparcial (ni siquiera neutral), dentro del marco de las leyes, y es el encargado de controlar la legalidad de las soluciones a los conflictos que en la sociedad se planteen.

³⁴ A favor, José Cafferata Nores, op. cit., p. 683.

El hecho de que un conflicto sea penal, y que el interés sea del Estado, no varía en nada la cuestión.

Por lo tanto, el juez debería verificar las condiciones en la que los actos procesales se realizan más que en quien los realiza. Las condiciones mencionadas no deben alterar las garantías personales de un imputado, sólo eso.

Entonces, el ministerio público podría tomar declaración al imputado, que por otro lado con ella sólo se defiende (puede negarse a darla), y en última instancia, con la participación del juez como testigo *si el imputado lo desea*, vigilando la corrección del acto. En definitiva, la única declaración realmente válida debería ser la prestada en juicio.³⁵

En lo atinente al control de las decisiones del ministerio público sobre las medidas sugeridas por las partes, deberá entenderse que no lo hay, y que, en definitiva, de ignorar todo lo que se le presente, el agente fiscal correrá el riesgo de, en

³⁵ Sin embargo, esto, que pareciera ser una obviedad, no es tan obvio para nuestro nuevo Código (confr. art. 378, CPP).

No obstante, debemos reconocer que lo que se está afirmando nos llevaría a reformular el tratamiento que al "imputado" (sospechoso), hoy por hoy, se le brinda en el Derecho Procesal Penal en general. Hoy se acepta la distinción entre imputado y procesado, de acuerdo a si recibió o no declaración indagatoria, lo que habilitaría o no su procesamiento.

Por lo tanto, la indagatoria no es un medio de defensa, sino un paso procesal. En el mismo sentido se interpreta la prisión preventiva: no es una medida imprescindible, excepcional y *preventiva* para el proceso, sino un acto más del mismo, en el camino hacia la condena.

Ahora bien, siendo la instrucción una etapa de evaluación del mérito de una sospecha, se podría sostener que cualquier persona que se considere en peligro ante determinadas actuaciones instructorias puede presentarse a brindar su descargo, lo mismo respecto de las cuales el ministerio público vaya a pedir su juicio.

Esto último sería obligatorio a fin de garantizarle a la persona una posibilidad de evitar un procesamiento inútil (facultad de defensa previa al juicio).

El ministerio público analiza el valor de su sospecha, y el imputado puede aportar sus dichos.

En ese sentido, la única presencia obligatoria debería ser la del defensor (propio u oficial), para garantizar efectivamente que ésa fue la voluntad del procesado.

Una vez en juicio, el ministerio público deberá limitarse a lo que en él obtenga, aun cuando hubiere contradicciones.

última instancia, impulsar un juicio que devendrá en una pérdida de tiempo y energía. Es cierto que esta solución posiblemente no conforme, e incluso dudamos que a la figura del imputado le sea muy beneficiosa.

4. El control del requerimiento fiscal: procedimiento intermedio³⁶

4.1. El problema

En esta etapa del proceso se lleva a cabo una evaluación de las actuaciones desarrolladas en el sumario, es decir es la etapa crítica del mismo ("crítica instructoria"),³⁷ donde se analiza la posibilidad concreta de elevar la causa al juicio propiamente dicho, o bien la posibilidad de desligar de toda responsabilidad al individuo por medio del sobreseimiento.

La razón de existir de este procedimiento es, fundamentalmente, la de evitar la sustanciación de juicios innecesarios, ya sea porque revisten defectos de forma o de fondo.

Más allá de que en este Código no se encuentra legislado el procedimiento intermedio, se puede objetar el modo de resolver el conflicto que puede plantearse cuando el juez no esté de acuerdo con el sobreseimiento solicitado por el ministerio público.

En este caso, el juez elevará las actuaciones a la Cámara de Apelación, que decidirá lo que considere adecuado, y allí, o bien sobreseerá (conforme a lo solicitado por el agente fiscal) o bien apartará al fiscal de la causa instruyendo para la continuidad al que designe el fiscal de Cámara o al que siga en orden de turno.

Lo mismo sucederá si sólo es el querellante quien se opone (art. 348).

³⁶ Este tema ha sido tratado extensamente por Alejandro Álvarez en *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, A.A.V.V., Editores del Puerto (en prensa).

³⁷ Esta frase pertenece a Clariá Olmedo.

4.2. Análisis

La situación en el Código de Obarrio era ciertamente confusa, dado el fuerte carácter jurisdiccional del mismo, lo que provocaba ciertas contradicciones.

No existía específicamente un control del requerimiento fiscal, por cuanto el juez decidía personalmente cuándo la causa debía ser elevada a juicio. Paradójicamente, su decisión era “controlada” por el ministerio público (arts. 457, 460 y 461 del CPMP).

En ese sentido, se torna curiosa la solución dada por el nuevo CPP para el caso de conflicto entre juez y ministerio público sobre el sobreseimiento solicitado por el segundo.

Si la acción pública es detentada e impulsada exclusivamente por el ministerio público (arts. 5º y 188 del CPP), ¿por qué es otro órgano el que decidirá sobre su destino (Cámara de Apelaciones)? En este sentido, la regulación del nuevo CPP se vuelve tan paradójica y contradictoria como la brindada por Obarrio en su Código, pero “en sentido inverso”.

Es decir, parece que los Códigos en análisis se hubiesen “permutado” los respectivos contralores.

En nuestra opinión, el principio de legalidad no se contradice con que sea el mismo ministerio público el que se auto-controla en el ejercicio de sus funciones (agente fiscal y fiscales superiores), así como son jueces quienes controlan las decisiones de otros jueces.³⁸

³⁸ Contra la posible objeción de que de ese modo la promoción de la acción penal quedaría “desprotegida” en un sistema que adopte el principio de legalidad para la persecución penal, y que así la intervención judicial sería indirectamente limitada (poniendo en peligro el juego de control entre los poderes republicanos) se puede sostener lo siguiente:

– La actuación de un funcionario puede ser objeto de un control interno (por funcionarios de su propio órgano) cuando lo que se controla es un acto suyo (p. ej.: su pedido de sobreseimiento) y no su conducta en sí (v. gr.: su prevaricato). Es simplemente un juicio sobre su decisión, como el de un juez sobre la de otro.

– El principio de legalidad es una directiva al órgano poseedor de la acción penal para que proceda ante cualquier hecho presuntamente delictuoso —*salus publica suprema lex est*— (en la promoción de la investigación previa) o ante

No obstante, ésa es la letra de la ley, pero aun así resta otro punto de análisis: ¿qué debe indicar la Cámara de Apelaciones si decide que corresponde acusar? Es decir: ¿debe simplemente disponer que se acuse, o también determinar las condiciones de esa acusación?³⁹

cualquier delito (en el momento de acusar), no una directiva a los jueces para intervenir en cualquier caso (*ne procedat iudex ex officio*).

Éstos sólo velan por la corrección y el normal funcionamiento de un mecanismo de imputación de responsabilidad penal (proceso), y juzgarán a quien en ejercicio de sus funciones no cumplan con su deber (agente fiscal que comete prevaricato).

Pero el potencial incumplimiento por parte del ministerio público de sus deberes no autoriza a ningún órgano a "allanarle" sus exclusivas funciones.

— Respecto del control republicano, hay que distinguir control, de allanamiento de función. En efecto, control republicano implica que se le pueden asignar consecuencias desde un poder a los actos concluidos por los integrantes de otro poder, independientemente de la corrección posterior del acto "dudoso".

El control recae sobre la conducta de los funcionarios, y no necesariamente sobre las secuelas de las mismas. Entonces, los actos ilícitos de un funcionario no son necesariamente anulados (p. ej.: compra de material defectuoso por parte del Estado), aunque éste termine siendo juzgado.

El que un subsecretario pudiera potencialmente "prevaricar", no justificó nunca que la validez de sus actos estuviera condicionada a la "aprobación" de otro poder.

Tampoco el Senado o la Cámara de Diputados pueden modificar una arbitraria sentencia de un juez, una Cámara, o la mismísima Corte Suprema, aunque sí juzgar a los mismos por esa acción.

Por ello, si la acción penal recae sobre un órgano político determinado, es lógico que el control del desarrollo de su actividad ("hay que corregir algo") sea interno, y distinto el de las consecuencias de su acción ("has hecho algo incorrecto").

Si la acción penal recae sobre el ministerio público, pues debería ser él mismo el que cumpla y vele por las directivas a su cargo, y otro órgano el que vigile y responsabilice al que no cumple, más allá del acto en sí formalmente válido.

Y en ese sentido, el sobreseimiento, suspensión o archivo de una actuación determinada decidido por el ministerio público, de ser formalmente válido ("carezco de pruebas..."), no es objeto sino de corrección interna (fiscal de Cámara que diga "... no obstante, ¡acuse!").

Si en cambio se permite que un órgano distinto no sólo controle, sino que también corrija a otro, *se deja de controlar y se apropia lisa y llanamente de una función que no le es suya ni le pertenece.*

Esto es un claro ejemplo de lo antes señalado respecto de la instintiva desconfianza al ministerio público. *Éste, y no otro, es el verdadero argumento que se esconde detrás de las normas analizadas.*

³⁹ Problema éste formulado por A. Álvarez en su trabajo citado.

Pensamos que debe adoptarse la primera solución comentada.

El fundamento del control jurisdiccional del ejercicio de la acción pública es, en este caso, el respeto a la vigencia del principio de legalidad.

Por ello, si se considera que determinados hechos son suficientes para impulsar la actividad persecutoria estatal a un juicio, sólo el órgano encargado de esa misión será el facultado para marcar los límites de esa persecución, como ya lo hiciera en el inicio (art. 188, requerimiento).

Si se aceptase la tesis de que, en este proceso, la Cámara disponga también de las condiciones de una acusación, sería ésta la que acusara, y no el ministerio público, es decir, se produciría el temido avasallamiento de funciones y, por ende, la violación de los principios constitucionales *ne procedat iudex ex officio* y *nemo iudex sine actore*.⁴⁰

Los hechos que dan origen a la acusación del ministerio público estarán ya determinados por la instrucción, y por la misma resolución de la Cámara ("Habiendo esto, esto y esto, acuse"). Si por demás, se impusiera también el criterio de calificación legal, no sería una resolución correcta o de vigilancia del principio de legalidad, sino que lisa y llanamente sería una acusación.⁴¹

Otra cosa sucedería en el caso comentado si existiese un verdadero procedimiento intermedio, puesto que habría acusa-

⁴⁰ Sobre el fundamento constitucional de estos principios, ver especialmente Maier, Julio B. J., *La investigación...*, pp. 22 y ss.

⁴¹ A favor, A. Álvarez, op. cit.

Los fundamentos de su tesis están principalmente orientados a evitar que el fiscal acuse por hechos distintos a los que suscitan la controversia, y la respectiva resolución de la Cámara, de manera de proteger al imputado.

Consideramos válida y atendible su preocupación, pero disentimos en cuanto a que se dé este riesgo. Pensamos que con la sola fundamentación de la Cámara, los hechos sobre los cuales deberá versar la acusación ya estarán limitados.

No obstante ello, la solución dada es discutible, principalmente por lo anómalo del control legislado, que dificulta más aún la interpretación teórica correcta que no ponga en juego ningún principio, es decir, una regulación que aumente el "índice de relatividad propio del problema".

ción, objeciones y defensas, y, en definitiva, un auto de apertura a juicio dictado por el tribunal que participó en este especial "juicio previo", o "juicio de la entidad de la acusación".

Si bien es factible que éste no coincida con la acusación, el auto de apertura a juicio tampoco la suplantaría, sino que sería el resultado de su evaluación previa, con otros elementos valorados. En nada cambiaría la situación del ministerio público en su rol de detentador exclusivo de la acción pública.⁴²

⁴² Esto último también es relativo, aunque pensamos que parece más lógico y coherente con el planteo y fundamento del procedimiento intermedio. Al respecto, ver Maier, Julio B. J., *DPPa*, y exposición de motivos al CPP modelo para Iberoamérica.

PARTE III

DEBATE

1. *Planteo*

Una vez finalizada la etapa instructoria, y no habiendo dudas respecto a la admisibilidad de elevación a juicio del procesado, pasamos al debate o juicio propiamente dicho. Éste será oral, público, contradictorio y continuo (arts. 363 y 365). En esta oportunidad, el ministerio público tendrá la carga de demostrar ante el tribunal la solidez de su pretensión, volcándose aquí y en él, el peso persecutorio del Estado, quien deberá vencer todas las vallas que suponen el estado de inocencia del acusado.

Como afirmamos anteriormente, en esta etapa el ministerio público recupera su legítimo papel de "parte"; él llevará adelante la acusación, y pedirá al tribunal la sanción que estime corresponder.

2. *Normas que rigen la actuación del ministerio público*

En principio, y previo al debate mismo, como parte del juicio el ministerio público deberá ofrecer la prueba con los requisitos propios de cada tipo, e incluso, testigos nuevos. No obstante, con la conformidad del tribunal, las partes pueden resignar alguna de ellas si se conforman a la lectura de las testimoniales o pericias de la instrucción (art. 355).

También puede pedir medidas instructorias específicas que por algún motivo procedan o sea conveniente tomarlas en este momento (art. 357).

Ya en el debate propiamente dicho, la asistencia del ministerio público al debate es obligatoria (art. 368). La dirección del debate está a cargo del presidente del tribunal' el art. 375 es claro y conciso: la figura central del debate es él, y es quien dispondrá de las riendas del juicio.

No obstante, si bien la dirección del debate está a cargo del presidente del tribunal, el ministerio público podrá participar luego del mismo en los interrogatorios (art. 389).

El art. 381 deposita en el fiscal una importante tarea: si por el desarrollo mismo del debate se descubriesen nuevos hechos, el fiscal podrá ampliar el requerimiento (acusación) contra el procesado. Esta facultad es esencial, porque los jueces no podrán fallar sobre un hecho distinto a los planteados en la acusación. Por lo tanto, en el supuesto de que el ministerio público no ampliase su acusación, ese hecho queda fuera del juicio de los magistrados.

Por último, una vez terminada la recepción de la prueba, se produce la discusión final, en la cual el fiscal deberá realizar su alegato. Una vez ello, el debate se cerrará, y el tribunal dictará sentencia.

2.1. Análisis

Al elevarse la causa a juicio, el ministerio público recupera su legítimo papel de parte, y rige el principio de contradicción, por lo cual se debería producir el verdadero debate entre ministerio público y defensor. Sin embargo...

En esta etapa del proceso, el ministerio público formula la acusación, ofrece la prueba y, en último lugar, realiza el alegato final.

Pero paradójicamente su papel puede considerarse secundario respecto al del tribunal, que en realidad es árbitro de la contienda y no parte de la misma.

Es decir, en el proceso inquisitivo reformado, el rasgo acusatorio que le da precisamente el mote de "reformado", es el debate. Si el debate es llevado adelante por el tribunal, y las partes sólo van a su zaga, ¿no nos acercamos peligrosamente a un mero proceso inquisitivo formalmente "reformado"?

Esta objeción podría tacharse de preciosista o caprichosa, lo reconocemos, pero hay algo que refuerza nuestra preocupación.

El tribunal puede proceder a la lectura de actuaciones instructorias cuando él lo considere necesario o las partes estén de acuerdo, incluso para señalar contradicciones que se suscitaren, aun con las indagatorias⁴³ (arts. 355, 378, 391 y 392 del CPP).

Esto coloca al debate en el riesgo de transformarse en una oralización de una instrucción formal y sobredimensionada, arrastrando consigo la labor de dos partes sumamente atadas y condicionadas en su obrar. De este modo, se pone en serio riesgo la entidad del debate como acto procesal trascendente.

El ministerio público se limita así a preguntar luego del tribunal, participar a la zaga del mismo, y a, finalmente, realizar su típico alegato.

Tal vez lo anterior aparezca como demasiado lapidario y pretensioso, pero más allá de los modos, no creemos estar tan lejos de la realidad.

Como ya observamos, el juez es el que juega el rol protagónico en la etapa instructoria, y es en ella donde se recoge la mayor cantidad de prueba y donde tácitamente se diseña la estrategia acusatoria.⁴⁴

Aun cuando se produzca una asidua aplicación del art. 196, lo que mejoraría el concepto de proceso en la instrucción, no

⁴³ Exactamente lo que acaba de leer (!).

⁴⁴ Respecto a la concentración de actos procesales, y más específicamente, pruebas, en la instrucción, hay poco que explicar. Éste es un vicio permanente en la práctica judicial, y más allá de toda defensa circunstancial, ha desnaturalizado el concepto de lo que un proceso debe ser.

La instrucción es sólo un medio de merituar una sospecha, no el modo de convencerse de la culpabilidad de una persona. No obstante esto, la misma

llevaría consecuencias distintas en el debate que las que estamos planteando. Las partes no "debatirán" en él.

Como consecuencia práctica de esta posibilidad, creemos que se corre el riesgo de llegar al siguiente resultado: un ministerio público que se limitará a oralizar la instrucción, una defensa que luchará contra la misma limitada en su accionar, y un tribunal que por sus formas, no será tan distinto al juez de instrucción, "señor" del sumario.

concepción cuasi-inquisitiva que la informa ("proceso inquisitivo reformado") pone en crisis esta afirmación

Si la configuración del sumario está más o menos impregnada de esa noción inquisitiva, ¿se puede evitar la concentración en la misma de todo tipo de actos procesales?

En esta dirección, sería hora de preguntarse qué sentido tiene mantener la figura de la instrucción formal en la actualidad, porque más allá de todo intento correctivo, siempre se cierne el riesgo de la concentración en el sumario.

PARTE IV

RECURSOS

Por último, el ministerio público tiene facultades para presentar todo tipo de recursos, aun a favor del imputado, en caso de condena e inclusive sólo a lo referente a la acción civil que hubiera ejercido (art. 433). Esto puede explicarse como algo coherente con la concepción de ministerio público “no parte” de un proceso, sino como órgano imparcial de administración de justicia; o sin llegar a ese extremo, simplemente diciendo que como parte requirente, la sentencia no ha respondido a su interés por desmesurada o inexacta (en el sentido de evaluación del interés procesal y no en el formal).

Brevemente, la actuación del ministerio público en esta materia puede resumirse así:

El recurso de reposición, que procederá contra todas las resoluciones dictadas sin sustanciación a fin de que el tribunal las revoque por contrario imperio (art. 446), será interpuesto por el fiscal que corresponde según la etapa del proceso en que se sustancie.

En lo referente al recurso de apelación, que procederá contra los autos de sobreseimiento dictados por los jueces de instrucción, los autos interlocutorios y las resoluciones expresamente apelables o que causen un gravamen irreparable (art. 449), el representante del ministerio público interviniente será el fiscal ante la respectiva Cámara.

El recurso de casación procederá por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, contra las sentencias definitivas, los actos que pongan fin a la acción penal o a la pena, etcétera (principio general establecido por los arts. 456 y 457).

Para el ministerio público procederá también cuando la sentencia sea absolutoria y el fiscal haya pedido una condena de más de tres años, a multa de \$ 20 o inhabilitación por 5 años o más, y cuando la sentencia sea condenatoria y se haya impuesto una pena privativa de libertad inferior a la mitad de la requerida (art. 458). El representante del ministerio público que actuará ante esta Cámara, según lo establece el art. 66, será el fiscal de Cámara y en la forma que lo disponga la ley orgánica del ministerio público que todavía no conocemos.

CONCLUSIÓN

“Aparece una figura totalmente nueva...”, afirma Michel Foucault, y a partir de entonces nada ha sido seguro y determinante para el ministerio público.

Esto no es excusa para abandonar un esfuerzo orientado a intentar esclarecer mínimamente todos los problemas que hemos planteado, más allá de toda relatividad.

Porque si bien es cierto que no podemos establecer definitivamente ningún concepto, no podemos tampoco eludir el “deber de coherencia” que se le exige a cualquier elaboración pretendidamente científica.

Esta reforma nació orientada a modernizar el proceso penal, y con la intención de traer mayor celeridad y publicidad, junto con la necesidad de actualizar los postulados republicanos que nuestra Constitución declara.

Creemos que, lamentablemente, no cumplirá con las expectativas que generó, ni traerá la panacea que se prometió. Es más, habrá que sobrellevar y luchar contra el riesgo de que se termine rechazando a instituciones loables (como el mismo “juicio oral”) que en realidad no están fielmente representadas en el nuevo CPP.

Es un planteo delicado, que nos fuerza a padecer y criticar errores, pero a pugnar por purgarlos. Más que como un acto pasajero debemos asumirlo como todo un acto de compromiso.

Un compromiso con el futuro, un compromiso, en definitiva, con nosotros mismos.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL CONSULTADA

CP, ley 23.077.

CPMP, ley 2372.

CPP, ley 23.984.

Baumann, Jürgen: *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Depalma, 1986.

Cafferata Nores, José: "La investigación fiscal preparatoria como alternativa ante la instrucción jurisdiccional", en *Doctrina Penal*, Depalma, 1987.

Clariá Olmedo, Jorge: *Tratado de Derecho Penal*, Marcos Lerner, 1984.

Darritchon, Luis: *Cómo es el nuevo proceso penal*, t. 1, Abeledo-Perrot, 1992.

Foucault, Michel: *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, 1990.

Guariglia, Fabricio O.: "¿De qué reforma me hablan?", en revista *No Hay Derecho* n° 6, 1992.

Hacia una nueva Justicia Penal, t. I (publ. del Consejo para la Consolidación de la Democracia).

ILANUD, *El ministerio público en América Latina*, 1991.

Maier, Julio B. J.: *DPPa*, Hammurabi, 1989.

—, *La investigación penal preparatoria del ministerio público. Instrucción sumaria o citación directa*, Marcos Lerner, 1975.

—, *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, Depalma, 1978.

Pastor, Daniel: "Código Levene, ¿nacerá viejo y caduco?", en revista *No Hay Derecho* n° 6, 1992.

Rusconi, Maximiliano A.: "División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público", en *La Ley*, t. 1991-D, p. 1130.

—, "Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público", en *Doctrina Penal*, año 13, Depalma, año 1990, p. 259.

Schmidt, Eberhard: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Ed. Bibliográfica Argentina, 1957.

Vázquez Rossi, Pessoa, Chiara Díaz: *CPPN. Ley 23.984*, Rubin-zal-Culzoni, 1992.

Vélez Mariconde, Alfredo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner, 1982.

Agradecemos especialmente las críticas "reconstructivas" de Gustavo A. "Negro" Bruzzone, las observaciones y consultas a Mario Magariños... y a sus bibliotecas.

Gustavo A. Bruzzone

VII. Fiscales y política criminal*

Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio oral

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La selección por ausencia de recursos humanos y materiales. 3. La decisión a cargo de los fiscales de juicio. 4. La selección con miras a revertir una política criminal que alienta la impunidad de los "poderosos". Proceso informal de selección de la conducta criminal. 5. La necesaria coordinación de los organismos de control con los fiscales penales. 6. Conclusión: "combatir" el delito es una cuestión exclusivamente política.

* El presente trabajo, en gran medida, proviene de las ideas y reflexiones que recibí como integrante del seminario de las cátedras de los Profs. Dres. Marcelo Sancinetti y Julio B. J. Maier en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a lo largo del ciclo lectivo de 1992. Por ello mi agradecimiento a todos los que participaron en él y muy especialmente a *nuestro Maestro*, en Derecho Procesal y otras cuestiones, Julio Maier.

1. *Introducción*

Si bien es cierto que los ejes sobre los que se comienza a estructurar la política criminal de un Estado están dados por la ley penal y la ley procesal penal,¹ la magnitud política del asunto sobre el que deben operar es tan compleja y amplia que se ven superadas holgadamente.

La sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación nos ofrece nuevas soluciones a viejos planteos procesales, pero sigue dejando latentes muchos interrogantes respecto de los que no ofrece respuestas. Y no las ofrece debido a que no es función de esta nueva "herramienta" darlas. Una de esas zonas sin respuestas está constituida, precisamente, por la de la política criminal del Estado en lo referido a la selección de las conductas que habrán de llegar a juicio.

La trascendencia del problema puede ser vista de la siguiente manera: en el marco de una república, la necesidad de publicidad de todos los actos de gobierno es una cuestión que se encuentra fuera de toda discusión. Visto desde esta perspectiva política, la oralidad del proceso penal era una necesidad sobre la que nadie seriamente podía discutir. En este sentido, el mérito del nuevo Código es cubrir esa necesidad que permitirá un principio de "control" popular sobre los actos jurisdiccionales.

Pero la oralidad y su aparente mayor celeridad, no nos puede hacer perder de vista otros problemas de entidad y cuestiones de la realidad que se presentan en todos los lugares donde se utiliza un sistema procesal similar.

¹ Binder, Alberto, *Política Criminal*, cap. 2, en prensa.

El tema se puede introducir por medio de la siguiente pregunta: ¿cuáles serán los conflictos que llegarán al juicio oral para que los ciudadanos los controlen?

Por un lado, el número de jueces y fiscales siempre será insuficiente para cubrir la demanda de asuntos a resolver; de esta forma se producirá una *selección natural* de aquellos que llegarán a juicio, dándose prioridad a los que involucren procesados privados de su libertad que, generalmente, estarán constituidos por el grueso de los delitos convencionales.

La pregunta que surge como consecuencia de aquella es: ¿quién estará legitimado para decidir qué asuntos serán ventilados en el juicio oral?

En primer lugar, la respuesta a este interrogante podría estar dada por los fiscales. La nueva ley procesal pone en cabeza de ellos la titularidad exclusiva de la acción penal (art. 5º, CPP) y establece la necesidad del *requerimiento* como acto impulsor del sumario (art. 180, CPP) y como pieza de apertura del debate (arts. 347 y 374, CPP). Es decir: corresponde a los fiscales permitir a los jueces de instrucción iniciar una investigación² y es su misión delimitarles los hechos sobre los que deben realizarla fijando, a su vez, los términos fácticos del debate.

No obstante estas cuestiones puedan ser relativizadas debido al control que se le asigna al órgano jurisdiccional, en particular por lo dispuesto en el art. 348 CPP,³ pero visto en

² La única excepción a esta regla está constituida por los sumarios iniciados por *prevención*. Aunque existen opiniones encontradas y, personalmente, me inclino por la necesidad también en estos casos de la exigencia del *requerimiento fiscal*, razones de orden práctico debido a la sobrecarga de trabajo que ello supone ante los juzgados locales de instrucción y, muy especialmente, ante los correccionales, determinó que se impartiera por parte de la Procuración General, en el ámbito de la Capital Federal, una instrucción general verbal en el sentido apuntado al comienzo para que los agentes fiscales no plantearan nulidades en los casos en que los jueces a cargo de la instrucción instruyeran *ex officio* causas en donde había prevenido alguna fuerza de seguridad.

³ En este sentido es bastante elocuente lo que se dice al respecto en el punto relativo a la: "Clausura de la instrucción y elevación a juicio" en la exposición de motivos del nuevo Código Procesal suscripta por Ricardo Levene (h.) cuando se sostiene que "por esta vía se aspira a que el ministerio público ocupe su lugar verdadero". Conviene decir que mientras siga existiendo la figura del juez de instrucción el fiscal nunca podrá ocupar su *verdadero* lugar. Ello es

perspectiva político-criminal pareciera que, salvo ante aquellos casos en los que un procesado se encuentre privado de su libertad, tendría que corresponder a los fiscales, y no a los jueces, tomar decisiones *políticas* relativas a la conveniencia o no de decidir qué asuntos se deben investigar y, de todos los investigados que superen el filtro del control jurisdiccional, cuáles deben ir a juicio.

Ello hace a cuestiones de prevención general ligadas a la necesidad de reafirmar bienes y valores que se ponen de manifiesto al decidir qué conflictos serán presentados públicamente para su juzgamiento; por una cuestión elemental de imparcialidad no parece adecuado que sean los jueces los encargados de decidirlo.⁴ Por ello, pareciera, que la opinión de los fiscales es indispensable en este sentido.

La cuestión *política* que nos debemos representar, y que se encuentra en la base de todo este planteo, atiende a la *selección*

independiente del "control jurisdiccional" como sistema de contralor de los asuntos que llegarán al debate. Algunos de los ejemplos de derecho comparado que se citan se refieren a sistemas procesales donde la "instrucción" se encuentra a cargo de los fiscales; incluso el proyecto de 1986 también contaba con la regla del "control jurisdiccional". El sistema del "acuerdo de fiscales" —que figuraba en el anterior Código Procesal de la Nación, arts. 460 y 461— más coherente con un sistema acusatorio puro —crítica que también debe alcanzar al Proyecto del 86, pese a que establecía el "acuerdo de fiscales" para los requerimientos de iniciación (art. 252, tercer párrafo)—, claro que no es ésta la intención (política) del nuevo Código. Lo cierto es que, desde que se morigeró el procedimiento inquisitivo (Francia, 1808) el fiscal (acusador) vino a ocupar una función de "contralor" de la tarea del juez de instrucción; el sistema del "acuerdo de fiscales" era un claro ejemplo de ello. El nuevo Código comienza a invertir la relación y la delegación de la instrucción prevista en el art. 196 CPP es un buen banco de pruebas de lo que puede dar de sí un sistema procesal penal donde la recolección de la prueba se encuentra exclusivamente en manos de los fiscales, pero estableciendo un marcado control jurisdiccional. Cuando hablamos del *verdadero lugar* del fiscal en todo el proceso penal nos debemos plantear estas cuestiones. Su verdadero lugar muy probablemente sea, exclusivamente, el de alimentar a la maquinaria judicial de los asuntos que debe conocer.

⁴ En la ponencia *El debate en el nuevo CPP Nación*, que Alberto Bovino presentara el 11/11/92 en el *seminario* de las cátedras de los Profs. Maier y Sancinetti en la Facultad de Derecho de la U.B.A., se critica acertadamente la *forma* en que el nuevo Código Procesal regula la etapa de *preparación del debate* por condicionarlos para el juicio alterando la imparcialidad que deben tener. Luego se volverá sobre el punto.

de las conductas criminales sobre las que habremos de destinar todos los recursos humanos y materiales con los que cuenta el sistema de administración de justicia para perseguir y juzgar.

En este esquema los fiscales penales son una de las piezas más importantes de todo el andamiaje de órganos que alguna influencia tiene en llevar a la práctica la política criminal del Estado. Con independencia de la misión y función que se les ha venido asignando hasta hoy en diversos textos legales como custodios del orden público, de la legalidad o (co)responsables, junto con los jueces penales, en la obtención de "la verdad", en el marco del proceso penal, natural y esencialmente, son operadores directos para la implementación de una cierta política criminal.

Por más reglas de objetividad o imparcialidad que se puedan establecer o por más que su rol parezca confundido y superpuesto con el de los jueces —sobre todo a la hora de recoger la prueba en la etapa de la instrucción—, la tendencia universal avanza en dirección a definirlo como *parte* en el marco de un sistema acusatorio donde deberá actuar en igualdad de armas con los defensores, y en donde los jueces son convocados exclusivamente para resolver aquellos asuntos que les son presentados y no aquellos por los que puedan tener "interés" en resolver.

En realidad, definir si los fiscales deben actuar persiguiendo determinados objetivos político-criminales o si, como los jueces, su misión está constituida por la obtención de la verdad y el cumplimiento del derecho material, es un problema de concepto sobre su rol en el proceso y protagonismo en el ámbito de la administración de justicia penal al que debe prestarse especial atención para saber claramente qué queremos y esperamos de ellos. Generalmente, esta perspectiva vinculada a la función de operadores directos de la política criminal se pierde de vista en nuestro país debido a la ausencia total de claras líneas en esa dirección⁵ y por la falta de definición en la organización, tanto interna como externa, de los fiscales como cuerpo.

⁵ Cuestión reconocida expresamente por el ministro de Justicia León Carlos Arslanián ante el Senado de la Nación en la sesión del 21 de agosto de 1991 (informe para la aprobación del proyecto que culminó en la actual ley n° 23.894).

A ello debe sumarse, en el ámbito nacional por lo menos —ante la ausencia de una *carrera fiscal*—, la formación propia de las mujeres y hombres que lo integran quienes, en su gran mayoría, han iniciado su actividad en dependencias del Poder Judicial predisponiéndolos —por la independencia hacia afuera y hacia adentro del órgano⁶— de manera diferente a la que debe existir en un cuerpo que debe actuar necesariamente coordinado y en relación jerárquica para la obtención de objetivos que trascienden muchas veces criterios individuales.

La cuestión es extremadamente delicada y debe ser sometida a un constante debate. Los problemas que presenta la organización del cuerpo de fiscales penales en el ámbito nacional debe —en lo que hace a la implementación de una política criminal que los “utilice” con esa clara misión— intentar ser pensada mirando más allá, sin caer en intereses exclusivamente temporales, pero sin perder de vista la realidad concreta sobre la que se debe operar.

Coordinar ambas cuestiones de cara a la obtención de objetivos político-criminales y no adherir a modelos unitarios de organización y acción, nos puede permitir dar las soluciones que se requieren para cada lugar en concreto del territorio nacional en los que actúen fiscales federales.

Se puede decir que la misión político-criminal de los fiscales, para intentar hacer creíble y operativa la nueva ley procesal, viene dada, básicamente, por la decisión relativa a la selección de las conductas que habrán de perseguir hasta llevarlas al juicio oral. De lo que se trata es de hacer que la nueva “herr-

⁶ La problemática de la independencia del Poder Judicial generalmente es pensada “hacia afuera”, desde la separación formal de poderes que surgen de la forma republicana de gobierno. A este enfoque siempre se le debe agregar, en el sentido “hacia afuera”, el de la independencia de grupos de presión, y “hacia adentro”, el que supone la independencia de sus componentes entre sí. Sintéticamente: “Independencia de todo poder (o forma de poder), incluso del Judicial”; cfr. Maier, Julio B. J.; *Derecho Procesal Argentino*, t. 1b (Fundamentos), Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 479. Los aspectos últimos: independencia de grupos de presión y dentro del Poder Judicial requieren de estudios de campo y doctrina más profundos para prevenirlos por ser más comunes que el que supone la violación de la “separación formal” de los poderes del Estado.

mienta" —pese a disgustarnos por no satisfacer las expectativas que sanamente muchos teníamos sobre lo que debía ser— sea viable y no conduzca al descrédito del juicio oral.

En el presente trabajo se intentará efectuar una aproximación al problema desde dos ángulos:

a) desde la selección por ausencia de recursos humanos y materiales;

b) desde la selección con miras a revertir una política criminal que alienta la impunidad de los "poderosos".

2. La selección por ausencia de recursos humanos y materiales

2.1. La previsible y necesaria violación al art. 71 del Código Penal

El art. 5° del CPP se hace cargo de lo dispuesto en el art. 71 del Código Penal, disponiendo que los fiscales deberán iniciar de oficio la acción penal pública sin que pueda suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo en aquellos casos expresamente previstos por la ley; es decir: *todos los delitos de acción pública deben ser perseguidos*.⁷

El procedimiento escrito permitió que se creyera en esta ficción exclusivamente, utilizando un sistema ilegítimo de delegación.⁸

Éste es, sin duda, el mejor ejemplo para descartar la crítica que alude, a que "una ley procesal debe adecuarse a la realidad sobre la que debe operar" (?), para descalificar el nuevo Código Procesal y que se utilizara insistente y prejuiciosamente en el tratamiento del proyecto del 86.

⁷ Existe un tipo penal específico por no dar cumplimiento con el principio de legalidad procesal en el art. 274 del Código Penal.

⁸ Gustavo Cosacov en su trabajo: "El mito de la no impunidad", pone de manifiesto la enorme mentira que se ha montado sobre la pretendida "eficiencia" de la forma escrita para concretar el mandato que surge del principio de legalidad procesal del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Fac. de D. y C. Soc.), Córdoba, 1988.

El Código de Obarrio probablemente haya funcionado correctamente durante su primer año de vida en el siglo pasado, pero desde hacía muchos años que se estaba incumpliendo sistemáticamente en lo que hace a la presencia del juez y el secretario (fedatario) en la práctica totalidad del proceso. El Código no funcionaba legítimamente y era imposible que lo hiciera debido a la cantidad de trabajo existente o al propio estilo de trabajo por delegación que se había generado en las costumbres laborales de los juzgados penales. Si algunos creen que efectivamente funcionaba se debe exclusivamente a que no advertían esta circunstancia o por no ser conscientes de que a diario: jueces, fiscales, secretarios, abogados defensores, empleados, etc., cometían infinidad de delitos de falsedad documental y que, sin embargo, tampoco cumplía con el mandato de legalidad ni era eficaz. En este aspecto, y pese a sus defectos, el nuevo Código se presenta como más legítimo, posible de realización, es decir: menos ficticio.

Ahora bien, atento a la cantidad de tribunales orales previstos para implementar el nuevo Código Procesal nada hace suponer que la situación que se vive en la administración de justicia, por ejemplo, cordobesa, no se habrá de repetir, en un corto plazo, en el ámbito federal.

La presentación del problema puede ser vista en una triple dimensión: desde el autor en sus aspectos preventivos especiales; desde la sociedad por sus aspectos preventivos generales y, muy especialmente, desde la propia organización interna del órgano(s) que administra(n) justicia penal en orden al descongestionamiento que debe buscarse para lograr un sistema más ágil, efectivo y justo. Este tercer aspecto es, a su vez, el más importante desde el punto de vista económico (presupuesto) e incide directamente sobre los otros dos de manera negativa si no tiene una clara previsión.

El problema no puede analizarse aisladamente de todo lo concerniente al proceso de *descriminalización y prevención*, pero se debe señalar que la "cuestión de cómo redimensionar el sistema penal del control del delito se nos presenta hoy vinculado, ante todo, con el problema de la eficacia y la legitimidad del sistema. *Ello es consecuencia de la superación real de las*

posibilidades del aparato judicial ante el creciente aumento de los hechos punibles que reclaman su intervención."⁹ El agotamiento de los sistemas de justicia penal es universal y por ello el tratamiento comparado de las soluciones que político-criminalmente se han dado nos podría servir de punto de partida, sin que las descartemos de antemano por foráneas y ajenas a nuestra tradición cultural.

Lo expuesto, amén de que los problemas que plantea el nuevo Código —inspirado en el modelo inquisitivo reformado—, es muy viejo y se viene planteando en todos aquellos lugares donde rige desde hace muchos años (aproximadamente, desde 1808).

Sin querer echar mano de ejemplos extranjeros podemos analizar los nacionales, que son bastante ilustrativos en lo que hace el agotamiento al que, en un breve plazo, se verá sometido nuestro sistema de administración de justicia penal nacional.

Sobre esta cuestión señala Cafferata Nores:

"Un valioso antecedente *práctico* lo encontramos en la provincia de Córdoba en el gran número de delitos leves que terminan por prescripción de la acción penal (sin rebeldía). Porque este fenómeno evidencia que la amenaza de la realización del juicio y la consecuente aplicación de la pena, surte un verdadero efecto de prevención especial. Prueba de ello es que no ha habido recaída en el delito durante el término de la prescripción, ya que, de haber ocurrido, ésta no se hubiera operado, porque su curso se habría visto interrumpido por la comisión del nuevo delito (y ambas causas acumuladas habrían concluido en sentencia).

Los datos estadísticos demuestran que los jueces penales de Córdoba, han intuido la necesidad de atemperar los efectos inútilmente perjudiciales del principio de legalidad, instrumen-

⁹ Bacigalupo, Enrique, "Descriminalización y prevención", en *Justicia Penal*, número especial II, editado por el Consejo General del Poder Judicial español con motivo de las Jornadas sobre la Justicia Penal en España celebradas en Madrid entre el 24 y el 27 de marzo de 1987, p. 11.

tado en los hechos un sistema informal de *selección* de los casos merecedores de juzgamiento y castigo, sin que haya podido demostrar que la adopción de tal criterio ocasione especial sensación de inseguridad general, o algún cataclismo delictivo. Por el contrario, las estadísticas demuestran un índice delictivo menor que otros lugares en los que se tiene a respetar, a todo trance, el principio de legalidad."

Y agrega, crudamente y con total franqueza:

"Los tribunales cordobeses han asumido esta modalidad (informalmente) desde hace mucho tiempo en relación a las llamadas 'causas sin preso' (es decir, en las que el imputado ha sido excarcelado) aun sin disposiciones legales que la autoricen (o quizás, en contra de ellas) amparándose en la imposibilidad *material* de investigarlas y fallarlas a todas, debido a las deficiencias de la infraestructura judicial necesaria para ello (desproporción del número de causas y de tribunales penales). Ocurre así que, luego de formulada la acusación el tribunal de juicio recibe el proceso 'sin preso', y según distintos criterios lo paraliza. Algunas veces por boca de funcionarios, y otras por boca de los abogados (particulares o defensores oficiales), el imputado es informado que si no comete un nuevo ilícito durante el término de prescripción del que fue acusado, no será juzgado y podrá beneficiarse con el sobreseimiento por extinción de la acción penal. Pero también se le advierte que, si incursiona nuevamente en el delito, los procesos se acumularán y será juzgado y eventualmente condenado por ambos."¹⁰

¹⁰ "Legalidad y oportunidad; criterios y formas de selección" ponencia presentada en el Symposium Internacional sobre la Transformación de la Justicia Penal en la República Argentina (2 al 6 de mayo de 1988), publicado en *Hacia una nueva justicia penal*, editado por Presidencia de la Nación, Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1989, t. I, pp. 26 y ss.

Asimismo, cfr. las estadísticas y estudios que acompañan el "Proyecto de Ley especial sobre la suspensión del procedimiento a prueba y la reforma del Código Penal de la Nación" de la Dirección Nacional de Política Criminal (en adelante Proyecto DNPC).

Poco puede agregarse a lo expuesto por Cafferata Nores sobre la necesidad que tenemos en la ciudad con mayor número de habitantes del país —fijos y en tránsito— de anticiparnos a estas cuestiones.

Por otra parte, esta circunstancia es tan evidente que prácticamente no sería necesario plantearla si no fuera por la ausencia de previsiones adecuadas al respecto.

Para concluir este punto se debe decir que el art. 71 del CP será necesariamente violado; hay que establecer de qué forma —ya que no parece que podamos prescindir del principio de legalidad— lo haremos de manera menos ilegítima y arbitraria.

2.2. Propuestas de solución que “legitiman” la previsible y necesaria violación del art. 71 del Código Penal

Conjuntamente con la implementación de la nueva ley procesal (ley 24.121) se han previsto dos herramientas para evitar el congestionamiento apuntado que intentarán dar una respuesta racional y legítima a la situación expuesta. Los instrumentos son:

- a) La ley especial de suspensión del procedimiento a prueba;
- b) el proyecto de penas alternativas a la pena privativa de libertad.

En la exposición de motivos del Poder Ejecutivo de la ley 24.121 se sostiene que:

“Esos proyectos transformarán profundamente el funcionamiento de los sistemas judiciales en materia penal,¹¹ especial-

¹¹ Es bueno reflexionar como recién ahora, con el dictado del nuevo Código Procesal “Federal”, se toma en cuenta un problema que las provincias tienen desde hace varias décadas y al que, como el ejemplo de Córdoba, tuvieron que darle una respuesta *informal* e ilegal. Visto desde las competencias delegadas en el Congreso Nacional *quizá* nos tendríamos que plantear hasta qué punto es legítimo delegar en ese órgano el dictado de aquellas partes del derecho sustantivo que tanta influencia tienen en cuestiones procesales que hacen a la “administración de justicia”, cuando por otra parte, podríamos discutir largamente si debe existir el art. 71 del Código Penal. Muy probablemente los cordobeses hubieran incorporado criterios de oportunidad hace ya muchos años

mente porque les permitirán atender con su recurso más valioso (la oralidad) las causas más graves y complejas sin impedir por ello que los demás casos que ingresen al sistema cuenten con una respuesta estatal especial (*sic*)."¹²

Con lo expuesto queda claro que no se previó ningún mecanismo legal de selección que hubiera podido estar constituido por la incorporación de cualquier regla de excepción al principio de legalidad, ya que se sigue queriendo dar a todos los casos que no lleguen al juicio oral una "respuesta estatal especial". Es decir: no se ha echado mano directamente a ningún instrumento de *oportunidad procesal*, como hubiera sido aconsejable.¹³

Ante esta situación nos debemos plantear si las propuestas de leyes habrán de dar, en el ámbito nacional, una respuesta adecuada al problema de congestiónamiento que tienen los cordobeses desde 1939, y si serán compartibles con su proyección preventivo-especial y general.

Aunque han sido pensadas para actuar en lo referido a las *consecuencias jurídicas del delito* en forma conjunta, vistas desde la posición de la selección de conductas, cada proyecto de ley presenta una problemática en particular; por ello se habrán de tratar por separado.

2.2.1. Suspensión del proceso a prueba¹⁴

El nuevo Código, a efectos de hacer viable formalmente la reforma que se habrá de introducir, estableció en el art. 293 del CPP que:

si existiera otro régimen de delegación constitucional o si se establecieran restricciones en lo atinente al régimen de la acción penal para que sea facultad exclusiva de los legislativos provinciales establecer su administración.

¹² Cfr. Trámite Parlamentario n° 241 del 6 de abril de 1992. p. 5873.

¹³ Claramente en el Proyecto DNPC al preocuparse en afirmar que la propuesta de *ningún modo* "implicará un apartamiento del principio de legalidad".

Sobre su desarrollo y los aspectos positivos y negativos del principio de legalidad, cfr. Maier, ob. cit. t. 1b, pp. 160 y ss. y 548 y ss. y Fabricio O. Guariglia en este libro, pp. 63 y ss.

¹⁴ Aunque se suele referir a este instituto vinculándolo a la *probation*, en realidad se trata más de la *diversion* norteamericana. En este sentido Marino.

"En la oportunidad que la ley penal permita la suspensión de la persecución, el órgano judicial competente podrá conceder el beneficio, en audiencia única, donde las partes tendrán derecho a expresarse. Cuando así ocurra, el órgano judicial competente en la misma audiencia especificará concretamente las instrucciones e imposiciones a que deba someterse el imputado y deberá comunicar inmediatamente al juez de ejecución la resolución que somete al imputado a prueba."

En el art. 515 del CPP se dispone lo que debe ocurrir una vez que el tribunal de ejecución es comunicado de la resolución de suspensión en orden a la facultad que le es atribuida en el inc. 2º del art. 493 del CPP.

La propuesta de Zaffaroni sobre los casos en que puede aplicarse la suspensión fue la siguiente:

"Art. 55: Cuando prima facie fuese previsible una penalidad leve o menor y el procesado se hallase confeso, hubiese reparado el daño si correspondiese, afianzase suficientemente la reparación, demostrase la absoluta imposibilidad de hacerlo o asumiese formalmente la obligación de hacerlo en la medida de sus posibilidades reales y como parte de las condiciones de prueba, a su solicitud el juez podrá disponer la paralización a prueba del trámite de la causa, siempre que el procesado en los cinco años anteriores al hecho no hubiese estado sometido a prueba."

En los arts. 56 y 57 se establecían las obligaciones que se asumían y las causales de revocación del instituto.

No obstante, la propuesta realizada por la Dirección Nacional de Política Criminal y que fuera remitida como proyecto oficial modificaba sustancialmente el artículo transcrito sosteniendo:

Esteban, "Suspensión del procedimiento a prueba", ponencia presentada en el seminario de la cátedras de los Profs. Maier y Sancinetti en la Facultad de Derecho de la U.B.A. en el curso lectivo 1992, donde se expone claramente la problemática de este instituto en todos sus aspectos de implementación.

“Art. 55: Todo proceso penal tramitado en el territorio de la Nación Argentina, después de la declaración del imputado, siempre que *hubiere elementos de convicción suficientes sobre la existencia del hecho y la participación de aquél, hasta la resolución que fije la audiencia del debate o el cierre de la discusión sobre la causa*, el tribunal podrá disponer la suspensión de la persecución a prueba, previo dictamen fiscal, cuando se estimare que en caso de condena la pena aplicable no excederá de dos años de prisión o se tratare de una pena no privativa de la libertad, si el interesado:

inc. a): Hubiese solicitado el beneficio;

inc. b): No registrara condena por delito;

inc. c): No hubiese estado sometido a prueba en los cinco años anteriores.”

Como se dice en la presentación de los proyectos de reforma al Código Penal —que incluyen respectivamente cada artículo—, lo que se persigue es buscar mecanismos para limitar la aplicación de la pena sin dejar de que el Estado reaccione ante *todos los delitos*. Por ello no se produce ninguna modificación relativa al régimen de la acción donde no sólo no se introducen excepciones a la legalidad, sino que tampoco se amplía el marco de los delitos dependientes de instancia privada o de acción privada.¹⁵

Las circunstancias políticas y reales de las que deben partir necesariamente condicionan los proyectos mencionados. Como se desprende en la exposición de motivos de ambos, se reconoce que no están dadas las condiciones “culturales” para producir

¹⁵ La ampliación que se pueda efectuar de los delitos de acción privada es, por otra parte, el mejor camino para asignarle a la víctima el rol protagónico que debe tener frente al fenómeno delictual. La supresión del querellante hubiera significado, en este sentido, un enorme retroceso frente a las posturas que acertadamente nos señalan a la víctima del delito como víctima, también, del proceso penal y del Derecho Penal en general por su falta de participación en decisiones que deberían corresponderles de manera exclusiva y que el Estado históricamente les ha usurpado. El amplio espectro de los delitos *convencionales* nos otorga un lugar ideal para el desarrollo de este planteo. En este sentido cfr. el libro *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

una modificación más profunda, pero si se introducen todos los mecanismos posibles para morigerar los efectos negativos de la pena estatal pensada, casi exclusivamente, desde una perspectiva retribucionista para incorporar criterios más racionales que atiendan a alguna *finalidad*.

Lo que nos debemos preguntar es si el instituto habrá de cumplir con la finalidad preventivo-especial y general que se persigue.

Desde el punto de vista preventivo-especial no es posible efectuar mayores críticas, y ello no porque el instituto vaya a funcionar tal como se lo presenta, sino porque evitará que se apliquen penas innecesarias en orden a delitos de escasa entidad, respecto de los que existen muy bajos registros de reincidencia. En este sentido, se puede prever que lo expuesto por Cafferata Nores a propósito de la experiencia cordobesa se habrá de producir en todo el país sin que se origine ninguna alteración del punto de vista preventivo general.

Pero debemos ser sinceros: el instituto no funcionará como debiera, debido a que no habrá, por lo menos en lo inmediato, presupuestos ni cuerpos aptos, material y técnicamente —en el nivel nacional y provincial—, para efectuar el control que supone la suspensión del procedimiento a prueba. De la misma forma que la ley 23.737 (Drogas) estableció un importante número de previsiones a efectos de obtener la recuperación del adicto a los estupefacientes,¹⁶ y el Estado poco y nada ha colaborado en esta dirección, librada prácticamente a la iniciativa privada, de la misma manera, el tratamiento y las condiciones de la suspensión del procedimiento a prueba no serán controlados o, no serán controlados adecuadamente, como se pretende de manera real y efectiva para que funcione el instituto en el sentido y con la finalidad en que son propuestos.¹⁷

¹⁶ Citados ampliamente en el Proyecto DNPC, pero sin estadísticas que respalden su funcionamiento y operatividad.

¹⁷ El espíritu del instituto se puede extraer de las siguientes frases contenidas en el Proyecto DNPC que dice: "sólo se consideran a sí mismos verdaderamente penados quienes han sufrido efectivamente una pena, no quienes han recibido los beneficios del art. 26 del Código Penal". Por ello, es claro

Ello no nos debe mover a propiciar que la suspensión no se recepte en la legislación material como sostuvo Sebastián Soler cuando se elaboró la propuesta de reforma al Código Penal en 1960; al contrario: la premisa debe ser que todo aquello que colabore a poner un freno a la pena estatal debe ser bienvenido. Si este instrumento, que sabemos no habrá de cumplir con su finalidad resocializadora, es útil para poner un freno a que el Estado pueda aplicar penas privativas de la libertad, debemos utilizarlo.

Lo que resta analizar es si el instituto habrá de cumplir con su "verdadera" finalidad plausible: descongestionar de trabajo los tribunales penales.

El Proyecto de la DNPC dice en este sentido que, por esta vía, se da "nuevamente ... una señal de política criminal muy clara respecto de la gravedad de los hechos delictivos, *estimulando a los órganos judiciales* a seleccionar cuidadosamente las causas que se habrán de tratar con su recurso más valioso: la audiencia para el debate oral y público".

En este sentido los proyectos ofrecen soluciones diversas, radicando su diferencia central en el reconocimiento o no que haga el autor sobre la comisión del delito que se le imputa.

El proyecto de la Dirección Nacional de Política Criminal expresamente excluyó el requisito de la *confesión* por un criterio "objetivo". Dice la exposición de motivos en este sentido:

"Se ha optado por incorporar este mecanismo objetivo a la alternativa del Anteproyecto (Zaffaroni) que requiere la confesión del procesado, por la fuerte carga negativa que contiene este término, a la luz de la experiencia histórica —que recoge la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal a partir del caso 'Montenegro'... que pone de relieve la ilegítima utilización de

que, aunque la pena no se aplique efectivamente para verificar la "certeza" de "no recaída en el delito", se establece la "sujeción de aquellos autores a la observancia de ciertas reglas que sirven de ayuda para evitar la renovada delincuencia...". La finalidad, en síntesis, atiende a que no se quiere correr el riesgo de que se relaje el efecto intimidatorio que le reconocemos a la pena estatal (prevención general negativa).

medios coactivos para obtener la confesión. Y además, para descartar la posibilidad que cualquier persona pueda asumir como propio un hecho ajeno, como favor o por precio...”.

Se debe señalar que el Proyecto del 86 también establecía la suspensión y se coordinaba con una propuesta para la legislación material que preveía el mismo requisito que el Anteproyecto de Zaffaroni, exigiendo que el autor haya admitido la *veracidad de los hechos que se le imputan*.¹⁸

La finalidad que se persigue con el reconocimiento de la imputación se basa, precisamente, en evitar que se inicie directamente el proceso desde su etapa de recolección de prueba. La propuesta oficial si bien cubre los riesgos posibles no evita que se congestionen los juzgados de instrucción.

Por otra parte, parecen exageradas e injustas las críticas que se realizan citando el caso “Montenegro”. Claramente el Anteproyecto se refiere a confesión ante *autoridad competente* y, de acuerdo con la actual normativa del Código Procesal, esa autoridad sólo puede ser el juez de instrucción.¹⁹ En este sentido, y salvo que se cuestione directamente la facultad del juez de interrogar al autor, no parece acertada la crítica.

En consecuencia, visto desde el descongestionamiento de los juzgados penales, la propuesta de Zaffaroni o la que acompañaba el Proyecto Maier parecen mucho más plausibles.

Lo que no se puede perder de vista es que si bien el instituto se haría operativo para que no ingresaran a los tribunales de juicio asuntos de poca entidad para dar paso a las causas “graves” y “complejas”, la necesidad de tramitación de *todos* los asuntos supondrá una recarga de trabajo que redundará en una deficiente preparación por parte de los agentes fiscales de los casos importantes. Deficiente preparación que asimismo les impedirá iniciar directamente investigaciones sobre aquellos asuntos de cierta entidad que puedan detectar. Es claro que la

¹⁸ Cfr. Maier, ob. cit., t. 1a., p. 389.

¹⁹ Para mayor abundamiento se puede repasar todo lo relacionado a la redacción del art. 184 CPP, especialmente en su parte final.

labor fiscal no puede ser vista como en compartimentos estancos donde cada escalón del cuerpo de fiscales actúa en forma independiente.

Pareciera que los agentes fiscales²⁰ deben tener como meta alimentar al juicio de los asuntos más importantes, y no podrán hacerlo adecuadamente si no tienen recursos y tiempo material. Imponerles investigar todos los casos, hasta llegar a obtener un cuadro objetivamente acabado de "elementos de convicción suficientes sobre la existencia del hecho y la participación" del autor, es sobrecargarlos de trabajo innecesariamente ante los supuestos donde el autor reconoce *verosíblemente* la imputación, distrayéndolos de los asuntos importantes.

De esta forma, la propuesta oficial no habrá de solucionar realmente el congestionamiento provocando *hacia atrás*, o bien deficientes investigaciones sobre asuntos "graves" que serán controladas en contra de la pretensión fiscal por parte de los jueces de instrucción y las Cámaras de apelación al intentar ser elevados a juicio o, directamente, impedirá que los agentes fiscales presten atención a esos casos.

El otro instrumento de regulación del trabajo que se tendría que haber previsto hubiera estado constituido por impedir que las causas en donde las fuerzas de seguridad o los organismos de control aún no han detectado al autor lleguen a la esfera jurisdiccional. Estos asuntos deben quedar exclusivamente en la órbita de los organismos propios de investigación en la esfera administrativa.²¹

²⁰ En este sentido es sumamente importante establecer la relación que debe existir entre el agente fiscal, el fiscal de Cámara y el fiscal de juicio —arts. 66, 67 y 68 del CPP—. En realidad, de la correcta coordinación de estos tres integrantes del ministerio público se derivará, en definitiva, la concreción de que los asuntos más importantes lleguen a juicio. No obstante, esta cuestión es marginal, ya que subsiste la determinación de *cuáles* son los asuntos importantes.

²¹ La práctica pone de resalto como hoy en día gran parte del trabajo diario de un juzgado que realiza tareas de instrucción está constituido por resolver burocráticamente expedientes de este tipo, significando exclusivamente una sobrecarga de trabajo en desmedro de los asuntos con autores individualizados o con imputaciones concretas. Esta forma de proceder evitaría, asimismo, la

Si los agentes fiscales, provistos de recursos humanos y materiales, tuvieran que concentrar sus esfuerzos exclusivamente en las causas "graves" y "complejas", descartando aquellas referidas a delitos menores donde el autor reconoce la imputación, y no tuvieran que efectuar ningún tipo de labor respecto de los "N.N.",²² su trabajo se vería beneficiado y los juzgados de instrucción se descargarían de una enorme cantidad de trabajo inútil y del peso de una responsabilidad que, en realidad, no les compete.

Al haberse establecido la composición y funciones de la Policía Judicial —arts. 33 y ss. de la ley 24.050—, una vez que ello se implemente, muy probablemente esta tarea será ejercida por estos *asistentes jurídicos*, que deben actuar coordinadamente, evitando que estos asuntos ingresen en el ámbito jurisdiccional, permaneciendo en la esfera administrativa.

Investigar los delitos es una tarea de los organismos de control, no de los jueces. El art. 196 del CPP nos ofrece una muy buena oportunidad de hacer realidad esta cuestión. La forma en que utilicen la facultad que les confiere ese artículo es responsabilidad de cada juez en particular, que hablará de la concepción que tienen de su función en el marco de una república.

Con lo expuesto hasta aquí se puede decir que, sin perjuicio de los beneficios que significará para que no se apliquen innecesarias penas privativas de la libertad por parte del Estado, la propuesta de suspensión del procedimiento a prueba —tal como se presenta en el proyecto oficial— no resulta del todo eficaz para subsanar la finalidad perseguida en lo que hace a que lleguen, efectivamente, al juicio las causas más importantes.

investigación de difusas y voluminosas denuncias en donde no se conoce autor alguno, pero se supone que se ha cometido algún ilícito.

²² Según estadísticas de la DNPC, las causas "N.N." suponen prácticamente el 78 % del trabajo de los juzgados a cargo de la instrucción en la Capital Federal: cfr. "anexos" del Proyecto DNPC.

2.2.2. *Penas alternativas*

Por el solo hecho de tratarse de *penas* se debe colegir que su aplicación debe venir precedida de un proceso.²³ Esta circunstancia, por sí sola, tendría que conducir a que se concluyera este punto aquí, debido a que resulta claro que las modificaciones propuestas para modificar el régimen de consecuencias jurídicas del delito de ninguna manera habrán de colaborar en que se preste atención sobre los asuntos “graves” y “complejos”. El hecho de ingresar un poco más en el análisis de esta cuestión se debe a que se intentará poner de manifiesto cómo este instrumento, contrariamente a lo que se afirma, no sólo no descongestionará de trabajo a los tribunales, sino que generará una mayor cantidad de tareas.²⁴

El proyecto de penas alternativas, en realidad, no constituye una propuesta de ley independiente, sino una modificación sustancial del Código Penal en lo atinente a las *consecuencias jurídicas del delito*.

Tanto el Anteproyecto de Zaffaroni como el Proyecto de la Dirección Nacional de Política Criminal parten de la base de la inutilidad y de los perjuicios que acarrea la pena privativa de libertad o, por lo menos, la utilización indiscriminada de ella. De allí, que se proponga un cambio radical en su utilización dando cabida a una importante batería de “alternativas” fijando, a su vez, *momentos de individualización*.

En el Título IV “De la penalidad y sus grados”, del proyecto oficial —art. 15—, se establecen los principios que deberán tener en cuenta los jueces:

- a) La pena, en ningún caso, podrá afectar a la víctima.
- b) No puede lesionar sentimientos de humanidad.
- c) No puede obstaculizar el restablecimiento de la paz social.
- d) No debe impulsar al autor “a realizar hechos punibles”.

²³ Ello debido a que la propuesta de reforma no establece mecanismos de aceptación de pena con supresión del proceso. Un instrumento de esa naturaleza si permitiría hablar de descongestionamiento del trabajo judicial.

²⁴ Cfr. Maier, ob. cit., pp. 156 y ss.

La garantía de judicialidad se prevé tanto para la *primera individualización* como para las *ulteriores* —art. 16—, las que serán “resueltas por el tribunal *conforme a las leyes procesales que correspondan*”; estableciéndose, asimismo, el control judicial de la ejecución —art. 17.

En punto a la cuantificación —art. 18—, se fija como tope el que surja *del reproche que pueda formularse al autor por el hecho*, estableciéndose que para llegar a él se debe tener en cuenta, en relación al hecho: las circunstancias que lo rodearon y la extensión del daño y del peligro creado; y, en cuanto al autor: sus motivos; sus circunstancias económicas, sociales y culturales; la mayor o menor comprensión de la criminalidad del acto y el comportamiento posterior al hecho tendiente a la reparación del daño o a la resolución del conflicto y sus efectos, pudiendo fijarse *en cualquier caso* una pena inferior al mínimo de la escala legal de concurrir las circunstancias “que establece el art. 81, inc. 2º, para el homicidio”.

A su vez, y conforme a la clase y monto de la pena que el tribunal determine en cada caso, se fijan los siguientes “grados de penalidad” —art. 19:

- 1) *leve*, si no corresponde pena de prisión o si corresponde pena de prisión que no exceda de un año;
- 2) *menor*, cuando excede de uno pero no supera los tres años;
- 3) *media*, excede los tres pero no supera los ocho años;
- 4) *grave*, excede los ocho pero no supera los quince años;
- 5) *máximo*, cuando excede los quince años.

Atento a esta graduación nos debemos detener en la especificación de cuáles son aquellas penas distintas a la de prisión que son consideradas en su totalidad como *leves* y que conforman el ámbito de su “alternatividad”.

En primer lugar nos encontramos con la pena de *multa*, que se cuantifica en “días de multa”, estableciéndose un mínimo de 5 y un máximo de 360, previéndose para el caso de que el condenado no pague *un día de prisión por cada día de multa*, la que deberá cumplirse en “forma efectiva” —art. 31—. En este

sentido, y genéricamente, la pena de prisión está prevista como "sustituta" de la multa, y no a la inversa.

No se aplicará en los casos en los que el condenado no tuviera capacidad de pago. En estos casos, o cuando sea "alternativa" a la de prisión, se la reemplazará con *trabajos de utilidad pública*, a razón de dos horas de trabajo por cada día de multa, y si el condenado no pudiera realizar ningún trabajo de utilidad pública, se la reemplazará por la pena de *reprimenda* —art. 32.

En los arts. 33 y 34 se regula la pena de *inhabilitación*, estableciéndose las reglas a seguirse en caso de incumplimiento, que puede acarrear la imposición de la pena de *cumplimiento de instrucciones*, *prisión* o *arresto domiciliario* de hasta seis meses la primera vez y hasta dos años en una segunda oportunidad.

A partir del art. 35 se regulan las penas de *interdicción de derechos*, *detención de fin de semana*, *prestación de trabajo de utilidad pública*, *limitación de residencia*, *prohibición de residencia*, *arresto domiciliario*, *cumplimiento de instrucciones*, *multa reparatoria*, *reprimenda* y *la caución de no ofender*.

La problemática de cada pena en particular, o las críticas internas que se pueden efectuar al sistema elegido, deben ser analizadas por separado, superando los límites de este trabajo. Mi intención, en este punto, consiste simplemente en introducir el tema con los aspectos generales de las penas establecidas como "alternativas" o "sustitutas" a la de prisión, cuestión que debe buscarse, a su vez, en cada uno de los tipos de la parte especial para los que el Proyecto prevé las respectivas modificaciones.

De la misma manera que en relación a la suspensión del procedimiento a prueba, los beneficios preventivo-especiales y generales se encuentran sobre toda discusión. La cuestión es saber hasta qué punto, efectivamente, estas modificaciones al Código Penal habrán de "estimular la cuidadosa selección" que se pretende.

Pareciera que lejos de conseguir ese efecto habrá de generar todo lo contrario por la falta de previsiones racionales. Si bien una aplicación adecuada de las penas previstas descongestio-

nará las cárceles disminuyendo la población que hay en ellas, se puede prever, seriamente, que habrá de congestionar —saludablemente— aún más el sistema de administración de justicia.

El art. 47 establece en su primera parte que:

“En el momento de la sentencia condenatoria o *en el que las leyes procesales determinen* ... el tribunal procederá a una *primera individualización*, conforme el prudente arbitrio que se le señala para el grado de penalidad que corresponda, y determinará también las condiciones de cumplimiento según las que se establecen para cada una de las penas”.

Y agrega:

“Hasta el agotamiento de la penalidad el juez podrá:

1) *Modificar la individualización* de las penas reemplazándolas por otras en los supuestos y bajo las condiciones que este Código establece, disponiendo el mismo arbitrio establecido para la individualización primaria. Salvo disposición en contrario, al individualizar penas diferentes, deberá descontar la parte de la pena que fue cumplida conforme a derecho, con la anterior individualización; o bien podrá

2) *mantener la individualización anterior* y modificar las condiciones en que debe cumplirse lo que resta de las penas”.

En cuanto a los reemplazos de la pena de prisión, se prevé la obligatoriedad en el caso de penalidad *leve*—art. 48—, siendo facultativa en todos los restantes, fijándose toda una batería de elementos a tener en cuenta a los efectos del reemplazo, y el cálculo del efectivo cumplimiento para la individualización en cada caso.

En cuanto a las penalidades *grave y máxima* conjuntamente, y con carácter general, se fija la imposición de las penas de *inhabilitación, interdicción de derechos y cumplimiento de instrucciones*, condicionándose el reemplazo a la pena de *caución de no ofender* a una serie de requisitos que deberán ser evaluados por el tribunal —art. 64.

Por último, se fija la *imposición facultativa de penas conjuntas de inhabilitación e interdicción de seis meses hasta diez años*,

aunque no estuvieran previstas expresamente en los arts. 65 y 66 en los casos en los que el delito fue cometido por: incompetencia o abuso de un empleo o cargo público; abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela; incompetencia, usurpación, abuso o temeridad en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de autorización o licencia o habilitación del poder público, y de multa cuando el hecho fue cometido con ánimo de lucro, ello también, sin que estuviese expresamente previsto, fijándose que la penalidad no podrá exceder 30 días multa ante los casos leves, llegando a 180 para los de grave y máxima.

El Proyecto, como vemos, introduce una gran cantidad de nuevos criterios, intentando no sólo proponer "alternativas" a la pena privativa de libertad, sino también ofreciendo criterios racionales que deben entrar *efectivamente* en consideración a la hora de individualizar la pena, lo que no puede menos que aplaudirse.

Lo que debe establecerse es la operatividad que tendrán y de qué manera esta prevista la *primera y las ulteriores individualizaciones* en la ley procesal nacional por la remisión expresa que hacen los arts. 16 y 47 del Proyecto.

Ahora bien, un juicio oral como el que consagra el "nuevo" Código de Procedimiento Penal para la Nación, pareciera no adecuarse acabadamente a todas las previsiones que se habrán de establecer en la reforma al Código Penal. Los motivos de ello vienen dados porque se "prescribe la producción simultánea de dos tipos diferentes de casos ... lo que conduce a rupturas si ambos tipos de casos deben ser elaborados con los mismos fundamentos y con un mismo interés conductor". Conlleva, además, el riesgo de que el juez no discrimine entre ambas cuestiones, y las informaciones relevantes a la hora de la "determinación de la pena" las valore (incluso de modo inconsciente) en el momento de decidir el "caso de punibilidad", determinando así la predisposición del juzgador."²⁵

²⁵ Magariños, Héctor Mario, "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena", ponencia presentada en el seminario de las cátedras de los Profs. Maier y Sancinetti en la Facultad de Derecho de la U.B.A. en el ciclo lectivo 1992, pp. 27 y ss. Se debe agregar que estos argumentos conducen, a su vez,

Para resolver esta cuestión, Magariños propone la división del debate. Por un lado, establecer el "caso de punibilidad" en donde se discutirá si se trata de una acción típica, antijurídica, reprochable a su autor y punible en la medida de su culpabilidad y la gravedad del hecho, para luego ingresar en el "caso de la determinación de la pena", donde nunca se podrá ir más allá del límite máximo señalado por el grado de culpabilidad.²⁶ Lo que está proponiendo es la incorporación de hecho de criterios que nos conduzcan a una *cesura del debate* tal como se encontraba previsto en el art. 287 del Proyecto del 86, donde el tribunal tenía la facultad de dividirlo.

En este sentido y aunque no previsto expresamente se puede deducir del art. 493 del CPP que se ha establecido un procedimiento que, sin llegar a cesurar el debate, puede permitir la separación de los "casos" para discutir concretamente la determinación de la pena.

Dice el art. 493 que:

"El tribunal de juicio hará practicar por secretaría el cómputo de la pena, fijando la fecha de vencimiento o su monto. Dicho cómputo será notificado al ministerio fiscal y al interesado, quienes podrán observarlo dentro de los tres (3) días.

Si se dedujere oposición, el incidente se tramitará ante el tribunal de juicio y se procederá conforme lo dispuesto en el art. 491. En caso contrario, el cómputo se aprobará y la sentencia será comunicada inmediatamente al tribunal de ejecución penal..."

El trámite del incidente de ejecución ofrece el lugar adecuado para discutir la determinación de la pena siempre y cuando

no sólo a imponer la necesaria cesura en dos "casos", sino también a plantear que sean jueces distintos los que lo hagan atento a la garantía de juez imparcial. En un proceso con jurados clásico este inconveniente se encuentra superado debido a que el "caso de la punibilidad o culpabilidad" es resuelto por el jurado mientras que el juez técnico se ocupa del "caso de la determinación de la pena". Más adelante se vuelve sobre el punto.

²⁶ Magariños, loc. cit. p. 25. Este criterio, por otra parte, es compatible con lo dispuesto en el art. 18 del Proyecto.

entendamos por *cómputo* todo lo relativo a la individualización y no exclusivamente el cálculo matemático de la condena menos el tiempo de prisión preventiva. Si entendemos por *cómputo* el cálculo efectuado por el tribunal de juicio que fija la pena de acuerdo al grado de culpabilidad del autor por el hecho cometido —como establece el art. 18 del Proyecto— y que ese monto no puede ser superado, corresponde a las partes efectuar los planteos que hagan a criterios preventivo-especiales y generales para disminuir la pena que se ha fijado como adecuada a la culpabilidad por el hecho.

Es decir: el caso de la punibilidad concluye con la sentencia condenatoria que tiene como límite máximo el grado de culpabilidad. Luego de ello y por vía incidental, ante el mismo tribunal se habrá de ventilar de acuerdo al trámite previsto en el art. 491 del CPP la necesidad de reducir la pena —o sustituirla por otra de acuerdo al Proyecto de reforma—, haciéndola a criterios preventivo-especiales y generales.

Otra posibilidad estaría constituida por diferir para el final de la exposición de la prueba lo relacionado con la determinación de la pena (art. 382, CPP).²⁷

Bertoni propone otra solución que —aunque reconoce que fuerza a la normativa del Código— estaría constituida por establecer que “las partes no presenten (o presentan en subsidio) las pruebas relativas a la correcta individualización de la pena. Terminado el debate, el tribunal delibera (art. 396) y entonces si considera la responsabilidad del imputado por el hecho, procede a la reapertura, recibiendo las nuevas pruebas para la correcta individualización de la sanción (art. 397).”²⁸

De esta forma se estará haciendo efectiva una interpretación acorde con nuestra Constitución Nacional, ya que “la culpabilidad es el límite máximo de la pena, más allá del cual no es legítimo ni posible que halle realización el fin de prevención general,

²⁷ En este sentido, Bertoni, Eduardo A., “La cesura del juicio penal”, ponencia presentada en el seminario de las cátedras de los Profs. Maier y Sancinetti en la Facultad de Derecho de la U.B.A. en el ciclo lectivo 1992.

²⁸ Bertoni, loc. cit.

y por debajo del cual, por consideraciones de prevención especial, es legítimo disminuir la pena hasta el mínimo legal, o en caso de que la ley lo prevea, reemplazarla por otra consecuencia jurídica menos grave, e incluso no imponer pena alguna."²⁹

Como vemos, intentar hacer más racional el proceso judicial de la individualización de la pena es una de las metas de la reforma proyectada, tanto al haber incorporado la figura del juez de ejecución como al haberse previsto una reforma al Código Penal de las características señaladas. El problema es que en este aspecto la sola previsión del juez de ejecución era insuficiente. Ello viene motivado por el hecho de que la reforma al Código Penal proviene de una línea de discusión mucho más avanzada y moderna que la que ha generado la nueva ley procesal.

Así como las penas que se proponen como alternativas a la privativa de la libertad son acordes con una línea doctrinal que intenta superar la mera retribución, la cesura del proceso se adecua más ajustadamente a las posibilidades de debate en el proceso penal de toda forma posible de alternatividad en la selección de penas. Esto, por otra parte, se adecua mejor al espíritu de nuestra Constitución Nacional.

Lo que debemos preguntarnos es cómo se habrá de instrumentar para que los objetivos perseguidos sean factibles y cómo habrá de incidir ello en la selección de asuntos que llegarán a juicio oral. Pareciera que no existe relación entre una cuestión y otra, pero la sobrecarga de trabajo necesariamente habrá de influir sobre las posibilidades reales de los órganos para ocuparse de la atención de los casos importantes.

Pensando en objetivos que se buscan no podemos menos que alarmarnos de lo dispuesto por la ley 24.121 respecto a estas cuestiones y, desde ya, podemos afirmar su fracaso con la consiguiente sobrecarga de trabajo que habrá de perjudicar a todo el sistema.

En lo relativo a los juzgados nacionales de ejecución penal, dice la exposición de motivos de la ley mencionada:

²⁹ Magariños, loc. cit., pp. 24 y 25. En el trabajo se efectúa una interpretación de la determinación de la pena adecuada a la letra de los arts. 18 y 19 de la CN.

“El artículo 71 del presente proyecto de ley establece la creación de *tres (3) juzgados nacionales de ejecución penal para el distrito judicial correspondiente a la Capital Federal*.

Es por ello que en el Anexo VIII se crean *tres (3) cargos de jueces de primera instancia*, los cuales serán asistidos —respectivamente— por *tres (3) secretarías con su dotación completa* de personal procedentes de los juzgados nacionales de primera instancia en lo criminal de sentencia... Además, en dicho anexo se prevé la integración del equipo interdisciplinario al que alude el art. 29, párrafo segundo, de la ley 24.050, mediante la incorporación de *dos (2) médicos, un (1) psiquiatra, un (1) psicólogo y dos (2) asistentes sociales*.

El art. 73 establece, en cuanto a las causas que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 23.984, se encuentren con sentencia firme, en las que hubiere condena sin ejecutar totalmente, que cada juzgado nacional de Capital Federal las remitirá a los juzgados nacionales de ejecución penal de dicho distrito, debiendo el órgano judicial competente determinar la modalidad de distribución de las mismas. Como consecuencia de ello se establece en el art. 87 que tres (3) juzgados nacionales de ejecución penal se implementaran con imputación a la partida presupuestaria correspondiente al presente año.

Finalmente resta señalar que el órgano judicial competente determinará el modo de cumplimiento de lo establecido en el último párrafo del art. 29 de la ley 24.050, utilizando para ello los órganos del ministerio público del nuevo sistema judicial, *sin necesidad de crear cargos especiales* para el desenvolvimiento de las funciones asignadas por el Código Procesal Penal de la Nación al fiscal y al defensor oficial que deben actuar ante el juez de ejecución.

En el interior del país las funciones del juez de ejecución de la pena, serán desempeñados por un juez del tribunal oral que dictó la condena respectiva. Según el caso y el modo en que lo disponga el órgano judicial competente, asumirá dicho rol procesal uno de los vocales del tribunal del juicio en lo criminal o el juez federal con competencia penal encargado de juzgar en instancia única la materia correccional ... En consideración de ello, y teniendo especial atención de la realidad del mapa judicial

del interior del país, así como de los lugares donde se encuentran las dependencias del Servicio Penitenciario Federal, por el art. 76 del presente proyecto de ley, se prevé la creación de *diecisiete (17) cargos de secretario de primera instancia ...* para que se implemente la oficina establecida por el párrafo tercero del art. 29 de la ley 24.050, *a fin de que dicho funcionario represente —en cada uno de los establecimientos penitenciarios federales actualmente existentes— al tribunal que ejerce las funciones del juez de ejecución en el interior del país ...* Mientras que en los casos de suspensión del proceso a prueba, *el control de las reglas de observación establecidas será realizado por el juez que las impuso ...* En esta cuestión, será el órgano judicial competente el que tendrá a su cargo la organización de una oficina encargada de asistir a quien asume el rol de juez de ejecución...”

La sola lectura de esta exposición de motivos pone de manifiesto las enormes deficiencias con que nace el nuevo Código. Su implementación, en lo que hace al control judicial de la ejecución de la pena, lo torna inviable. Tres jueces para la ciudad de Buenos Aires son tan insuficientes que es innecesario formular mayores comentarios. Asimismo, la escasa dotación de personal para integrar el equipo interdisciplinario que asesorará a esos tres jueces es claramente insignificante para la tarea que tienen por delante de control de los requisitos de la suspensión del procedimiento a prueba o las que vengan impuestas por la ejecución de la especie de pena en particular.

En lo relativo a los juzgados nacionales del interior del país, para los que no se crean cargos de juez de ejecución, se debe decir que los diecisiete cargos de secretarios de primera instancia que se crean deberían convertirse, con urgencia, en cargos de jueces. De esta forma se estaría dando respuesta también a una cuestión no menos importante que atañe a la garantía de imparcialidad del juez.³⁰

³⁰ Ver en este sentido el trabajo de Alberto G. Lozada, “Imparcialidad y jueces federales”, publicado en la Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional N° 5, pp. 67 y ss. donde, sin fisuras, es claramente expuesta esta cuestión.

De la misma forma que el juez que instruye en un asunto no debe dictar sentencia en ese asunto, el juez que sentenció no debe intervenir en el curso de la ejecución de la pena que impuso.³¹

Lo expuesto hasta aquí pone de manifiesto que el objetivo de llevar a juicio las causas "graves" y "complejas" se verá empañado por la cantidad de tareas adicionales que tendrán los órganos encargados de obtener en que lleguen a juicio.

Esta circunstancia se advierte claramente en cuanto a las previsiones para el interior del país. En lo que hace a la ciudad de Buenos Aires, más allá de los insuficientes tres jueces de ejecución, el trámite incidental que supone una correcta aplicación de previsiones constitucionales respecto de lo dispuesto en el art. 491 del CPP o la separación del debate en un momento diferido, redundará en una sobrecarga de trabajo, necesaria y positiva, para los tribunales que, no obstante, perjudicará las posibilidades reales de llevar a juicio un mayor número de asuntos.

Pero, como vemos, y más allá de que los proyectos mencionados seguirán siendo insuficientes para evitar los problemas de congestión judicial, nos debemos seguir preguntando a cargo de quién estará decidir qué asunto ingresa a juicio.

Pareciera que el "estímulo a los órganos judiciales para seleccionar cuidadosamente las conductas que habrán de llegar a juicio" debe ser encausado en base a estudiadas y claras directivas de política criminal.

3. La decisión a cargo de los fiscales de juicio

La decisión relativa a cuáles deben ser los asuntos que lleguen a juicio no puede quedar a cargo de los jueces. No parece

³¹ Así Salt, Marcos, "Tribunal de ejecución: ¿Algo nuevo en la ejecución de las penas?", ponencia presentada en el seminario de las cátedras de los Profs. Maier y Sancinetti de la Facultad de Derecho de la U.B.A. en el ciclo lectivo 1992. nota 14. Asimismo, cfr. lo expuesto en la nota 25.

adecuado, salvo que se previeran mecanismos de consulta permanente entre las distintas salas para establecer qué clase de asuntos llegarán a juicio y cuáles no. De no establecer algún mecanismo de control previamente admitido y controlado, se atentará seriamente contra el principio de igualdad ante la ley. Es decir, debemos prever una doble ilegalidad a efectos de hacerla algo más tolerable.

La única posibilidad viene dada por fijar reglas previsibles sobre los asuntos que habrán de llegar a juicio por déficit de infraestructura material y humana. Por la propia organización interna del Poder Judicial, sus órganos (jueces y tribunales) no pueden establecer estrategias de antemano sobre esta cuestión, ya que la propia independencia que debe existir hacia adentro les impide establecer criterios de actuación en conjunto. Por otra parte no parece viable que se pueda llegar a plantear en casación esta problemática por ausencia de motivo al ser claramente ilegal ni que el Tribunal de Casación tenga alguna suerte de facultad de superintendencia para establecer estrategias de acción coordinada. Si se pretendiera hacer algo así se estaría violando la independencia "hacia adentro". De esta forma pareciera que el órgano que se presenta como mejor dotado para efectuar propuestas en este sentido es el constituido por el cuerpo de fiscales penales, quienes sí pueden actuar en forma coordinada y estableciendo criterios político-criminales tendientes a la obtención de algún objetivo establecido de antemano.

Es imposible que se den directivas a los jueces, y la circunstancia de que el Poder Ejecutivo pudiera mostrar su inquietud sobre un determinado tema no puede ser presentada como una exigencia legítima respecto de ellos. La tradición nacional muestra que es a través del cuerpo de fiscales cómo se pueden introducir estas cuestiones,³² y por ello la vía más apropiada para establecer criterios de selección que eviten la situación que se presentó en Córdoba está dada por la determinación por parte de los fiscales de los asuntos que desean ventilar en juicio.

³² Era el caso de lo que establecían los arts. 116 y 117 del anterior Código Procesal. En este sentido ver el trabajo de Bertoni en este libro, pp. 219 y ss.

Más allá de la dependencia funcional del cuerpo de fiscales penales pareciera que la Dirección Nacional de Política Criminal —Ministerio de Justicia— podría dar algunas pautas de orientación en este sentido, y dentro del respeto al principio de legalidad, indicar sobre qué asuntos se deben destinar la mayor cantidad de recursos materiales y esfuerzos humanos, incluso en lo atinente a determinación de la pena y a la libertad del imputado durante el proceso. La misma facultad le cabe a la Procuración General que, dependiente como es del Poder Ejecutivo desde que la designación de su titular se efectúa por decreto presidencial sin acuerdo del Senado, puede canalizar a través de ese organismo del Ministerio de Justicia las inquietudes de quienes tienen a su cargo la ejecución de toda la política del Estado, indicándole a los fiscales criterios generales de actuación. El efecto preventivo especial que se señala como obtenido en la experiencia cordobesa, debería ser compensado, en este aspecto, con el preventivo general (positivo) al que debe tender una política criminal que aspire a restablecer sobre los ciudadanos la confianza en sus instituciones, normas y valores. Estas previsiones pareciera que sólo pueden ser trazadas por cuerpos técnicos que, en base a datos empíricos, establezcan pautas claras de acción y no sobre la *discrecionalidad* de los jueces.

Es decir, el aporte de estudios criminológicos determinará en muchos casos decisiones político-criminales, y para ello debemos contar con equipos especializados. El Poder Judicial carece de esos cuerpos, por ello pareciera que esta misión debe recaer en el Poder Ejecutivo, que sí los tiene; potenciando, especialmente, la labor que en ese sentido debe dar la Dirección Nacional de Política Criminal.

Se puede decir que, aunque no expuesta expresamente, ésta era la opinión del ministro de Justicia Arslanián. Al dirigirse al Senado de la Nación a propósito de la propuesta que se efectuaba, y vinculado al recorte de facultades que se le reconocían de hecho a las fuerzas policiales, decía:

“En este momento la experiencia nos advierte que cuestiones fundamentales como el qué, cuándo y quién de la perse-

cución penal están fundamentalmente en manos de quienes tienen la prevención policial o la policía judicial. Esto significa una suerte de dejación, de abandono por parte del Poder Ejecutivo, que no diseña ni ha diseñado políticas al respecto en la República Argentina... Queremos ser exigentes en esto y tener una oficina donde se puedan elaborar proyectos y hacer investigación de campo con ese fin. Justamente en la nueva estructura del Ministerio de Justicia hemos creado la Dirección Nacional de Política Criminal, la cual, entre otras cosas, tiene la misión de hacer investigaciones de campo que sirvan luego para la toma de decisiones legislativas y como base informativa del Congreso."³³

Que la misión de decidir qué asuntos llegan a juicio deba recaer en los fiscales penales constituye una decisión política de suma trascendencia que debería ser asumida por el conjunto de jueces no como un "recorte de poder", sino como una consecuencia necesaria de la división de poderes, que sólo redundará en fortalecerlos como Poder.

No parece que la misión del Poder Judicial deba ser investigar o perseguir delitos; su misión primordial es la de preservar los derechos del individuo frente a la intervención del Estado. Si el Estado desea privarlo, por ejemplo, de su libertad, de parte de su patrimonio o de los derechos inherentes a la patria potestad, corresponde a los jueces decidir si ello es legalmente correcto o no. Los jueces deberían limitarse a juzgar y no a investigar.

Es ante estas cuestiones donde se pone de manifiesto de manera más cruda la existencia de modelos fuertemente arraigados en la conciencia colectiva que nos impiden ver como todavía hoy seguimos aceptando prácticas inquisitivas —como lo es la figura del juez de instrucción— que deberían ser totalmente erradicadas para que el juez asuma, durante la investigación sobre una persona —etapa de instrucción— y a

³³ Cfr. el informe efectuado en la sesión del 21 de agosto de 1991 por parte del ministro Arslanián ya citado; ver nota 5.

la hora de decidir qué pasará al debate y durante su desarrollo, su verdadero rol de custodio de los derechos y garantías frente a la intervención del poder estatal.

En este sentido se deberían arbitrar los mecanismos de derecho o de hecho que sean necesarios para que se encuentre a cargo de los fiscales la determinación de los asuntos que habrán de llegar a juicio. Como, por ejemplo, solicitar la opinión del fiscal del juicio. Al no estar reglamentada esta cuestión, escucharlo no parece ilegítimo, sino todo lo contrario, ya que el tribunal ganará en *imparcialidad* distanciándose del asunto.

Como sostiene Bovino en el análisis de los arts. 354 a 362, "el primer problema que plantea el diseño de esta etapa es la intervención, en la preparación del debate, de los mismos jueces que intervendrán en el debate. Es evidente —dice— que, por escasa que sea la actividad que desempeñe el tribunal en este momento, debe tomar contacto con el expediente que ha sido el resultado de la instrucción". Y citando a Gómez Colomer en una extraña distinción prejuiciada por las bondades que pueden reportar los jueces técnicos, apunta: "Respecto a este problema, dice Gómez Colomer: 'El contenido de los autos está excluido en principio como fundamento de la sentencia. En ese sentido el juez técnico puede tomar conocimiento de los mismos, pero el lego no lo tiene permitido, por regla general, por el peligro grave de influencia inconsciente.' Independientemente de la discriminación que supone tal afirmación evidencia la necesidad de que los jueces no tomen contacto con el expediente, para garantizar que la decisión se funde en los actos del debate y no en algo distinto. Los jueces no tienen un manejo de su inconsciente superior al de los demás mortales, por lo que ese peligro existe también para ellos, a lo que se suma la influencia consciente que pueda producir tal lectura. Un tribunal que verificó la acusación, revisó la pertinencia de las pruebas, tramitó excepciones y realizó instrucción suplementaria está prácticamente en condiciones de dictar sentencia...".³⁴ En este sentido, y como Bovino propone, esta etapa *debe* estar a cargo

³⁴ Crf. nota 4.

de jueces distintos a los que habrán de intervenir en el debate. Esta es, por ejemplo, la propuesta introducida en el proyecto de Código Procesal realizado para la República del Ecuador por Julio Maier y Alberto Binder. Con lo expuesto quiero decir que si queremos ser coherentes con el principio de imparcialidad del juzgador; si como se propone el juez de la preparación debe ser otro del juez del debate, este último de ninguna manera puede decidir cuál es el asunto que le será presentado para su juzgamiento por él (ellos). De esta forma, a su vez, podemos delinear un poco más algunas de las consecuencias que se desprenden, y concretan, el principio del juez imparcial: por un lado el juez que instruye no puede dictar sentencia; asimismo el que sentencia condenatoriamente no puede controlar la ejecución de esa pena y, por último el que prepara el debate o interviene en el procedimiento intermedio no puede ser juez del debate, razón por la cual, tampoco puede decidir qué asunto será ventilado en el juicio oral.

Con lo expuesto hasta aquí se ha reflexionado acerca de la selección de conductas una vez que son llevadas a juicio. Es decir, se comenzó desde el final. Ahora corresponde retroceder para intentar reflexionar, desde la perspectiva fiscal, cómo se puede llegar a detectar desde el comienzo, o antes, cuando nos encontramos en ciernes ante una causa "grave" y "compleja" y, en la realidad, qué es lo que ocurre y se debe evitar.

La labor de los fiscales penales es imposible si no cuenta con eficaces órganos de control de los delitos que se fijan en el traslado de una política criminal. Es decir: a la selección que se hará de las conductas que ingresen en la maquinaria judicial debe sumarse la previa selección que efectúan los organismos de control, todos ellos claramente ajenos a la órbita del Poder Judicial.

Este punto, de extrema importancia, permite advertir, por otra parte, la enorme dificultad que existe en judicializar el cuerpo de fiscales si queremos obtener una mayor efectividad. Los organismos de control como, por ejemplo, la DGI o la DNRP, deberían pasar a estar bajo la esfera del Poder Judicial si es correcto que corresponde al Poder Judicial investigar delitos. Este extremo no parece aceptable.

Lo expuesto, en consecuencia, nos introduce en una cuestión de selección previa que se presenta, todavía, más ilegítima e injusta que la anterior.

4. La selección con miras a revertir una política criminal que alienta la impunidad de los "poderosos"

Proceso "informal" de selección de la conducta criminal

Con mucha antelación a que el fiscal del juicio puede decidir qué asunto llevará al debate, se encuentra una serie de instancias formales e informales que limitarán su campo de acción en la individualización de causas "graves" y "complejas". El riesgo que se corre si no se actúa coordinadamente está constituido por el hecho de que sean los asuntos "menos graves" y "simples" los que se ventilen oralmente; asuntos que, por otra parte, interesan casi exclusivamente a los delitos convencionales cometidos por personas ubicadas, generalmente, en los estratos sociales menos favorecidos.

La oralidad, por sí, nada aporta en este sentido; por ello, para que no se siga produciendo un reparto injusto de la criminalidad, debemos plantearnos cómo actúan esos órganos de control y qué relación deberán tener los fiscales, en el marco del nuevo Código, con ellos. Debemos intentar ubicarnos en el marco real sobre el que habrán de operar.

Determinar en qué medida los delitos que llegan a conocerse coinciden con los efectivamente realizados ocupa los estudios criminológicos desde hace mucho tiempo. Sabemos que sólo una pequeña parte de los hechos punibles llega a conocimiento de los órganos de prevención y control, denominando a este fenómeno como la *cifra negra* del delito.³⁵ Esta cuestión es central para el diseño de cualquier política criminal, ya que el carácter fragmentario del conocimiento empírico que tenemos de la cifra

³⁵ "Se designa como *cifra negra* la diferencia entre los hechos punibles efectivamente perpetrados y los que han llegado a conocimiento oficialmente"; cfr. Zipf, Heinz, *Introducción a la Política Criminal*, ER, Jaén, 1979, pp. 112 y ss.

negra nos impide conocer su verdadera extensión y, por ello, establecer cursos de acción predeterminados.³⁶ Por este motivo, y ante la imposibilidad de contar con claros estudios de campo sobre el objeto respecto del que se debe operar, las decisiones siempre tendrán un alto contenido de arbitrariedad condicionadas, exclusivamente, por negativos criterios preventivo-generales.³⁷

Con ello ya tenemos un proceso de selección; lo que debemos preguntarnos es si en el proceso posterior se produce una selección ulterior entre los hechos punibles conocidos por parte de esos órganos de control; es decir, antes de que ingresen en la maquinaria judicial.

En general la problemática de selección —donde también se ubica lo atinente a la cifra negra— ha sido llevada a la conciencia general hace ya algunos años mediante la teoría del *labelling approach*.

Hacia los años setenta se comienza a superar la explicación *etiológica* del delito y cobra gran vigor otra basada en la *interacción* que parte de los conceptos de “conducta desviada” y “reacción social”. Genuinamente norteamericana, esta nueva perspectiva o enfoque del análisis del comportamiento humano intenta dar una explicación científica de los procesos de criminalización, que atiende más a los órganos de control que a las causas del hecho delictivo.³⁸

³⁶ Ello debido a que la estadística criminal no ofrece un cuadro completo y confiable de la criminalidad; cfr. en este sentido Kaiser, Günter, *Introducción a la Criminología*, traducción de José Arturo Rodríguez Núñez, Ed. Dykinson, 7ª ed., Madrid, 1988, pp. 215 y 235 y ss.

³⁷ Se debe señalar que lo expuesto no significa adherirse a las críticas dirigidas a la implementación de teorías sistémicas en la solución de los conflictos que pretende resolver el Derecho Penal. Como correctamente se ha apuntado: “no se puede descalificar *a priori* la teoría sistémica, sino que habrá que analizar las concretas construcciones basadas en ella, pues en principio, la teoría sistémica puede ser un instrumento útil para el análisis penal”. Pérez Manzano, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, ed. de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990, p. 54.

³⁸ García Pablos de Molina, Antonio, *Manual de Criminología*, Espasa-Universidad, Madrid, 1988, pp. 581 y ss.

Los grados de selección genéricamente van desde:

- a) la fijación de las figuras delictivas;
- b) el acto de denuncia del perjudicado;
- c) las averiguaciones de los órganos de persecución penal;
- d) las posibilidades de sobreseimiento;
- e) la decisión judicial;
- f) función selectiva de la opinión pública.

El desarrollo de cada uno de estos puntos en particular excede mis limitaciones y los términos del trabajo. Aquí quiero referirme exclusivamente a lo atinente a las averiguaciones que realizan los órganos de persecución penal en el proceso de definición de la conducta criminal, enfocándolo desde la perspectiva del cuerpo de fiscales.

Como titulares exclusivos de la acción penal pública (art. 5º, CPP) son los fiscales los encargados de hacer operativas las *definiciones normativas*, dando respuesta cuando se concretan en *denuncias de las víctimas* o, principio de legalidad mediante, cuando son detectadas por cualquier medio.

Es decir, la mera definición normativa no define la conducta criminal si no se acompaña por la operatividad del órgano encargado de hacerla efectiva. La ley configura tan sólo un marco abstracto de decisión en donde los agentes encargados del control ejercen un amplio margen de discrecionalidad.

Lo expuesto se conecta directamente con el carácter político de la criminalización. En todos los grupos sociales existe un cierto consenso sobre la cualidad persuasiva de las normas (prevención general negativa) en donde se vincula la criminalización real a los intereses del grupo, especialmente, de aquel que detenta el poder. Se puede afirmar que el poder se manifiesta en los procesos de criminalización legislativa y *práctica*. Esta cuestión descansa, básicamente, en el proceso de etiquetamiento formal como delincuentes que llevan a cabo los órganos de control, debido al reparto desigual de poder y criminalidad registrada, detectada y perseguida. De esta forma se puede

afirmar que las definiciones normativas son entregadas a los órganos de control para que los completen.³⁹

Por ello, más allá de cualquier estudio empírico que se realice para decidir una línea político criminal, la definición delictual siempre estará librada a la "arbitrariedad" de una decisión política.

Por su parte, estos procesos de selección presentan en el ámbito nacional una doble problemática que impide su tratamiento unitario. La cuestión puede verse en dos aspectos:

- a) territorial;
- b) por materia.

Desde el punto de vista del territorio los criterios de selección que puedan establecerse para la ciudad de Buenos Aires puede que no sean adecuados para los ámbitos provinciales. Éste es un punto al que debe prestarse especial atención, ya que pretender regular con parámetros centrales cuestiones locales habrá de resultar extremadamente perjudicial.⁴⁰

³⁹ Cfr. en este sentido, Kaiser ob. cit., p. 78.

⁴⁰ De allí la imperiosa necesidad de establecer direcciones de política criminal en todo el territorio nacional e incluso en los ámbitos municipales. Si los habitantes de las provincias pueden quejarse del centralismo exagerado que rige en nuestro país, donde todas las decisiones de alguna entidad pasan por la ciudad capital, en materia político-criminal deberían estar doblemente alertas. La penalización del consumo de hojas de coca fue un buen ejemplo durante la vigencia de la ley 20.771 de cómo la realidad para unas zonas del país se torna ajena a otras. Pero a su vez, las críticas de los "del interior" deberían ser recogidas por los "porteños" en sentido inverso. En tiempos en los que se propone una reforma constitucional, deberíamos reflexionar sobre la necesidad de seguir manteniendo, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, la misma legislación procesal que se utiliza para los asuntos federales. La implementación de un sistema de administración de justicia con la intención de adecuarse a las necesidades de todo el territorio nacional muy probablemente esté privando a los vecinos de la Capital de una forma de resolver sus conflictos penales que no tenga que ser compatible con la que deba regir para administrar justicia penal en todo el país. El grueso de los casos que se ventilan en la ciudad de Buenos Aires involucran a la justicia local de esta ciudad, siendo los menos los que interesan a los fueros federal y en lo penal económico. Las cortas distancias, los recursos humanos y materiales con que cuenta le permitiría adoptar un Código exclusivamente pensado para que se aplique en ella. De la misma forma que se cuestiona la facultad presidencial de designar al intendente de la ciudad se debería cuestionar que mientras los habitantes del resto del país reservan para sí la facultad de organizar sus sistemas de administración de justicia,

En el ámbito de la Capital Federal la distinción por fueros debe ser analizada en cada caso. Las necesidades y problemática de selección de las conductas que presenta la persecución de los delitos convencionales (justicia local) coordinada, básicamente, con Policía Federal es diferente de la que se presenta en orden a delitos que involucran a funcionarios públicos (nacionales) o que afectan bienes de la Nación, siendo generalmente los organismos encargados de la prevención de los delitos que ingresan en esa órbita de características diferentes que los que tiene un ente organizado (para)militarmente. Entre otros, éste es el caso de la Procuración del Tesoro de la Nación, Tribunal de Cuentas de la Nación, Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, Sindicatura General de Empresas Públicas, Banco Central, Administración Nacional de Aduanas, Dirección Nacional de Recaudación Previsional y Dirección General Impositiva.

La necesaria coordinación que debe existir entre esos organismos y el cuerpo de fiscales, en la mayoría de los casos es nula, principalmente debido a la diferente competencia específica de unos y otros, pero una correcta tarea de prevención

deberían los vecinos de Buenos Aires tener idéntica facultad. El hecho de que representantes (diputados y senadores) de las provincias decidan sobre una ley que habrá de tener especial incidencia sobre la Capital, se presenta tan cuestionable como la facultad presidencial de designar al intendente. Lo expuesto es con independencia de que si efectivamente se aplicara la letra de la Constitución, en todo el territorio nacional se debería aplicar un sistema de administración de justicia penal con el sello que impondría el *juicio por jurados* (arts. 24, 67, inc. 11°, y 102, CN), ya que al ser una facultad atribuida al Congreso Nacional, al dictarse la *ley nacional* sobre el establecimiento del jurado todos los Códigos provinciales tendrían que adecuarse a él, de tal forma que la legislación procesal se unificaría en todo el país. La impronta que otorga al proceso penal el establecimiento del sistema de jurados unificaría de manera natural las reglas de la instrucción, tornándola necesariamente más *informal*, trasladando, definitivamente, el centro del proceso penal de la instrucción al juicio, y quedaría a cargo de los legislativos locales exclusivamente fijar las reglas en materia de recursos. Si se hubiera dado cumplimiento con el mandato constitucional el art. 5° de la CN tendría que interpretarse restrictivamente por quedar excluido el proceso penal que debería adecuarse a una ley federal. Por otra parte, el haber atribuido esta facultad al legislativo federal ha impedido, en principio, que las provincias que hubieran querido cumplir con el mandato constitucional lo pudieran realizar.

y represión determinaría mayor comunicación y contacto para la obtención de los objetivos políticos que cada área en concreto persiga para hacerlos compatibles con los del diseño de la política en la esfera criminal.⁴¹

En este sentido se pone el acento generalmente en la labor de las fuerzas policiales en quienes pareciera que se ha delegado la tarea de selección de la conducta criminal. Problemática, por otra parte, que es ampliamente tratada en todos los manuales de criminología que se puedan consultar. La cuestión a la que se le debe dedicar mayor importancia es a la de *los otros órganos de control* ubicado, como las fuerzas de seguridad, también bajo la órbita del Poder Ejecutivo a nivel nacional o provincial.

La circunstancia de que la criminalidad se *reparta* como un bien "negativo" en relación inversa al reparto de los bienes "positivos" en perjuicio de las clases sociales menos favorecidas, depende de la falta de operatividad de esos organismos de control que exceden la competencia funcional de las fuerzas policiales. Ésta es, sin duda, en los hechos, la constatación más acabada de la hipocresía que supone el principio de legalidad.

Las fuerzas de seguridad tienen como competencia específica la prevención y represión casi exclusiva en el segmento de los delitos convencionales, mientras que compete a esos otros organismos lo atinente a toda la variada gama de los *delitos de cuello blanco* y los cometidos por funcionarios públicos, o por particulares en perjuicio del erario público. Es decir, el ámbito de los delitos que se cometen desde el poder que incluyen, aunque requieren de un tratamiento especial y pormenorizado,

⁴¹ Esto siempre que se eche mano del derecho penal para intentar dar una solución a esos conflictos. En este punto se puede advertir también el lado irracional —y negativo— del principio de legalidad (procesal) y del monopolio estatal de la acción penal. Sin pretender sostener que nos encontramos culturalmente preparados para aceptar una disponibilidad absoluta de la acción penal (absolutamente privada), parece que toda excepción a la legalidad (reglas de oportunidad procesal) y cambio de la titularidad de la acción penal, dando mayor intervención a las víctimas, nos puede ofrecer un buen camino para saber sobre qué porción del universo delictual el Estado debe concentrar sus esfuerzos de control y persecución. No obstante, a mi criterio, el paso previo necesariamente está constituido por revertir las líneas actuales de distribución de la criminalidad.

la violación a los derechos humanos que, por definición, se cometen desde y amparados por el aparato de poder del Estado.

En nuestro país reconocen altas cifras de impunidad y se encuentran plenamente vigentes por ineficiencia y falta de decisión política que revierta esa sensación. Las estadísticas que se publican casi a diario en diferentes medios de prensa hablan de la desconfianza más absoluta que los ciudadanos tienen de estos órganos de control, siendo sistemáticamente sospechosos de amparar a los "poderosos".

En este esquema, poco podrían hacer los fiscales penales para revertir esa sensación tan perjudicial en la afirmación de valores, bienes y normas. Si esos órganos de control por acción u omisión no cumplen con su tarea, produciendo una selección discriminatoria e injusta, la maquinaria judicial, pese a su "recurso más valioso (juicio oral)", poco podrá hacer.

5. *La necesaria coordinación de los organismos de control con los fiscales penales*

Con independencia de las cuestiones de coordinación interna del cuerpo de fiscales y con independencia de lo que disponga la futura Ley Orgánica del ministerio público, se debe señalar que, acertadamente, el art. 183 del CPP establece que las fuerzas de seguridad deben reunir pruebas "para dar base a la acusación". Si tomamos este artículo como punto de partida de la relación que debe proyectarse entre los fiscales, fuerzas de seguridad y demás organismos de control, combinada con una amplia utilización de la delegación establecida en el art. 196 del CPP, la labor de los fiscales tenderá a que ocupen su "lugar verdadero".

Especialmente en lo relativo a los delitos convencionales, la actuación combinada permitirá que los esfuerzos y selección se realice de manera menos ilegítima, adecuando la tarea de selección a lo que manda el art. 183 citado; es decir, debe corresponder a los fiscales la tarea de selección. Los fiscales, a su vez, estarán coordinados en este aspecto por las directivas que realice la Dirección Nacional de Política Criminal, comple-

mentando la labor que realicen los *asistentes jurídicos* que actúen ante las fuerzas de seguridad.

En lo que respecta a los otros organismos de control, sólo con una clara decisión política que los torne operativos podrá permitir a los fiscales actuar o, sino, directamente, ubicándolos bajo su órbita como preveía la organización del ministerio público que acompañaba al Proyecto del 86.⁴² Claramente: si no existe la decisión política de revertir el reparto de la criminalidad, los fiscales nada podrán hacer, ya que no es su función prevenir los delitos cometidos bajo el amparo del poder, sino perseguirlos una vez detectados. Si los específicos organismos de control no los detectan, no podrán impulsar ninguna acción o les será dificultoso por ingresar en competencias que no les son propias. En este sentido el fiscal debe realizar una doble labor de investigación para poder determinar si se cometió un delito, ya que debe, asimismo, determinar si el organismo de control no cometió otro al incumplir con su deber de control.

No obstante, debido a que cada órgano de control tiene su propio sistema de selección discriminatorio, sería conveniente que los fiscales ejercieran presión en cada ámbito en particular, marcando las líneas de acción. Ello significa que deberían tener intervención directa en las investigaciones sumariales que realicen esos organismos de control.

La forma en que debe coordinarse es absolutamente diferente en razón del territorio y por fueros, razón por la cual no es posible ofrecer pautas generales de actuación, pero sí señalar que el esfuerzo siempre debe estar dirigido, desde la etapa de instrucción, a las causas más "graves" y "complejas", descartando directamente las otras. La cuestión es individualizar antes de que lleguen al juicio, tarea que se encuentra a cargo de los agentes fiscales, verdaderos pilares del actual sistema. Máxime, si tenemos en cuenta que *sin* el requerimiento inicial (art. 180 CPP) los jueces de instrucción no pueden actuar.⁴³ Sólo hace falta la decisión política para hacerlo.

⁴² Maier, ob. cit. t. 1b, p. 165.

⁴³ Sobre la interpretación de este "vacío legal" ver, en este libro, la opinión de Guariglia en la nota 32 de las pp. 95 y 96; asimismo lo sostenido, también

6. Conclusión: "combatir" el delito es una cuestión exclusivamente política

Cuando durante la pasada administración de la UCR se aprobó la ley 23.492 ("Punto final"), se intentó trasladar un problema exclusivamente político al campo judicial, obteniendo como respuesta el inmediato rechazo de los jueces, que produjeron un mayor número de procesamientos que los esperados. Dice Sancinetti en este sentido: "Hasta los propios jueces se vieron movidos, sin embargo, a dictar más procesamientos de los que deseaban; tantos, que la estrategia misma quedó neutralizada: lo que jurídicamente era una amnistía condicionada, políticamente no lo fue, precisamente porque se cumplió la condición que evitaba la amnistía, al menos respecto de muchos hechos."⁴⁴

Probablemente se deba reprochar a los jueces no haber hecho nada hasta ese momento pero, y sin emitir juicios de valor, quizá se debiera a que ese estamento estaba esperando que los órganos políticos produjeran el hecho político respectivo que los "habilitara" para actuar. Pretender responsabilizar a los jueces por no haber actuado hasta ese momento es olvidar que toda decisión vinculada a la persecución de los delitos constituye una decisión política ajena, en consecuencia, al Poder Judicial.

El órgano con que cuenta el Poder Ejecutivo para lograr ese fin —el de perseguir delitos— en el marco del sistema de administración de justicia penal esta constituido por el cuerpo de fiscales. Si la administración radical pretendió manipular a los fiscales en un sentido inverso, es una cuestión —ilegítima— diferente.

De la misma forma, cuando la actual administración judicialista condiciona el apartamiento de un integrante del

aquí, por Cerletti y Folgueiro, capítulo anterior. En igual sentido, aunque proponiendo otra solución, Darrichon, Luis *Cómo es el nuevo proceso penal*, t. 1, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 81 y ss., t. 2, pp. 125 y ss.

⁴⁴ Sancinetti, Marcelo, *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Lerner Ed. Asc., Buenos Aires, 1988, p. 90.

gobierno imputado de cometer un ilícito a lo que decida el órgano jurisdiccional, está transfiriendo una decisión política con todo el efecto negativo que ello trae aparejado.

Si a ello se agrega cualquier intento de querer influir sobre el cuerpo de fiscales para que ante ciertos asuntos no activen una investigación o lo hagan ultraactivamente, debe generar todos nuestros reparos.

Pero estas cuestiones no nos pueden hacer perder de vista que, en teoría, las decisiones políticas que se tomen en materia criminal deben estar guiadas por criterios generales sin interferencia ante ningún caso en concreto y, atento a la función que tienen los fiscales, no es ella precisamente la de no impulsar una investigación. Esto es ilícito y existe un tipo penal en concreto que sanciona esa conducta: art. 274, CP.

Por ello se puede afirmar que la dependencia —cualquiera que ella sea— cede naturalmente ante la instrucción de omisión para el caso en concreto por ser claramente contraria a la ley a la naturaleza propia del órgano.

Los fiscales no están para asumir el costo que significa no impulsar la acción respecto de algún grupo de presión o ante hechos en particular cometidos por “razones de Estado”.

Son los integrantes del Poder Ejecutivo y Legislativo los que deben cargar con ese peso. Si por esas llamadas “razones de Estado” se pretende que no se impulse la acción por la comisión de un determinado delito, o conjunto de delitos, esos órganos de decisión política deben ser los que lo resuelvan estableciendo una amnistía o a través del indulto presidencial. No manipulando hipócritamente a los fiscales para evitarse el costo de la decisión. La amnistía respecto de determinados delitos, por ejemplo, debe ser presentada como tal y debatida ampliamente en el seno público del Congreso de la Nación, no en la soledad de un despacho oficial. El Presidente debe asumir el costo de indultar a un delincuente y no ejercer presión —ilícita— sobre un fiscal para que no impulse una investigación. Hacer esto no es “conducir la política criminal” de un Estado: es delinquir.

Pese a su dependencia funcional los fiscales siguen cumpliendo una misión vinculada a la administración de “justicia” y no pueden ser prostituidos por intereses “políticos” por más

sanos que ellos se presenten. En este punto la pregunta sobre la dependencia funcional es casi secundaria; tenemos que establecer si son "empleados del Presidente" o "representantes de la sociedad". Me inclino, más allá de su dependencia, por la segunda función.

Los fiscales no deben verse amenazados en perder su puesto de trabajo, ser sancionados o trasladados por cumplir con su función consistente, en este aspecto, en defender los intereses de la gente aun cuando vayan en contra de los intereses del Estado o, mejor dicho, aun en contra de los intereses del gobierno de turno o de falsas "razones de Estado" que generalmente sólo significan la impunidad de algún grupo de presión.

El gran problema de base que subyace a todo esto, y que no se puede omitir, es el de hasta qué punto o con qué alcance los fiscales nacionales deben acatar las instrucciones generales del procurador o, incluso, las directivas que pudiera impartir el ministro de Justicia de la Nación. La pregunta es: ¿deben los fiscales velar siempre por alcanzar los objetivos político-criminales trazados por el gobierno de turno o existe algún límite para no acatar la instrucción general?

Ante la ausencia de organismos de consulta o de medios legales para cuestionar la directiva, la cuestión se torna francamente complicada.

Son todavía muy recientes los efectos producidos en la conciencia de todos los fiscales federales por los sumarios instruidos en contra los fiscales *Ibarra*, de la Capital Federal, y *Cañón*, de la Cámara de Bahía Blanca, por no haber acatado la directiva general que se les impartiera de no plantear la inconstitucionalidad de los indultos presidenciales decretados respecto de los condenados o procesados por delitos cometidos durante la última dictadura militar. Ambos, al plantear la inconstitucionalidad de los decretos de indulto manifestaban conocer la instrucción general, pero aclaraban que *por sobre ella se encontraba el deber de conciencia de respetar el juramento que habían asumido al acceder a sus cargos de velar por el cumplimiento de la Constitución Nacional* que entendían era violado por esa vía.

Agregaban, a su vez, que ese deber de conciencia, ante esa directiva en concreto, les impedía utilizar la fórmula de acatar la instrucción dejando a salvo su opinión.

El fiscal Ibarra decía sobre este punto expresamente lo siguiente:

“Dado que en el día de la fecha, luego de firmar el dictamen precedente, he recibido instrucciones verbales por parte del Sr. Fiscal de la Cámara Federal, Dr. Luis G. Moreno Ocampo, en el sentido de que no planteé la inconstitucionalidad del decreto PEN 1002/89 sobre el que se me corrió vista, hágole saber que, pese a ello, mantengo mi dictamen en todos sus términos puesto que, más allá de que ya lo había firmado, mi obligación funcional es respetar, antes que nada, la Constitución Nacional. Fiscalía 6 de noviembre de 1989”.⁴⁵

A mi criterio, la actitud de Ibarra y Cañón fue la correcta por los intereses que estaban en juego. La orden inconstitucional o ilegítima no debe nunca cumplirse sin que ello pueda traer aparejada ninguna sanción o reproche.

Estas cuestiones no pueden soslayarse en la planificación de una necesaria carrera fiscal, para establecer claramente las reglas de ingreso, presupuesto individual, asignación de trabajo (competencia), traslados, ascensos y sanciones que se pueden aplicar a los fiscales.

Si contamos con claras reglas en el sentido apuntado y con *instrucciones siempre escritas exclusivamente generales* y, en principio, de *acción*, muchos de los temores que tenemos se podrán disipar.

Los fiscales deben ser “dependientes” del *poder* que se establezca, pero *independientes en el ejercicio de sus funciones*, y si la dependencia fuera del Poder Ejecutivo, el orden jerárquico es indispensable para que todas las instrucciones se canalicen a través del jefe inmediato del órgano, desde el Presidente al ministro de Justicia y éste al procurador general para que luego se dirijan a los fiscales de Cámara para dirigir la instrucción

⁴⁵ Dictamen fechado el 6 de noviembre de 1989 que se presentara, contestando una vista otorgada por el tribunal, en la causa n° 1657, Sc. n° 14 del Juzgado Federal n° 5, a propósito del indulto dispuesto por el PEN respecto del Gral. de División (R.) Albano Eduardo Harguindeguy mediante decreto 1002/89 publicado en el Boletín Oficial n° 26.736 del 10 de octubre de 1989.

a los agentes fiscales. Respetar ese orden jerárquico es indispensable.

En este sentido un problema de extrema trascendencia está constituido —a partir de la coordinación que debe existir entre el agente fiscal, el fiscal de cámara y el fiscal del juicio— por la discusión a propósito de la estrategia a seguir en una causa en concreto. Por ejemplo: si es necesaria o no la citación en la etapa de instrucción de un testigo, de un sobreseimiento luego de haber requerido la elevación del asunto a juicio.⁴⁶ Hasta qué punto los fiscales de cámara y de juicio pueden tener injerencia en la tarea del agente fiscal hacen a la necesaria coordinación y unidad que debe tener el cuerpo de fiscales penales.

En principio, no es imaginable que un agente fiscal puede decidir *en solitario* que tal o cual conducta —con alcance general por criterios generales de interpretación— *no* constituye un delito, cuando existe una decisión de política criminal adoptada por órganos superiores que entiende lo contrario,⁴⁷ pero sí

⁴⁶ Conforme lo dispone el art. 352 del CPP, contrariamente a lo que establecía el anterior art. 118 del CPMP el fiscal no se encuentra *legalmente* obligado a apelar ya que la ley dispone que *podrá* y no que *deberá* apelar. No obstante pareciera poco probable que luego de haber *requerido* pueda el fiscal consentir un sobreseimiento. En este supuesto y aunque la ley lo autoriza por una interpretación acorde con el principio de legalidad (procesal) el agente fiscal debería apelar no obstante el convencimiento que pueda haber adquirido de los fundamentos dados por el juez en el interlocutorio que sobresee el asunto, para posibilitar a su instancia superior —el fiscal de cámara— y a la Cámara de Apelaciones que resuelva en definitiva. Cuanto mayores sean los niveles de control ante estos supuestos mayor será la transparencia que ganará el sistema de administración de justicia.

⁴⁷ Adviértase que no se trata de casos en los que la decisión político criminal es no perseguir. Aquí, a la inversa, se trata de que la decisión es perseguir pero el agente fiscal entiende que la conducta en cuestión no constituye ningún delito. La instrucción general de acción —más allá de lo que viene impuesto por la ley— es siempre legítima (que se acate o no por estar en juego garantías constitucionales o derechos fundamentales es otra cuestión, como ocurre, por ejemplo, frente al delito de desacato —art. 244 CP—). La instrucción general de omisión, ilegítima por imperio del principio de legalidad (procesal), nunca podría acatarse y debería siempre permitirse al órgano jurisdiccional que resuelva la cuestión planteando la serie de recursos que fueran necesarios. Este es el caso, en definitiva, de lo actuado por Ibarra y Cañón. Con ello queda claro que la instrucción particular de omisión es no sólo ilegítima, sino que constituye un delito.

puede ocurrir que entienda que una investigación tiene un escaso pronóstico de éxito (fallo condenatorio) en la etapa del debate. En estos casos lo que debe primar es la opinión de los fiscales superiores, porque admitir lo contrario sería estar transfiriendo la decisión sobre cuáles serán los asuntos que lleguen al juicio a los agentes fiscales transfiriendo decisiones de extrema importancia político criminal a ese primer escalón de la cadena jerárquica, lo que altera toda la organización racional y eficaz del cuerpo de fiscales.

La alegada *independencia funcional* en este punto debe ceder para mantener la coherencia y unidad del cuerpo. En este sentido la instrucción particular de acción o de "estrategia de investigación" es plausible, necesaria y legítima. Esta interpretación, por otra parte, es compatible, a la inversa, con lo dispuesto en el inc. 2º del art. 67 del CPP.

Esto refiere a que la necesaria conducción del cuerpo de fiscales que debería ejercer el poder político no puede ser confundida con las actitudes delictuales o cuasi-delictuales que pretendan ejercer alguna influencia sobre ellos para que no impulsen la acción ante determinados casos o que lo hagan parcialmente. Hay que reiterar esta cuestión: esto no es delinear políticas sobre el fenómeno delictual, sino cometerlos.

Se trata de cuestiones diferentes. Conducir la política criminal es una necesidad del órgano político para acompañar los objetivos que se persiguen en otras áreas de la política global (económica, demográfica, sanitaria, etcétera).

Confundir esto con la suposición de que por tener el control de los fiscales se podrá evitar que se practiquen investigaciones en asuntos que puedan comprometer a los que los dirigen, es suponer, de antemano, que se otorga ese control para que la política criminal sea conducida *criminalmente* por acción u omisión. Esta suposición es inadmisibles.

En cuanto a las "instrucciones generales de omisión" se debe reconocer que si bien son ilegítimas la ausencia de recursos humanos y materiales determinará que se tengan que utilizar; claro que no en este sentido sino como "instrucciones generales de acción para *dar prioridad* a cierto universo de asuntos". Esta instrucción no viola el principio de legalidad procesal y es indispensable para una racional y eficaz persecución de la criminalidad.

Aquellos que tienen a su cargo la toma de decisiones políticas necesitan de un cuerpo de fiscales para hacer operativas diversas medidas de gobierno con la finalidad de enviar mensajes a la sociedad de que ciertos valores, bienes y cosas son importantes: por ello, sustraerle esta facultad al órgano político no se presenta como plausible. Por otra parte, es ciertamente hipócrita el discurso que realizan los partidos políticos a propósito de estas cuestiones de acuerdo a la posición en relación al poder que ocupen: oficialismo u oposición.

La conducción de la política criminal debe quedar en manos del órgano que detenta el poder político, porque es el que ha sido legitimado con el voto popular para conducir la política toda del Estado. Sólo en el caso de que el cargo de fiscal fuera electivo podríamos decir que esa facultad le puede ser "sustraída" al Poder Ejecutivo. Mientras el sistema no prevea un mecanismo de elección de ese tipo, los esfuerzos deben ponerse en concentrar esta facultad de conducción en el órgano político. De esta forma el Poder Judicial comenzará a ubicarse en el lugar que le tiene asignada la República, y los ciudadanos sabrán, claramente, a quién reclamarle que se investiguen ciertas conductas, y podrán identificar con mayor claridad, a como lo hacen hoy en día quién —o quiénes— son los verdaderos responsables de que exista una distribución tan injusta de la criminalidad.

Para concluir, se debe decir que los jueces, no obstante, deben seguir teniendo injerencia en el diseño de la política criminal, pero no investigando ni pretendiendo erigirse en custodios de los valores de la sociedad.

El Poder Judicial es el órgano encargado, por mandato constitucional, de administrar justicia (penal); no recibe instrucciones de ninguno de los otros dos poderes en lo que hace a la política criminal.

La única directiva que reciben los jueces luego de jurar en sus cargos proviene de la ley.

La misión del Poder Judicial en el trazado de la política criminal del Estado reside en su control y se advierte nítidamente en la interpretación de la ley penal —material y formal—, mecanismo por el cual se ampliará o limitará el campo de punibilidad y, en consecuencia, el de persecución e investiga-

ción. Ésta es la única función en lo relativo a la investigación de la criminalidad y a su reparto a través del proceso de selección. Investigar un delito asumiendo funciones policiales o cuasipoliciales es tarea de órganos administrativos, no del órgano jurisdiccional.

Por ello, pareciera que todo lo atinente al proceso de selección de conductas criminales y a la identificación cuidadosa de las causas más "graves" y "complejas" debe quedar en manos de los fiscales en base a estrategias delineadas por organismos especializados.

Esta interpretación posible del rol de los fiscales nacionales en la implementación del nuevo Código Procesal puede colaborar en esclarecer cuál es el que les cabe en la implementación de una cierta política criminal, y nos permitirá, por otra parte, saber cuáles son las causas "graves" y "complejas" para los que conducen la política global del Estado.

Si mantienen líneas injustas de reparto de la criminalidad o si no persiguen los hechos ilícitos cometidos desde el poder, corresponderá al Poder Legislativo activar los mecanismos de control respectivos para pedir explicaciones, debiendo llegarse, en su caso, al juicio político.

Definiendo el rol de los fiscales en el proceso de selección de las conductas criminales estamos contribuyendo —preservando al sistema democrático— a que el Poder Judicial tome distancia de cuestiones de alto contenido político, como lo es todo aquello vinculado a la persecución del delito.

Fabrizio O. Guariglia

VIII. La investigación preliminar en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación: instrucción jurisdiccional vs. investigación fiscal preparatoria

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Distintos modelos de investigación preliminar. 3. La solución del nuevo CPP nacional: ¿delegación de la instrucción?

1. **Introducción**

A partir de la sanción del Código de Córdoba de 1939, y sobre todo de la aparición de la así llamada *citación directa* como excepción a la instrucción formal —en manos del juez de instrucción—, comenzó una ardua discusión en torno a la conveniencia de encomendarle al ministerio público la tarea de realizar la investigación preparatoria al juicio oral y público, o sí, por el contrario, se debía mantener, al menos como regla, la instrucción *formal* o jurisdiccional. El debate cobró renovados bríos con el Proyecto de Código Procesal Penal de 1986 (redactado por Julio B. J. Maier), que adoptaba como regla general, para todos los casos, la investigación preparatoria a cargo del ministerio público.

La discusión, que ya partía de presupuestos por lo menos discutibles,¹ se ha adentrado inútilmente en terrenos áridos, que, aunque vinculados al tema, no incidían en modo decisivo para la adopción de uno u otro modelo: particularmente, los argumentos vertidos han girado, casi en forma exclusiva, en torno a la *ubicación institucional* del ministerio público, discusión que continúa hoy con renovada fuerza.²

¹ Me refiero a admitir a la instrucción jurisdiccional como una alternativa plausible dentro del marco fijado por los principios que deben presidir al procedimiento penal en un Estado de Derecho. Sobre esto se volverá más adelante.

² No quiero decir con esto que la ubicación institucional del ministerio público constituya un elemento neutro, por lo menos en lo atinente a las atribuciones que se le otorguen, y a los límites a los que debe estar sujeto —aunque éstos se deriven, fundamentalmente, de su función como órgano encargado de la persecución penal—, sino que la decisión en torno a encomendarle o no la investigación penal preparatoria al ministerio público no depende de una

No ha sido extraña a este debate, por ejemplo, la decisión de rechazar de plano la posibilidad de encomendarle al ministerio público la investigación preliminar en el proyecto de Código Procesal Penal de la Nación redactado por Ricardo Levene (h.). El proyectista, que se basó por completo en el Código de Córdoba de 1939, redactado por Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde, se apartó significativamente de su modelo al eliminar la citación directa en su proyecto, sobre la base de que "... no se le pueden dar al fiscal, casi siempre dependiente del Poder Ejecutivo, las enormes atribuciones de citar, detener, indagar, conceder la excarcelación, hacer declarar, citar testigos, ordenar allanamientos y secuestros, requisas personales e inspecciones".³ Además de incurrir en el mismo error que acabamos de exponer, este razonamiento revela un elevado grado de contradicción, cuando no hipocresía: los mismos reparos no han sido dirigidos contra la posibilidad de que gran parte de estas tareas —en la normativa del proyecto— fueran realizadas por la policía, ultradependiente del Poder Ejecutivo.⁴

decisión anterior en cuanto a lo primero. Cfr., sin embargo, Rusconi, Maximiliano A., "Ubicación institucional del ministerio público", en *Doctrina Penal*, n° 49/52, Buenos Aires, 1990, pp. 259 y ss., y en este mismo volumen. Planteando el tema directamente como una cuestión previa a la delimitación de las funciones del ministerio público, Gimeno Sendra, *Constitución y Proceso*, Madrid, 1988, pp. 63 y ss.; en el mismo sentido, Zaffaroni, E. R. y otros, *El sistema penal argentino*, Buenos Aires, 1992, pp. 62 y 63.

³ Exposición de motivos del "Proyecto de Código Procesal Penal", Ricardo Levene (h.).

⁴ Guariglia, Fabricio O., "Reseña del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación redactado por Ricardo Levene (h.)", en *Doctrina Penal*, n° 49/52, Buenos Aires, 1990, pp. 531 y ss. El proyecto convalidaba, inclusive, la así llamada "declaración espontánea" del detenido en sede policial (art. 176, *in fine*), gravísimo atentado contra sus garantías individuales. Por otro lado, aquí ya se puede apreciar las consecuencias de sobredimensionar a la mera pertenencia al Poder Judicial como garantía *per se*: en el procedimiento correccional, tal como lo ha previsto el Código, es un único juez el encargado de llevar adelante la investigación preliminar, y de fallar en el juicio oral y público; es decir, se confunden, al igual que en el proceso inquisitivo de derecho común, las funciones de inquirir y de juzgar, dejando de lado el principio universalmente reconocido —a punto tal que se lo consagra en los distintos pactos internacionales sobre derechos humanos—, inherente al modelo acusatorio, que separa claramente ambas funciones, y no tolera, por consiguiente, que el inquisidor sea

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) ha adoptado una fórmula intermedia: la regla es la instrucción formal (arts. 194 y concordantes, CPP); sin embargo, el juez de instrucción puede delegar la investigación en el ministerio público de acuerdo con la facultad que le otorga el art. 196, CPP. La cláusula es puramente discrecional, a punto tal que no especifica criterio alguno a seguir por el juez de instrucción para decidir si, en el caso concreto, será el ministerio público el encargado de realizar la investigación preliminar, o si reservará la tarea para sí mismo.

El objeto de este trabajo es, precisamente, analizar brevemente el tratamiento del tema en el nuevo CPP federal, dentro del marco de la discusión arriba descrita.

2. Distintos modelos de investigación preliminar

Un segundo reparo en relación a los términos de la discusión planteada es que ésta se ha acotado exclusivamente a la determinación del órgano en manos del cual debe quedar la dirección del procedimiento preparatorio —fiscal o juez—, cuando, en realidad, a esto subyace una cuestión fundamental: determinar qué modelo de investigación preliminar resulta preferible en el marco fijado por el Estado de Derecho.

quien juzga (ver, entre otros, Fernández Entralgo, Jesús, "La posible inconstitucionalidad de la acumulación de las funciones de instrucción y fallo en un mismo órgano jurisdiccional", en *Jueces para la democracia*, n° 2, Madrid, 1987, pp. 19 y ss.). La situación empeora considerablemente a partir de las recientes modificaciones al Código Procesal, mediante las cuales se modificó el texto original del art. 55, suprimiéndose como causal de recusación o inhibición del juez el hecho de que éste hubiera pronunciado ya sentencia o auto de procesamiento en el mismo caso sometido a su consideración (art. 88, ley 24.121). Subsiste, de todos modos, la posibilidad de atacar la concentración de ambas funciones en un único órgano dado el *peligro de parcialidad* que ello acarrea, sin duda contrario a la garantía de debido proceso y de inviolabilidad de la defensa en juicio (C.N., 18), y a la *garantía de imparcialidad* prevista en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8.1, *garantías judiciales*). De todos modos, es ya sabido que este tipo de planteos cuestionadores del derecho positivo común no corren, en general, con demasiada suerte.

Se pueden señalar, teóricamente, dos modelos "puros" de investigación preliminar: uno altamente formalizado, burocrático, documentado, durante el cual se recoge la prueba de cargo que será utilizada en contra del imputado, el cual, por otra parte, prácticamente carece de facultades de control sobre los actos que se realicen, y otro, en el cual el órgano encargado de la persecución penal —distinto a aquel que controlará la legalidad de sus actos— recoge, en forma ágil e informal, aquellos elementos que le permitan fundar solamente su pretensión de llevar al investigado a juicio: en este último modelo, la única prueba de cargo admisible —salvo excepciones— es aquella que se produce durante la etapa contradictoria, pudiendo ser ampliamente confrontada por el imputado.⁵ Términos como "declaración indagatoria", "procesado", etc., son inherentes al primero de los modelos descritos, y absolutamente desconocidos para el segundo.

Entre ambos sistemas existe una amplia gama de matices. Así, la Ordenanza Procesal Penal alemana adoptó inicialmente un procedimiento preparatorio complejo, parcialmente formali-

⁵ El primero de estos modelos pertenece al sistema de enjuiciamiento penal conocido como *inquisitivo*, y fue el adoptado por Manuel Obarrio para su Código de Procedimientos en Materia Penal de la Nación de 1888. Su nota característica reside, precisamente, en la figura del *inquisidor*, amo y señor de la investigación de poderes prácticamente omnímodos, aquí llamado "juez de instrucción". El segundo es característico del sistema acusatorio *formal* en su más pura acepción, y que, sin duda, encuentra su expresión más acabada en el modelo de enjuiciamiento anglosajón, incluyendo su recepción, acaso más autoritaria, en los Estados Unidos de América (*adversarial system*).

Históricamente, el primer modelo se vincula con una concepción puramente autoritaria de Estado (*absolutismo*). El segundo, en cambio, presenta los rasgos fundamentales del moderno Estado de Derecho aplicados al enjuiciamiento penal.

Por otra parte, la adopción de un procedimiento preparatorio burocrático dirigido por el mismo órgano que supuestamente controla la legalidad del procedimiento implica, claramente, una decisión determinada en cuanto al *valor* que se le va a otorgar a los actos que se realicen en dicha etapa. Maier señala, al comentar el modelo seguido por el *Code d'instruction criminelle* de 1808, que "la razón de ser de que se colocara el procedimiento (preparatorio) en manos de un juez de instrucción, quitándolo de las manos del órgano encargado de la persecución penal (ministerio público), residía en la importancia de que pretendió acordarse a ciertos actos de la instrucción preparatoria, incorporándolos al debate" (*Derecho Procesal Penal argentino*, 1b, p. 129).

zado, en el que coexistían la investigación preliminar en manos del ministerio público con una eventual *instrucción formal*, en manos de un juez de instrucción; ambos institutos tenían como única finalidad, precisamente, el determinar si existía fundamento suficiente para llevar el caso a la etapa de juicio, careciendo la evidencia recolectada durante la investigación previa, como principio general, de toda eficacia probatoria para la sentencia recaída en el debate.⁶ Las posteriores modificaciones al texto de la OPP acentuaron aún más el carácter meramente preliminar de esta fase del procedimiento penal, eliminando la *instrucción formal*, y acotando la investigación a la preparación del ejercicio de la acción penal en manos del ministerio público.⁷ Éste es, también, el camino seguido por el nuevo *Codice di Procedura Penale* italiano, que prescinde del juez de instrucción, tal como lo concibiera la legislación procesal de 1913 y 1930, encomendándole la investigación preliminar al ministerio público, y reservando para el órgano jurisdiccional la realización de actos definitivos e irreproducibles, así como el ejercicio de la coerción procesal contra el imputado.⁸

En nuestra legislación nacional, los nuevos CPP de Tucumán y Córdoba han adoptado este sistema, tomando como modelo —aunque con distintos alcances— al Proyecto de CPP federal de 1986.⁹ El viejo CPP de Córdoba —fuente inmediata

⁶ Ver al respecto, Maier, Julio B. J., *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, Buenos Aires, 1982, pp. 134 y ss.

⁷ Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, Munich, 1991, pp. 249 y ss. Las reformas introducidas mediante la llamada "Ley de Protección a la Víctima" (*Opferschutzgesetz*) han procurado compensar, de algún modo, el amplio poder de decisión del que goza el ministerio público en esta etapa —consecuencia casi necesaria del modelo adoptado— mediante una intervención más activa de la víctima durante ella. Cf. Eser, Albin, "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal", en *De los delitos y de las víctimas*, trad. de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba, Buenos Aires, 1992, pp. 13 y ss.

⁸ Amos Pignatelli, "Ministerio Público y juez en el futuro proceso penal italiano", en *Jueces para la Democracia*, n° 2, Madrid, 1987, pp. 27 y ss.

⁹ El nuevo CPP de Córdoba muestra claramente las consecuencias negativas de sostener a rajatabla una tesis judicialista en cuanto a la ubicación institucional del ministerio público. En la normativa del Código, el fiscal de instrucción se encuentra facultado para dictar, autónomamente, medidas de coerción contra el imputado —detención (art. 272), prisión preventiva (art. 336)—, y es él quien se encarga de recibir la declaración del imputado (art. 332);

del nuevo CPP federal— había adoptado un sistema de instrucción sumamente formalizado, atenuado —sólo en principio— por su vocación de impedir que el tribunal de juicio se basara para dictar sentencia en otra prueba que no fuera la producida en el debate.

3. *La solución del nuevo CPP nacional: ¿delegación de la instrucción?*

La regla en el nuevo CPP es, sin duda, la instrucción jurisdiccional o formal, claramente burocrática. En ese sentido, nada ha cambiado con relación a su fuente principal, el CPP de Córdoba de 1939.¹⁰ Sin embargo, durante el trámite parla-

la imposición de medidas de coerción es recurrible, sin embargo, ante el juez de instrucción (art. 338), subsistiendo otra instancia de control —esta vez, contra la decisión de este último—, ante la Cámara de Acusación. Del mismo modo, el CPP prevé el examen de las medidas de coerción por parte del juez de instrucción, a pedido del imputado (art. 333 y cc.) y en cualquier etapa del procedimiento. Tal concentración de facultades en un órgano requirente, como es el ministerio público —aunque morigerada por el contralor jurisdiccional previsto— no parece recomendable; ella ha sido justificada por “la pertenencia del ministerio público al Poder Judicial”, la cual operaría como “garantía del imputado” frente a estas facultades coercitivas (Cafferata Nores, José I.: *Introducción al nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, 1992, p. 78). Paradójicamente, por vía de una tesis supuestamente garantizadora, se llega a una situación similar a la que presentaba el viejo CPP de Obarrio: concentración en un único órgano de las facultades de inquirir y de decidir; sólo mediante un acto de fe se puede considerar que el rótulo “Poder Judicial” permitirá revestir de la imparcialidad necesaria para determinar si corresponde, o no, utilizar la coerción procesal en un caso determinado, a un órgano que —por su misma función y estructura— *no tiene* el deber de ser imparcial.

Acerca de la ficción detrás de la idea de “autocontrol” aplicada al procedimiento penal, ver Rusconi, Maximiliano, A.: “División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público”, en *La Ley*, t. 119-D, Buenos Aires, 1991, pp. 1130 y ss. y en este mismo volumen.

¹⁰ Esto ya permite entrever problemas graves, al menos en cuanto a la relación entre la investigación preliminar y el debate oral y público. La experiencia cordobesa ha señalado que el correlato de un procedimiento preliminar altamente formalizado —como el previsto en el CPP de 1939— es la desjerarquización del juicio oral (debate), el cual termina girando, no ya en torno a la culpabilidad o inculpabilidad del imputado, sino sobre la eficacia de la prueba recogida en la fase preliminar para fundar una sentencia de condena (Cafferata

mentario se incorporó la posibilidad de que el juez de instrucción delegue, en forma puramente discrecional, la investigación preliminar en el fiscal (art. 196, CPP).

La solución adoptada es indudablemente original —no conozco ordenamiento alguno que contenga una regla similar—, pero presenta, por lo menos, los siguientes problemas:

a) Políticamente resulta inadmisibile, al reafirmar, precisamente, el *absoluto señorío del juez de instrucción sobre la investigación preliminar*. La única modificación de su *status* es, simplemente, que ahora cuenta con una facultad más: precisamente, el poder delegar la investigación en el fiscal.

b) Impide la formulación de pautas político-criminales ya desde la misma persecución penal, lo que se agrava aún más por la ausencia, en el CPP, de la posibilidad de aplicar *criterios de oportunidad* en el ejercicio de la acción penal.¹¹

c) La excepción prevista a la instrucción formal, lejos de romper con el modelo burocrático de procedimiento preparatorio adoptado, se inserta firmemente en él; poco importa, en verdad,

Nores, op. cit., p. 72). Que estos datos no hayan sido valorados por el legislador a la hora de adoptar un nuevo modelo de enjuiciamiento penal federal resulta, cuando menos, sorprendente. Analizando este contrasentido, Pastor, Daniel, "Código Levene: ¿nacerá viejo y caduco?", en *No hay derecho*, n° 6, Buenos Aires, 1992, pp. 27 y s.

¹¹ Sobre la conveniencia de alentar criterios político-criminales en la persecución penal, ver Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Madrid, 1979, pp. 127 y ss. Esto no es un mero problema teórico, sino que, por el contrario, arroja consecuencias importantes para la configuración de un determinado modelo de persecución penal. La ausencia de criterios aplicados centralizadamente, a través del ministerio público, conlleva la aplicación anárquica de la coacción directa, sobre la base de criterios personales de los operadores involucrados, potenciando la selectividad inherente al sistema penal. Los casos de violencia institucional que aparecen en forma recurrente no son, sin duda, ajenos a esta cuestión. Cf. *Police Violence in Argentina. Torture and Police Killings in Buenos Aires*, America's Watch & CELS, 1991.

El análisis del problema, de todos modos, siempre será incompleto si no se adentra en otro aspecto de indudable importancia —y prácticamente ignorado en nuestro medio: la relación entre ministerio público y policía; informa parcialmente sobre la cuestión 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*, año 4, nos. 13 a 16, Buenos Aires, 1981, pp. 622 y ss.

que el encargado de amontonar actas sea un juez de instrucción o un representante del ministerio público.

d) Conspira contra la eficiencia en la persecución. Por un lado, la regla prevista en el CPP impide organizar racionalmente al ministerio público sobre la base del cúmulo de trabajo que se prevea deberá enfrentar, dado que la delegación se basa en un elemento completamente imprevisible: el "ánimo delegatorio" del juez de instrucción. Por otro, existen situaciones problemáticas que se pueden presentar, y que el CPP no contempla, que requerirán soluciones imaginativas por parte de los operadores del sistema: así, la posibilidad latente de que el juez de instrucción *reasuma* la investigación delegada cuando no esté conforme con la tarea desarrollada por el ministerio público —o por el motivo que sea, ya que la ausencia de toda regla con relación a los presupuestos de la delegación se extiende, *contrario sensu*, al caso inverso (CPP, 214)—, o, frente a delitos conexos, la eventualidad de que se fraccione la investigación preliminar, delegándola para ciertos hechos, y manteniéndola para otros.¹²

Los primeros pasos de la cláusula de delegación son erráticos: hasta el momento de la redacción de este trabajo, en ninguno de los casos regidos por el nuevo CPP se ha delegado la instrucción en el ministerio público. Los argumentos utilizados para justificar esta decisión van desde el temor de ciertos jueces a la posibilidad de que si ejercen esta facultad, permitan una "nueva" delegación, ahora, del fiscal al empleado de turno,¹³ hasta la renuencia de algunos fiscales a aceptar la delegación "por carecer de secretario".¹⁴

¹² Con relación a esto último, las regla de *conexidad* previstas en el CPP deberían jugar, por aplicación analógica, algún papel.

¹³ Como me hiciera observar Daniel Pastor, temor que no se extiende a la delegación propia, sino que se circunscribe exclusivamente a la ajena.

¹⁴ Este último argumento también es pueril: dado que la instrucción pertenece al juez, y éste sólo la delega en el fiscal, frente a un acto que requiera la concurrencia del —así llamado— "fedatario", el fiscal no tendrá más que solicitárselo al juez, al menos, como solución provisoria. De todos modos, el razonamiento es una muestra del desconcierto que crea la introducción de elementos pertenecientes a un determinado modelo de enjuiciamiento penal en un contexto radicalmente distinto a aquel para el que fueron concebidos.

Sin embargo, tal vez sea prematuro sacar conclusiones hoy, en plena etapa de transición. Aun así, es indudable que la solución adoptada por el CPP merece varias —y serias— objeciones, producto de su aspiración irrealizable de conciliar modelos antitéticos. El intento —tal vez loable— de modernizar al menos un poco una ley procesal anclada en el siglo XIX, lejos de alcanzar su objetivo, corre el grave riesgo de terminar como un recordatorio silente de que las cosas se pueden hacer de otra manera.

Eduardo A. Bertoni

IX. La organización del ministerio público

SUMARIO: 1. Aclaración previa. 2. La cuestión en el Código "Obarrio". 3. La cuestión en el Código "Levene" (ley 23.984). 4. Proyectos de ley orgánica del ministerio público. 5. La cuestión en el proyecto de 1986.

1. *Aclaración previa*

El objeto de este trabajo, esto es, la organización del ministerio fiscal, bien podría ser encarado cuanto menos desde dos puntos de vista diferentes.

El primero de ellos consistiría en la elaboración de propuestas concretas de organización que tengan en cuenta el rol que deben ocupar los fiscales para el correcto funcionamiento y cumplimiento de los objetivos de un determinado ordenamiento procesal.

En este orden de ideas, casi ineludiblemente se desembocaría en la cuestión de la ubicación institucional del ministerio público, para que, una vez definido ello (¿o no?) se propongan estructuras verticales u horizontales que atiendan las funciones que se le encomiendan, de la manera más racionalizada posible.

El segundo punto de vista consistiría, en cambio, en la exposición de los sistemas de organización que se han dado por el ordenamiento positivo (o incluso a través de proyectos de leyes).

He optado por encarar este trabajo desde esta última óptica; por lo tanto, su alcance se limita a una descripción de la organización del ministerio fiscal en el Código de Obarrio (ley 2372 y sus modificaciones); en el Código hoy vigente (ley 23.984) y sus leyes concordantes; además expondré la estructura que se propuso en los proyectos de ley del ministerio público que se elaboraron en 1991/2 en el ámbito del Ministerio de Justicia; finalmente, me referiré al tema en relación al Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación de 1986 y su respectivo Anteproyecto de Ley de Organización de la Justicia.

2. La cuestión en el Código "Obarrio"

El Código Procesal que rigió en el ámbito federal hasta hace poco tiempo, se ocupaba del tema en el título V.

Su composición estaba regulada en el art. 114, donde se disponía que el ministerio fiscal en los tribunales federales era ejercido por el procurador general de la Suprema Corte, en primer lugar, y por los procuradores fiscales titulares, en segundo.

A su vez, el art. 115 determinaba que el ministerio fiscal para la Capital era desempeñado por el fiscal de la Cámara de Apelaciones y por los fiscales ante los juzgados inferiores.

En cuanto a las funciones que debían realizar cada uno de ellos, también se encontraban reguladas por el Código.

Así, para el procurador general se disponía la intervención en todas las causas de jurisdicción originaria de la Suprema Corte. Además, podía intervenir en todos los asuntos en que hubiesen sido parte los procuradores fiscales ante los jueces inferiores (art. 116, 2º).

De especial importancia era la norma que facilitaba al procurador general a "impartir instrucciones de carácter general" (art. 116, 3º) a los fiscales de primera instancia. Debe notarse que ello no se encontraba en el Código en su redacción original, y fue introducido recién por la ley 23.183.

Este agregado, y desde el punto de vista de organización, pretendió dar homogeneidad al ministerio público, ya que esas instrucciones generales debían atender a la "unidad y coherencia" de su actuación.

A continuación y a modo ilustrativo se transcriben algunas de las instrucciones generales emanadas de la Procuración General en los últimos 15 años:

19/10/77. Uso racional de los arts. 460 y 461 (facultad del ministerio público para no pasar a plenario), mantener la acción pública en casos controvertidos.

30/11/77. Advierte a los fiscales que aunque la ley diga "sin otra sustentación", debe notificarse a los fiscales de dichas resoluciones.

1/12/77. En aquellos hábeas corpus donde se cuestione la detención dispuesta por el PEN; el PJN debe respetar sin controversia la esfera de reserva del PEN (Estado de sitio).

27/7/78. Ante un hábeas corpus, sólo buscar al "desaparecido" si se tiene la certeza de que está detenido. Sumariar al personal que intervino en el hecho si se está seguro de un actuar delictivo (a raíz del caso "Ollero, César").

24/8/78. Apelar todo dictamen judicial u oponer recursos cuando sean contrarios al orden público.

1/9/78. Se debe guardar y observar estrictamente los plazos procesales, en particular arts. 206, 441, 494 y 580.

19/9/78. Cuando había "cosa juzgada" respecto de la autorización afirmativa para salir del país previa al 23/3/76, ésta no tiene valor (no cabe recurso extraordinario).

24/7/79. Los fiscales, ante la controversia, deben pronunciarse por la continuidad de la acción pública, y usar todos los medios a su alcance.

11/79. Se deberá pedir la muerte presunta de un desaparecido posterior al 6/11/74 (decreto 1368/74, Estado de sitio) en virtud de la ley 22.068 cuando no haya otros interesados en condiciones de pedirla (¿blanqueo de desaparecidos?).

12/12/79. Estricta observancia de los plazos procesales. A partir de ahora, cuando un fiscal pida un SP, deberá justificar claramente y enviar copia al fiscal de Cámara.

7/3/80. Reitera el pedido de la instrucción del 11/79.

13/5/80. Deja sin efecto la resolución del 12/12/77, último párrafo.

23/6/80. En lo posible, salvaguardar la acción pública y no sobreseer definitivamente.

14/11/80. No se debe dejar excarcelar (en la medida de lo posible) y se debe dejar constancia de cuanto problema tenga el detenido si así ocurre.

10/8/82. Envía a Comodoro Rivadavia todas las comunicaciones que anteriormente se giraron a la Cámara Federal de Apelaciones.

6/2/84. Cuando al personal militar se lo juzgue por un delito del "actual" Código Militar, se debe estar por la compe-

tencia castrense, siempre y cuando el delito se haya cometido durante la vigencia de ese mismo Código.

11/9/84. Le encomienda a Malamud Goti (Comisión Nacional del Control del Tráfico y Abuso de Drogas) que instruya a los fiscales para que velen por el cumplimiento del art. 2º de la ley 22.136 cuando se averigua por la ley 21.771.

10/2/86. Reitera las instrucciones del 19/10/77 y del 24/7/79 por las cuales el fiscal debe mantener hasta el máximo posible la acción pública, aun en casos de duda.

7/3/86. Ante la duda, en los casos de presuntos delitos se debe estar por la competencia militar.

23/10/86. Mesura ante los medios masivos de comunicación.

8/2/88. En los casos de motín, el MP debe estar por la competencia militar, es decir, debe pedir la declinatoria del juzgado federal.

8/4/88. Perseguir hasta las últimas consecuencias a los que pintan paredes (menoscaban la propiedad ajena).

13/7/88. No conceder la excarcelación a traficantes de drogas (art. 2º, ley 23.737) o cualquier otro acusado por la misma ley, con mucha cantidad desde ya.

13/9/88. Mantener la competencia de los fiscales federales, aunque simultáneamente actúe la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas. Al respecto, se tienen por vigentes las instrucciones del 30/11/77, 5/9/78, 24/7/79, 23/6/80, 14/11/80, 11/9/85, 10/2/86 y 23/10/86.

28/10/88. En lo referente a las normas de extradición brinda instrucciones para los supuestos particulares que describe ahí mismo (p. ej.: si la pide los Estados Unidos o Gran Bretaña, o si es refugiado, etcétera).

14/11/88. Intervenir e informar al procurador cuando se presuma que se está ante menores que pudieran haber sido extraídos a sus familias durante la "guerra sucia".

9/12/88. Relativiza una anterior resolución, que obligaba a los fiscales a canalizar todos los oficios o exhortos a entidades u organismos públicos o privados que realizaran, cuando signifique una inadecuada pérdida de tiempo dadas las circunstancias de cada caso.

14/3/89. Describe un par de formalidades que deben ser tenidas en cuenta cuando se libra un oficio o exhorto a los Estados Unidos, "sugeridas" por el cuerpo de fiscales de dicha nación.

13/4/89. Instruye para que se comunique con rapidez el otorgamiento de licencias y las respectivas suplencias al personal de las fiscalías.

5/5/89. Estricto respeto a los arts. 12 y 13 de la ley 18.345, o sea, intervenir en los asuntos en los que se cuestione la validez constitucional de un tratado, ley del Congreso o autoridad ejercida en nombre de la Nación.

22/6/89. Los fiscales deben hacer saber al procurador de los recursos extraordinarios o de 3ª instancia que se concedan a fin de que él mismo se presente ante la CSN cuando lleguen.

10/10/89. Los fiscales deben contribuir con medidas que faciliten la tramitación de los indultos otorgados en virtud de los decretos 1002, 1003, 1004 y 1005, en la medida de su competencia y facultades.

13/10/89. Los fiscales no deben realizar declaraciones públicas sobre medidas político-jurídicas o causas (salvo que ya tuvieren resolución firme).

25/10/89. Se debe dedicar especial atención a las causas que tengan que ver con la ley 23.737, sobre todo en lo referente a incautación de bienes y ganancias, así como también a la destrucción del material secuestrado. Reitera la postura de la resolución del 13/7/88 en cuanto a la excarcelación.

8/11/89. Se debe perseguir a los vándalos que realizaron actos salvajes durante la huelga de la UTA. Se refiere a los que agredieron a quienes no se adherían a la huelga.

22/12/89. Se le pide "amablemente" a Gendarmería Nacional que responda a los pedidos de información emitidos por los señores fiscales.

11/1/90. Se debe perseguir a ciudadanos que, sin estado militar, se manifiesten sobre la conducta o imputen acciones desprestigiantes a los señores militares o al jefe del Estado Mayor del ejército argentino.

22/2/90. Aplicación rigurosa de los artículos de estafa y falsificación para contrarrestar un nuevo *modus operandi* que

se aprovecha de ciertas falencias legales para "blanquear" autos "truchos".

25/5/90. Se deben extremar las medidas en los casos en los cuales ciertos ciudadanos piden la eximición del servicio militar por una "objección de conciencia", a fin de que éstos deban probar fehacientemente lo que afirman.

6/12/90. En las causas en las que se investigan delitos contra la Administración Pública supuestamente cometidos por funcionarios públicos, cuando corresponda otorgar la eximición de prisión, ésta deberá permitirse sólo bajo una caución real, que deberá guardar una adecuada relación con el monto con el que fue afectado el patrimonio público.

16/4/91. Los fiscales se deben mantener al frente en las causas en las que representan al Estado según su competencia y atribuciones hasta tanto se reglamente el decreto 557/91 y se asigne un legítimo representante.

18/4/91. En causas sobre delitos contra la Administración Pública (corrupción administrativa o económica), al tomar la intervención el MP deberá comunicarse con el procurador general para "facilitar la investigación".

30/4/91. Se le asigna a los fiscales (según su competencia y atribuciones) la intervención en las causas en las que anteriormente entendía una comisión creada por el decreto 614/89.

4/11/91. En causas donde normas provinciales entren en colisión con los arts. 9º, 10, 11, 12, 14 y concordantes se deben observar los recaudos procesales necesarios que posibiliten el control de constitucionalidad. Cabe recordar que este tipo de instrucciones generales también podrían ser dadas por el fiscal de Cámara (art. 117).¹

En conclusión, y en lo que a organización se refiere, de acuerdo con el régimen procesal anterior, el ministerio público estaba compuesto por el procurador general de la Nación, por

¹ Agradezco a Gustavo Bruzzone la información que me suministró para esta compilación.

los fiscales ante las Cámaras y por los fiscales ante los juzgados de primera instancia. Bueno es aclarar que la falta de una ley específica que regule este "órgano" trajo innumerables apreciaciones, incluso en cuanto a su organización.

3. *La cuestión en el Código "Levene" (ley 23.984)*

El ministerio fiscal es tratado expresamente en el Código "Levene" en el capítulo I del título IV, referido a "Partes, defensores y derechos de testigos y víctimas".

Parecería que el legislador considera al ministerio fiscal como "parte" en el proceso penal; no pretendo en este trabajo analizar esta cuestión, pero un buen sector de la doctrina se ha manifestado contrariamente, entendiendo que como representante del poder estatal, y debido al desequilibrio que ello provoca frente al imputado, no puede ser considerado "parte" en el sentido que se le atribuye en el derecho privado.

Retomando estrictamente el tema de organización, la norma del Código prevé la existencia de fiscales ante las Cámaras de Casación, de Apelaciones y Federales (art. 66).

Se menciona también la existencia de un fiscal del Tribunal de Juicio, quien actuará concretamente durante esta etapa (art. 67).

Finalmente, el "agente fiscal" será quien actúa ante los jueces de instrucción y en lo correccional (art. 68).

Es preciso remarcar que el Código reenvía en varios artículos a la "ley orgánica del ministerio público", ley que, en verdad, hasta la fecha en que escribo este artículo, no existe.

Esto último resulta bastante inconveniente, por cuanto provoca una laguna legal, que para salvarla puede dar lugar a distintas opiniones, atentando así contra la coherencia del accionar del conjunto de fiscales.

Lo único que prevé el Código es la relación entre el fiscal de juicio y el agente fiscal, siendo facultativo ("podrá" dice la norma) que el primero "llame" al segundo en casos complejos, cuando no esté de acuerdo con el requerimiento fiscal, o cuando

haya investigado de acuerdo con lo establecido por el art. 196 (delegación de la instrucción en favor del fiscal).

Ese "llamado" puede consistir desde un simple suministro de información al mantenimiento de la acusación durante el debate.

Queda claro, pues, que esta simple regulación del ministerio público resulta bastante insuficiente, por lo que una ley de organización específica es imprescindible para el correcto funcionamiento del sistema: la demora en su sanción atenta directamente contra el nuevo ordenamiento procesal.

A este incierto cuadro se agrega que, por ley 24.091, que creó juzgados de primera instancia en lo Criminal y Correccional Federal para la Capital, se creó el cargo de "Fiscal Adjunto", quienes están subordinados al titular de la Fiscalía (ya sea de Primera Instancia o de Cámara) donde se desempeñan, recibiendo sus órdenes (arts. 6º, 7º y 8º).

Además, esta ley creó las "Fiscalías Adjuntas Móviles" en la Procuración General de la Nación, cuyos fiscales actuarán bajo dirección del procurador en el ámbito de todo el país (art. 9º).

Por su lado, la ley 24.121 (Implementación y Organización de la Justicia Penal) determinó (entre otras cuestiones) que las instrucciones de los fiscales de Cámara, las darán *por escrito* a los fiscales adjuntos que les estén subordinados (art. 7º). Nada se dice con respecto de los fiscales adjuntos de las fiscalías ante los juzgados. Asimismo, esta ley creó, en el ámbito de la Procuración General de la Nación, el cargo de procurador fiscal (2) con atribución y competencia conforme a la ley 15.464 (art. 79).

Sin ánimo de ser reiterativo, esta composición del ministerio público deberá ser "ordenada" por la ley que lo rijan específicamente, por lo que su sanción es más que necesaria.

Seguidamente, trataré alguno de los proyectos que se han elaborado en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación.

4. *Proyectos de ley orgánica del ministerio público*

Como queda dicho, resulta imprescindible para acompañar al Código recientemente sancionado, una ley orgánica del ministerio público, que venga a ordenar sus relaciones internas.

En el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, durante 1991/2 se barajaron dos proyectos referidos al tema.

El primero, lo encuadraba como "...órgano de enlace entre el Poder Ejecutivo y los Tribunales de Justicia...". En este sentido, dicho poder, a través del Ministerio de Justicia, puede impartir instrucciones para el cumplimiento de las funciones del ministerio público.

El segundo, en cambio, define al ministerio público "...como un órgano componente de la administración de justicia que tiene autonomía funcional...".

Por cuanto los alcances de este trabajo exceden el tratamiento de estos temas, sólo me ocuparé de la descripción de cómo se regula en ellos la cuestión estrictamente organizacional.

En ambos, se prevé que el ministerio público fiscal esté integrado por:

- a) El procurador general de la Nación.
- b) Los fiscales ante la Cámara Nacional de Casación Penal.
- c) Los fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación; los fiscales ante los Tribunales Orales en lo Criminal, ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones de la Capital Federal y ante las Cámaras Federales de Apelaciones con asiento en las provincias y los fiscales adjuntos de Cámara.
- d) Los fiscales y fiscales adjuntos ante los jueces nacionales y federales de Primera Instancia; y los fiscales adjuntos móviles y auxiliares de la Procuración General de la Nación.

Se le asigna al procurador general la facultad de dictar reglamentos de superintendencia y de fijar normas generales para la distribución del trabajo. Puede también sancionar a los integrantes del ministerio público y darle instrucciones para la adopción de medidas necesarias para el cumplimiento de las funciones que la ley le otorga al cuerpo. También los fiscales ante la Cámara de Casación, ante los Tribunales Orales y ante las Cámaras de Apelaciones pueden impartirles instrucciones a los fiscales inferiores, sobre quienes ejercen superintendencia. Aquéllos, juntamente con el procurador general de la Nación y los fiscales ante la Corte Suprema de Justicia se reunirán por

lo menos una vez por año, convocados por el procurador general de la Nación para, entre otras cosas, "unificar criterios acerca de la actuación del ministerio público en los temas de su competencia".

Con esta normativa (de ponerse en marcha), habrá que esperar que se dicten las normas reglamentarias y de superintendencia por parte del procurador general para obtener un completo panorama de la cuestión.

5. *La cuestión en el proyecto de 1986*

Lamentablemente y con la reciente sanción del Código Procesal vigente, parece que muchos "olvidaron" la tarea que se desarrolló desde 1984 que culminó con la elaboración de un proyecto de Código Procesal para la Nación que tuvo dictamen favorable de la Comisión de Legislación Penal de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (orden del día n° 766) y que se acompañó con un Anteproyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el ministerio público.

Este olvido (?) alcanzó incluso al autor del Código vigente, que ni siquiera lo menciona en la exposición de motivos, recordando en cambio la existencia de proyectos para la Capital en los años 1943, 1948 y 1960 (cfr. Exposición de Motivos del Proyecto "Levene", suscripto por Ricardo Levene [h.] en la parte que habla del Sobreseimiento).

Por cuanto el proyecto del 86 *realmente* introducía cambios sustanciales en el régimen imperante, y para no incurrir en la amnesia intelectual que muchos padecieron, me referiré a cómo se organizaba allí al ministerio público.

En el Proyecto de Código (Pr. C.) la cuestión se trataba en la Sección 1ª del capítulo 3º, destinado a "El acusador y órganos auxiliares".

De alguna manera, podría decirse que estrictamente en lo relacionado con la organización, el Código nada dice, dejando en cambio toda la regulación que a ello compete en el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el ministerio público (Ant. L.O.J.).

Esta organización apuntaba a lograr la satisfacción de los objetivos políticos que el propio Pr. C. determinaba.

El ministerio público esta integrado por: 1) El procurador general de la Nación, 2) el Consejo Fiscal, 3) los fiscales generales, 4) los fiscales adjuntos, 5) los agentes fiscales y 6) los auxiliares fiscales (art. 79, Ant. L.O.J.).

El procurador general era la más alta autoridad del ministerio público y el máximo responsable de su buen funcionamiento (art. 80). Dirigía toda la organización, disponía reagrupamientos de las diferentes áreas y operaba como árbitro en los conflictos internos.

El Consejo Fiscal asesoraba al procurador general, dictaminaba en diferentes temas como concursos para fiscales generales y sobre la legalidad de las instrucciones provenientes del procurador en los casos que los instruidos formularan oposiciones.

El fiscal general era el jefe de distrito o departamento y el responsable político del buen funcionamiento del área respectiva.

Los fiscales adjuntos dependían del procurador general de la Nación o de los fiscales generales.

Finalmente, los agentes fiscales y los auxiliares fiscales colaboraban con el procurador general, con un fiscal general, con un fiscal adjunto o, en el caso de auxiliares fiscales, con un agente fiscal (art. 88).

A su vez, la planta básica del ministerio público estaba prevista de la siguiente manera: 1) Fiscalía General de Investigaciones Administrativas; 2) Fiscalía General de Actuación ante la Corte Suprema de Justicia; 3) Fiscalía General de Casación; 4) Fiscalía General de Organización; 5) Fiscalía General Técnica; 6) Fiscalía General de Distrito; 7) Fiscalía General Civil y Comercial; 8) Fiscalía General del Trabajo; 9) Fiscalía General Contencioso-Administrativa; 10) Fiscalía General de Menores e Incapaces, y 11) Fiscalía General de Inspección y Disciplina. Es importante remarcar que el procurador general de la Nación podía promover ante el Poder Ejecutivo Nacional la modificación de la planta básica o la creación de nuevas fiscalías generales.

Ésta es, por cierto, una muy somera descripción de la organización del ministerio público en el Ant. L.O.J.

Sólo resta mencionar que, según el orden jerárquico, los miembros del ministerio público podían impartir instrucciones generales o particulares a sus subordinados, no obstante lo cual existía la posibilidad de objetarlas mediante la regulación de un mecanismo específico que así lo regulaba (cfr. art. 108, Ant. L.O.J.).

Se terminó de imprimir
en Editorial ALFA BETA S.A.
en el mes de junio de 1993
Melían 3136 - (1430) Capital Federal