

**Bases para un Ministerio Público Fiscal
eficiente y eficaz. Una propuesta para la
provincia del Neuquén**

Richard Trinchero

Prólogo de Maximiliano Rusconi

A Erika, mi mujer, y a mis hijos Lautaro, Benjamín y Genaro con todo mi amor.

PROLOGO

Richard Trincheri me ha hecho el verdadero honor de pedir que prologue su muy interesante aporte a la ciencia procesal que él ha titulado, de modo afortunado, “Bases para un Ministerio Público Fiscal eficiente y eficaz. Una propuesta para la provincia del Neuquén”.

Voy a justificar porqué me siento honrado ya que no he formulado una frase hecha. En primer lugar, me genera una enorme satisfacción que estemos, el lector y yo, frente a un libro que surge de una Tesis Doctoral. Hace unos años que nuestro país ha recuperado la tradición de doctorarse en el ámbito de las ciencias jurídicas. Una Tesis doctoral implica siempre muchas horas de esfuerzo, horas que uno debe quitar a la familia o al descanso, implica también un ejercicio de humildad: ya que uno debe someterse a un Director de Tesis, a ciertas reglas académicas e implica sin dudas, y a una edad en la que (por lo menos) uno ya no es tan joven, una enorme valentía al exponerse a la evaluación de un Jurado, normalmente integrado por personas notables que cumplen muy bien su rol si desmenuzan, cuestionan hasta el detalle y atacan con insistencia digna de mejores causas nuestros puntos de partida, desarrollos o conclusiones. Como vemos, siempre es un esfuerzo admirable.

El libro que prologo se ocupa de un tema que en los últimos treinta años ha sido tan protagonista de las agendas académicas y gubernamentales, como poco trabajado en estudios monográficos en la ciencia procesal de nuestro país.

Pero, como se entenderá, no me siento honrado sólo porque estamos frente a una Tesis Doctoral.

Debo decir que una Tesis Doctoral en nuestro país me genera el doble de satisfacción. Lamentablemente, ni Trincheri ni yo, tampoco el Jurado que ha evaluado el trabajo de investigación, provenimos de un ámbito académico que favorezca a este tipo de esfuerzos. Casi no hay becas ni caminos alternativos que colaboren para que quien se decide a ese esfuerzo pueda hacerlo con exclusividad. Normalmente la Tesis doctoral hay que desarrollarla mientras que se continúan con aquellas actividades laborales que a uno le permiten sobrevivir. Lograr el doctorado en la Argentina es mucho más difícil que lograrlo en los ámbitos universitarios de Europa Central, por ejemplo.

Mi buena predisposición crece cuando advierto que se trata de una investigación sobre el Ministerio Público Fiscal. No puedo dejar de ser mínimamente autorreferente: se trata de una cuestión que ha estado en el centro de mi vida académica y profesional casi desde siempre (si uno quita los años de la niñez y adolescencia en donde me preocupaban cuestiones no menos relevantes). Desde el año 1988 trabajé en un Proyecto de Transformación de la Justicia Penal que ha marcado a gran parte de mi generación. Alrededor de la figura de Julio Maier un grupo de Jóvenes nos hicimos amigos, formamos una cátedra, un pensamiento político criminal, una actividad académica intensa y salimos al mundo (recuerdo a Marcos Salt, Fabricio Guariglia, Alejandro Álvarez, Mary Bellof, Eduardo Bertoni, etc, etc). En ese proyecto, y en muchos otros en los que ese grupo colaboró (Guatemala o Ecuador, por ejemplo) el papel del Ministerio Público siempre ha sido visto como institucionalmente clave en el éxito de la transformación.

Varias de mis publicaciones de aquella época se ocuparon de algunos aspectos del rol procesal y constitucional de esa institución.

Diez años después, en el año 1998, luego de un Concurso Público de Antecedentes y Oposición, fui designado por el entonces Procurador Nicolás Becerra como Fiscal General de Política Criminal. Desde ese lugar pudimos junto con Becerra, encarar una etapa realmente fundacional del Ministerio Público Federal.

Yo estoy convencido de que de la lucidez con la cual desarrollemos el rol que debe cumplir el Ministerio Público Fiscal dependerá en gran medida la justicia penal que tendremos.

El trabajo de Trincheri merece más de un elogio. En primer lugar la tesis ha logrado un difícil equilibrio entre problemas teóricos y problemas prácticos. Seguramente en este punto ha influido que Trincheri es un ejemplo de un Funcionario que integra el sistema judicial, pero que tiene la capacidad para miradas más menos episódicas, más globales con mayor capacidad de abstracción.

Ello se nota en el camino temático elegido por la investigación.

Como no podría ser de otra manera la obra comienza por una indispensable aunque no tediosa referencia histórica y de derecho comparado para luego pasar al primer problema con el cual la investigación se enfrenta de lleno: la ubicación institucional. En ese sentido se ha elegido trabajar sobre los países de la región, nuestros más próximos referentes culturales.

Luego, en el Capítulo III, hay un interesante desarrollo de las funciones que debería cumplir el Ministerio Público Fiscal haciendo expresa referencia a la relación de la institución con la formulación de la Política Criminal. Aquí se nota especialmente esta doble característica de la Tesis que la coloca a caballo entre una investigación teórico-procesal y una investigación criminológica. Esta “doble cara” se advierte en el desarrollo de los obstáculos que podría encontrar la institución en esta importante tarea.

Rompiendo con los esquemas tradicionales que normalmente comienzan por los principios fundamentales que rigen el tema de estudio para luego pasar a las cuestiones más puntuales, la tesis deja recién para bien entrado el desarrollo el análisis de los principios fundamentales que rigen la institución. Aquí se desarrollan con lucidez los problemas fundamentales: la relación del organismo con la víctima, con la idea de imparcialidad, con la idea de justicia restaurativa, etc.

La Tesis culmina con un muy interesante desarrollo del problema orgánico. Trincheri demuestra que el problema del Ministerio Público no se define sólo en la ley procesal, ni siquiera (sólo) en el texto constitucional (más allá de las interesantes propuestas que realiza el autor): requiere un correcto desarrollo orgánico.

Sólo me queda invitar a nuestra comunidad jurídica a tomar en cuenta los desarrollos que nos ofrece Trincheri sobre la temática. Sin duda debemos felicitar al autor por el esfuerzo y sus resultados. Se trata de un aporte que, estoy seguro de ello, no pasará desapercibido ni en nuestra ciencia procesal, ni en nuestra (agitada) evolución institucional.

Pilar, noviembre de 2014.

Maximiliano Rusconi

Profesor de Derecho penal y procesal penal

(Universidad de Buenos Aires).

ÍNDICE GENERAL

Prologo	2
Advertencia y agradecimientos	6
Introducción	7
Capítulo I	
1.1- Síntesis histórica sobre el Ministerio Público. El “funcionario fiscal” de la Edad Antigua y del medioevo. La revolución francesa y Napoleón Bonaparte.....	9
1.2- Regulación del organismo en el derecho comparado. Alemania. Francia. Portugal. Italia. España. Estados Unidos de Norteamérica. Inglaterra y Gales.....	16
Capítulo II	
La ubicación institucional	
2.1- El Ministerio Público en los países de la región. Bolivia. Venezuela. Chile. Paraguay. Guatemala. Costa Rica. Ecuador. Honduras. Nicaragua. El Salvador.....	33
2.2- El Ministerio Público en Argentina. La Constitución Nacional, los antecedentes y la reforma de 1.994. Regulación en el orden federal y en los estados provinciales.....	52
2.3- Primera propuesta: El Ministerio Público en la órbita del Poder Judicial y con autonomía. Sistema de designación y remoción de los integrantes del organismo.....	65
2.4- El Ministerio Público y su relación con los demás poderes del Estado y los órganos de control.....	72
2.5- Un Ministerio Público Fiscal “público” y controlado.....	77
2.6- La relación del Ministerio Público con la comunidad y su desempeño en la prevención del delito.....	79
Capítulo III	
Funciones del Ministerio Público	
3.1- Funciones que cumple y funciones que debería cumplir.....	85
3.2- Segunda propuesta: nuevo paradigma: El Ministerio Público debe comprometerse y realizar el diseño político criminal de la persecución penal de la provincia.....	87
3.3- Escollos a superar.....	90

a- Valla constitucional: el Ministerio Público y la legalidad. La compartida opinión de Maximiliano Rusconi.....	90
b- Falta de conocimiento sobre la realidad criminal.....	91
c-La ineficacia y la ineficiencia del Ministerio Público.....	93
d-La política criminal y la seguridad ciudadana.....	96
3.4-El problema de la corrupción administrativa. Rol del Ministerio Público.....	110

Capítulo IV

Cuestiones y presupuestos procesales fundamentales

4.1- La imparcialidad y la objetividad en la tarea del Ministerio Público.....	119
4.2- El principio de oportunidad procesal. Herramienta fundamental para lograr el uso racional de los recursos estatales.....	126
4.3- La sociedad conflictual, el Ministerio Público y la víctima. Derecho a ser querellante con amplias facultades procesales. Asistencia y protección de las víctimas.....	134
4.4- Contribución del Ministerio Público al minimalismo penal. Utilización de las salidas alternativas. Justicia restaurativa.....	143

Capítulo V

La organización del Ministerio Público

5.1- Principios que la deben regir.....	151
5.2- Tercera propuesta: flexibilización, simplificación, desformalización, especialización.....	154
5.3-Importancia de la capacitación. La litigación como herramienta esencial en todas las etapas.....	162
5.4-El régimen interno. Las instrucciones.....	168
5.5-La situación del Ministerio Público en Neuquén en el período 2.001/2.004.....	177
5.6-El Ministerio Público y la policía.....	181

Propuesta: constitucional y normativa.

Proyecto de reforma a la Constitución de la provincia del Neuquén.....	186
Proyecto de ley orgánica de Ministerio Público de la provincia del Neuquén.....	188
Bibliografía general utilizada.....	207

Advertencia y agradecimientos.

Este libro trata básicamente la publicación de mi tesis doctoral. La investigación culminó en los primeros meses del año 2.012 y contiene también observaciones surgidas del debate con el jurado integrado por los Dres. Emilio Vázquez Viera, Alberto Binder, Carlos Chiara Díaz y la Dra. Liliana De Paolis, a quienes debo el haber enriquecido mis conocimientos sobre el tema.

Agradezco al Dr. Jorge Coussirat su paciencia, dedicación y humildad para orientarme y apoyarme en la investigación, a pesar de no compartir mi punto de vista en algunos de los temas analizados.

Agradezco al Dr. Maximiliano Rusconi haber redactado el prólogo del libro, brindándome una honrosa compañía que no creo merecer.

Neuquén, noviembre de 2.014

Introducción

La presente tesis tiene como objetivo realizar propuestas normativas, tanto legales como constitucionales. El objeto de estudio ha sido el Ministerio Público Fiscal (debido a que la defensa pública reconoce fines muy distintos, no será tratada en esta ocasión). La solución ofrecida está pensada para regir en el orden federal o en cualquier Estado de nuestro país con un sistema procesal penal acusatorio aplicándose, aunque se ha tenido principalmente en cuenta la situación constitucional, legal y política de la provincia del Neuquén.

Básicamente, el trabajo proyectado busca ser un aporte para revertir el actual descreimiento del ciudadano común en la justicia, haciendo al servicio de justicia más eficiente, eficaz, más cercano a la gente.

Se ha puesto el acento en tres cuestiones fundamentales del Ministerio Público: la ubicación institucional; las funciones que cumple y debería cumplir, fundamentalmente en política criminal; y todo lo atinente a la cuestión organizacional. Cabe señalar que deliberadamente he incursionado también en algunas cuestiones propias del contenido de un Código Procesal Penal (criterio de oportunidad, facultades procesales del querellante, etc.) pero que forman parte de un todo, integral, persiguiendo el mismo fin.

En mi opinión, la ubicación institucional sería un tema menor si el contexto fuese más estable, lo cual no es el caso de nuestro país ni tampoco de la provincia del Neuquén, de ahí su notabilidad en esta tesis y por ello es tratado en extenso. Durante el desarrollo del trabajo trataré de remarcar que si bien la pertenencia del Ministerio Público a algunos de los poderes, o su consideración como órgano extra poder o como cuarto poder del Estado es relevante en nuestro caso, lo sustancial a los fines de lograr la ansiada eficacia, se vincula con definir claramente para qué sirve y qué función debe cumplir este órgano. Sobre esto último, el Ministerio Público debería decidir el diseño político criminal de la persecución penal del Estado; para ello debería adaptar, también, su estructura de organización, lo cual implicaría una verdadera transformación del estado actual más que una modificación del mismo.

La reforma constitucional de 1.994 reviste la importancia de incorporar el organismo al texto fundamental (art.120, CN) como la generalidad de la doctrina lo reconoce pero, conforme se ha puesto también de resalto, no se resolvieron cuestiones esenciales acerca

del nombramiento, estabilidad y remoción de sus integrantes; inmunidades y garantías¹. También se omitió establecer sobre la autonomía funcional de la cabeza jerárquica de la institución y sobre el siempre arenoso tema de las instrucciones², además de las confusiones que despierta la encomendada función de “guardián” de la legalidad. Tal recomendación, junto a otras razones por supuesto, no ha permitido que el organismo sea eficiente y eficaz. Claro que la legalidad rige también para el Ministerio Público, pero el verdadero compromiso de aquél es con el diseño político criminal de la persecución penal.

En Neuquén, en cambio, se reformó la Constitución provincial en el verano del año 2.006 ignorándose por completo cualquier referencia al tema. En el artículo 239 se establece que el Tribunal Superior de Justicia estará formado por cinco (5) vocales y “su correspondiente fiscal”, siendo idénticas a las de los vocales y el defensor las previsiones sobre los requisitos para acceder al cargo (art.228), la metodología de designación (art.239) y el reconocimiento de la inamovilidad y la intangibilidad (art. 229). Al día de la fecha, en materia procesal penal, nuestra provincia se encuentra regida por el denominado sistema “mixto”, aunque se halla sancionado desde el 24/11/11 un nuevo Código Procesal Penal adaptado a las exigencias constitucionales, incluso previendo el juicio por jurados populares para cierto tipo de delitos (ley 2.784), el cual comenzará a aplicarse el 14/01/14. Sin embargo no existe ninguna ley orgánica del Ministerio Público. Culminar con éxito todo este proceso de reforma posibilitará tener más herramientas para luchar en las cuestiones sustanciales como la selectividad del sistema, la impunidad estructural y la violencia institucionalizada (por ejemplo la que se registra en las cárceles).

Como materia de tesis propongo una reforma constitucional agregando un párrafo al artículo 9 (en la parte de “Declaraciones”) en lo atinente a los delitos de corrupción administrativa y; en la Tercera Parte (“Organización del Estado”), dentro del Título IV (Poder Judicial), planteo agregar un capítulo denominado “Ministerio Público Fiscal”, en el cual se insistirá con la pertenencia del organismo al Poder Judicial pero sin depender del Tribunal Superior de Justicia, lo cual será complementado por el proyecto de ley orgánica del Ministerio Público fundamentada a lo largo del trabajo.

¹ COUSSIRAT, Jorge A. “*El Ministerio Público en la reforma constitucional de 1.994*”. AA.VV. (Editorial Depalma, 1.995), pp.323-329.

² GELLI, María Angélica. “*Constitución De La Nación Argentina. Comentada y anotada*”. Tomos I y II. (Editorial La Ley, 2.008), p.582.

Capítulo I

1.1. Síntesis histórica sobre el Ministerio Público. El “funcionario fiscal” de la Edad Antigua y del medioevo. La revolución francesa y Napoleón Bonaparte

Según Julio Maier el Ministerio Público no existía antes de la Ilustración como institución y su nacimiento tiene lugar en Francia con el primer Estado de Derecho que se conoce. El mismo nace por la necesidad de la administración de contar con un funcionario que sea su “vocero” frente al Poder Judicial. Aclara el autor que en sus orígenes se trató de un “desprendimiento” de la administración, pero al mismo tiempo de un individuo dotado de ciertos recursos (en un doble sentido) que trata de controlar a la administración de justicia y sus “recursos” son justamente los recursos.³

Sin embargo, merecen destacarse algunas opiniones que sitúan los primeros antecedentes de la institución mucho antes, incluso en el antiguo Egipto, merced a que la reorganización de los tribunales, llevada a cabo por la dinastía Ptolomaica, designó junto a ellos inspectores especiales que no intervenían en la determinación de la sentencia del tribunal pero sin los cuales no podía seguirse proceso alguno⁴. Ludwin Villalta ofrece un repaso de lo que significaron las civilizaciones clásicas, en tanto avanzaron de lo difuso de la defensa de la

³GORANSKY, Mirna. “Hacia un Ministerio Público eficaz, eficiente y democrático”. (Editores Del Puerto, 2.008). pp. XXVII.

⁴VILLALTA, Ludwin. “*El Ministerio Público de Guatemala*”, (online) citando autores con ideas contestes como De Miguel, Martín Granizo y Lorente Hurtado. (consultado en segunda quincena de enero de 2.012), p.7. pdf:ddd.uab.cat/pub/tesis/2004/tdx-0728105-162426/lvg1de2.pdf

legalidad hacia la aparición del interés público en el surgimiento de la justicia⁵. El autor guatemalteco señala que a estas civilizaciones debemos el principio “Ne procedat iudex sine actore”, bajo la forma conocida como sistema procesal acusatorio puro, aunque este sistema sufriría correcciones asentando palabras de Flores Prada “... tanto en el derecho griego como principalmente en el romano mediante la intromisión de mecanismos que garantizaron, al menos para determinadas contravenciones, una suerte de acusación pública que comenzaría con la instauración de la acción popular, derivando con la acusación de ciertos acusadores públicos, en un embrionario modelo acusatorio formal, desarrollado posteriormente en Europa tras la revolución francesa...”⁶. Según Villalta, el modelo griego ostentaba el sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio puro y la acusación ante la asamblea era llevada adelante por un ciudadano especialmente designado como representante de dicha acusación (se trataba de la acción popular). Ahora bien, en el siglo VI aparecerá el Tesmoteti o Tesmodeta, cuya función consistía en la vigilancia de las leyes, y era cumplida en forma subsidiaria cuando no la ejercía el ciudadano. Es decir, es notable ya la existencia de un funcionario público o magistrado a partir de considerar que el castigo del culpable interesa a toda la sociedad. Y aquí entraría en juego otra institución ateniense de la época: el Arcontado, de la cual habrían sido una suerte de miembros los Tesmodetas o Tesmotetis. Al respecto sostiene Marchena Gómez que “...no obstante la preponderancia del sistema de acusación popular, la legislación ateniense presenta determinados indicios que permiten colegir la presencia de una intervención oficial tendiente a impedir la impunidad de los delitos contra las personas en las ocasiones en que la víctima no tenía parientes o estos se mostraban negligentes en la persecución del crimen. En tales supuestos, el arconte, encargado de conocer de estos delitos tenía el derecho para entregar de oficio al acusado ante sus jueces”.⁷

Ya situándonos en Roma, y considerando evolutivamente las distintas etapas (monarquía, república e imperio), Raúl W. Abalos ubica el origen del Ministerio Público en la Roma imperial⁸. Menciona el último periodo de aquella cuando existía la *cognitio extra ordinem*, siendo el funcionario judicial la persona que instruye e imputa valiéndose de su poder de policía, por denuncia del ofendido o iniciada de oficio. Cabe aclarar, sobre ello, que en esta etapa histórica, superada la república, el modelo de enjuiciamiento criminal ha mutado

⁵ *Ibidem*, citando a Flores Prada p.8.

⁶ *Ibidem*, p.8.

⁷ MARCHENA GOMEZ, Manuel. “*El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*”. (Editorial Marcial Pons, 1.990), p.22.

⁸ ABALOS, Raúl W. “*Derecho procesal penal*”. Tomo I (Ediciones Jurídicas Cuyo, 1.993). p.53.

de un sistema acusatorio a otro inquisitivo. De aquí en más, como es conocido, paulatinamente, el procedimiento comienza a considerarse como cuestión propia y exclusiva del magistrado y poco a poco prevalece tal discrecional criterio pudiendo resolver los asuntos inquisitivamente. En este procedimiento adquiere particular relevancia el *advocatus fisci*, el cual era una suerte de funcionario de confianza del emperador, a quien representaban en el procedimiento junto al delatore (otro funcionario) en caso que el acusado no llegara denunciado por un particular sino por solicitud de la autoridad pública y, en todos los casos, en defensa del fisco. Esto último indica que dichos funcionarios actuaban también en el terreno del derecho civil; sin embargo en la esfera penal fue ganando terreno la idea de que los delitos ofendían no solamente al particular sino a la sociedad toda, surgiendo así la iniciativa de imponer otras penas (fundamentalmente pecuniarias) a favor de la sociedad que, en la práctica, engrosaban las arcas del emperador.

No obstante, afirma el mismo Abalos que el antecedente de nuestro Ministerio Público pareciera estar en la Francia medieval, en ocasión de nacer el Ministerio Fiscal, pues el Rey se halla representado por procuradores y abogados para la defensa de sus propios intereses fiscales, todo ello con el fin de defenderse de los señores feudales y del propio erario de la corona. Sin embargo, al fortalecerse la autoridad real estos funcionarios, se oficializan en el cargo como verdaderos magistrados: los procuradores en el año 1.302, quienes además de las funciones de ser defensores del fisco, también defienden todos los intereses del Estado. A propósito, dice Michel Foucault "...cuando en el siglo XIV la feudalidad tuvo que enfrentarse a las grandes revueltas campesinas y urbanas, buscó apoyo en un poder, un ejército, una fiscalidad centralizada, y de golpe nacieron los procuradores del Rey, las acusaciones de oficio, la legislación contra mendigos, vagabundos, ociosos y enseguida los primeros rudimentos de policía, una justicia centralizada; el embrión de un aparato estatal jurídico que supervisaba, duplicaba, controlaba las justicias feudales con su fiscalidad, pero que les permitía funcionar..."⁹. En definitiva, el Procurador Fiscal inspirado en su creación por el *advocatus fisci* de Roma, fue ampliando sus funciones desde la representación del monarca ante los tribunales hasta la defensa del interés público en dos puntos importantísimos del Estado absoluto: la administración fiscal y la represión de los delitos.

⁹ FOUCAULT, Michel. "*Microfísica del poder*". (online) Edición y traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez- Uría. Segunda edición 1.980, (consultado en mayo de 2.012) www.inau.gub.uy/biblioteca/seminario/microfiscadelpoder (pdf).

Según Carlos A. Ayarragaray¹⁰, los Procuradores Regis adaptaron el ejercicio de la acción penal en el reinado de San Luis, época de la transición de los combates judiciales (librados a la suerte y a la fuerza) a las reglas procesales de preparación de la acción penal por parte del Rey. Es entonces hacia fines del medioevo que la justicia y la seguridad pasan a ser una cuestión pública. Repasando algunos casos célebres juzgados en la Edad Media, deberíamos asentar el más que secundario papel cumplido por la “fiscalía” de aquella época (consejera o similar del Rey). Así, por ejemplo, puede verse la descripción de los procesos en los casos de la deposición del duque Enrique El León por parte de su primo, el emperador Federico I Barbarroja en el año 1.180 o en el proceso de “Los templarios” (1.307-1.312); ambos minuciosamente descriptos en el libro “Los grandes procesos de la historia”¹¹. Es decir, se trataba de funcionarios que prácticamente no tuvieron relación alguna con el Ministerio Público Fiscal contemporáneo, simplemente eran representantes de los intereses privados del monarca ante las diversas jurisdicciones.¹²

También se ha escrito que el origen del Ministerio Público se remonta al siglo XVI, mencionando a los abogados y procuradores del Rey, con jerarquía y naturaleza similar a los magistrados. Como punto de coincidencia antigua, se cita la vinculación con el “Poder Ejecutivo” de aquella etapa.¹³

La magistratura indiana estaba compuesta por cuatro categorías principales: jueces capitulares, jueces reales, jueces eclesiásticos y jueces que integraban el sistema de la audiencia. La función de la justicia en el Siglo XVIII consistía en el ejercicio de las atribuciones judiciales destinadas a dirimir las cuestiones entre los particulares y también entre éstos y el Estado, poniéndose punto final con el dictado de la sentencia pero en todos los casos la justicia se administraba en nombre del Rey¹⁴. La organización indiana destinaba a las audiencias un sitio relevante, ocupando una jerarquía no menor que los mismos virreyes. Sus integrantes (variaron entre tres y diez) se denominaban “oidores” y además de facultades gubernativas también ostentaban las judiciales. Estas últimas convertían a las audiencias en

¹⁰ “El Ministerio Público: su historia, organización y funcionamiento”. (Bs.As, J. La Jouane&Cia, editores, 1928), p.20, citado por BARREIRO, Gastón E. “La evolución del Ministerio Público Fiscal en materia penal”.(en: *Diario La Ley*, 18-5-2.006), p.2.

¹¹ DEMANDT, Alexander. “Los grandes procesos de la historia”. (Editorial Crítica, 2.000). pp.58-95.

¹² COUSSIRAT, Jorge (y otros). “Manual de Derecho Procesal Penal”. Tomos I y II.(Ediciones Jurídicas Cuyo, 2.008), p.258.

¹³ TERUEL, Santiago. “El Ministerio Público Fiscal: desafío de su organización autónoma”. (en: *Diario La Ley*, 16/07/1.998, pp.1-2), citando a Benet A. (Editorial La Ley, 1.993), A- 900.

¹⁴ TAU ANZOATEGUI, Víctor; MARTIRÉ, Eduardo. “Manual de historia de las Instituciones Argentinas”. Sexta edición, revisada y actualizada a 1.984. (Ediciones Macchi, 1.998), p. 74.

una suerte de Tribunal Superior de Indias donde culminaban muchos de los pleitos provenientes de instancias inferiores. Tau Anzoátegui - Martiré señalan que también los “fiscales” formaban parte de la organización judicial de la época. Estos últimos, combinaban funciones administrativas y judiciales y, además de defender el patrimonio y la hacienda real en Indias, los autores precitados expresan que actuando ante la audiencia, los fiscales tenían funciones “importantísimas”: llegaron a ejercer un efectivo control sobre los demás integrantes del tribunal. Existía uno que actuaba en asuntos criminales y otro en civil, aunque podían subrogarse. Estaban encargados de dictaminar en todos los asuntos que se trataban ante la audiencia, además de ser los defensores natos de la hacienda, los derechos reales y los pleitos de la corona. Poseían iguales prerrogativas que los oidores y gozaban de enorme predicamento en toda la sociedad indiana. Los fiscales desarrollaban en concisos dictámenes, no sólo una relación sucinta de los hechos investigados, sino la aplicación razonada del derecho pertinente, aconsejando además la solución que a su juicio resultaba la más justa.¹⁵

García Rams¹⁶ indica que posteriormente la Audiencia fue reemplazada por la Cámara de Apelaciones al dictarse en 1.812 el reglamento de institución y administración de justicia, una especie de ordenamiento procesal de cincuenta y seis artículos.

Aunque huelgue decirlo, en los países del Common Law el desarrollo histórico es profundamente distinto a los de tradición continental. El principio de persecución penal pública para ellos es relativamente reciente. Resalta Bovino¹⁷ que si bien es posible hallar antecedentes de la persecución oficial en Inglaterra en 1.554 y 1.555, la institucionalización de la persecución en manos del Estado tuvo lugar más tarde en Inglaterra que en Estados Unidos. La Oficina del Director de Persecución Pública inglesa fue creada recién en 1.879.

Al decir de Marchena Gómez, la evolución histórica del Ministerio Público se ha desarrollado a través de un proceso convergente de dos ideas coordinadas: una, histórica, que le atribuyó la función de defensa de los derechos de la corona ante los órganos de justicia y la protección de los intereses públicos a aquella encomendada y; la otra, una idea renovadora que surgió en el tiempo en que las corrientes ideológicas perfilaron un sistema jurisdiccional

¹⁵Ibídem.pp.81-82.

¹⁶“Garantías constitucionales en el proceso penal”.(Bs.As, UBA, 1.996), p.20, citado por BARREIRO, Gastón E. “La evolución del Ministerio Público Fiscal en materia penal”. (en: *Diario La Ley*, 18-5-2.006), p.2.

¹⁷BOVINO, Alberto. “La persecución penal pública en el derecho anglosajón”. (en: revista *Pena y Estado* 2. Ministerio Público. (Editores Del Puerto, 1.997), p.36.

basado en el principio acusatorio conciliable con el respeto a los derechos personales del justiciable.¹⁸

Aunque se hayan realizado referencias a la Edad Media y a la Antigua, el Ministerio Público tiene su origen en el derecho francés y hunde sus raíces en la revolución francesa del siglo XVIII, siendo entonces herencia del Iluminismo y cobrando vida como medio de liberación ciudadana y no como instrumento de represión autoritaria¹⁹. Es decir, nace propiamente cuando culmina la Edad Moderna y empieza la contemporánea; sin perder de vista que la regulación jurídica del organismo es una construcción política más que técnica, toda vez que a un cierto tipo de Estado corresponde un cierto tipo de Ministerio Público y, por efecto de tradición histórica o como producto de un estancamiento legislativo, se registra una falta de sintonía entre los dos elementos; verificándose inevitablemente presiones de fuerzas políticas dirigidas a ponerlos nuevamente en conexión, y adecuando la estructura organizativa del Ministerio Público y las reglas de su funcionamiento a las características del Estado del cual es su expresión²⁰. No obstante la consideración del Ministerio Público como producto de la revolución francesa, conviene no perder de vista que el proceso revolucionario conoció dos etapas: el período transcurrido entre los años 1.789 a 1.799, con un modelo concentrado inacabado y con potestad difusa de la acusación; y una segunda fase identificada en el modelo napoleónico, con consecuencias distintas al anterior en referencia al organismo Ministerio Público. Es importante seguir lo enseñado por Villalta en este punto, por cuanto permite observar con nitidez las razones por las cuales en Francia (y en la gran cantidad de países que la siguen) el organismo se encuentra situado en el Poder Ejecutivo. El decreto de agosto de 1.789 estableció que la soberanía residía en el pueblo y obviamente ello significaba una nueva estructura y también una nueva legitimación de la administración de justicia. Así fue como a fines de 1.790 quedó fijado que la justicia penal debe ser administrada de acuerdo con un sistema basado en la institución del jurado y sobre jueces elegidos por el pueblo. Explica Villalta que la vinculación de la acusación con el nuevo modelo institucional terminó por considerar la función acusatoria como tributo natural de la nación y se descartó el establecimiento de la acción popular por ineficaz, optándose por un sistema de delegación

¹⁸ MARCHENA GOMEZ, Manuel, Op. cit. p. 22.

¹⁹ ROXIN, Claus dice que el Ministerio Público es hijo de la revolución francesa. En “Posición Jurídica y tareas actuales del Ministerio Público, Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público”.(en: “*El Ministerio Público en el proceso penal*”. AA.VV. Editorial Ad.-Hoc, 1.993). pp. 40 y ss.

²⁰ VILLALTA, Ludwin. “*El Ministerio Público de Guatemala*”, (online) citando al autor italiano Jannaccone, p.5. (consultado en segunda quincena de enero de 2.012), pp.1-249.
pdf: ddd.uab.cat/pub/tesis/2004/tdx-0728105-162426/lvg1de2.pdf

orgánica²¹. La ley de 1.790 estableció un régimen electivo para los jueces en tanto que los acusadores serían oficiales del Ministerio Público, agentes del Poder Ejecutivo ante los tribunales nombrados por el Rey. Al respecto Duguit ofrece las razones por las cuales la Asamblea revolucionaria adoptó tal modelo de Poder Judicial: "...La Asamblea nacional, en efecto no contenta con crear dos poderes distintos e independientes, organizó un tercero, que debía ser el igual de los otros dos y como ellos, recibía una delegación directa del pueblo soberano: el Poder Judicial tomó prestada esta idea de la constitución americana de 1.787. Pero este sistema que si bien respondía en América a las necesidades especiales nacidas del régimen federal, no tenía razón de ser en un país unitario y centralizado como Francia. La Asamblea creyó encontrar en el "Espíritu de las Leyes" la teoría de los tres poderes cuando por el contrario en el pensamiento de Montesquieu el orden judicial no debía constituir en absoluto un poder distinto y autónomo sino que era una dependencia del Poder Ejecutivo"²². A la par de los jueces elegidos por el pueblo y miembros del Ministerio Público designados por el Rey se instaura un acusador público de nombramiento popular. A pesar de haberse suprimido los acusadores reales y haber quedado por breve tiempo la acusación en manos de los acusadores electivos, la Constitución de 1.795 instaura los acusadores nombrados por el Poder Ejecutivo, dividiendo las funciones de acusación entre ellos y los acusadores elegidos, solución que será eliminada definitivamente con el golpe de estado de 1.799. Después de esto, lo conocido: el modelo napoleónico perfecciona y desarrolla la tendencia centralizadora en la organización del Ministerio Público iniciada por la monarquía absoluta. A partir de 1.799 se establecerá un sistema acabado, caracterizado por el monopolio del ejercicio de la acción penal atribuido a una organización concentrada, centralizada y jerárquica y bajo la órbita del Poder Ejecutivo. Los artículos 41 y 63 de la constitución de 1.799 entierran definitivamente una acusación de base popular o mejor dicho electiva²³. La ley del 27 de junio de 1.801 otorga aún más poder al Ministerio Público al conferirle el monopolio en el ejercicio de la acción penal. Napoleón y su Código de instrucción criminal de 1.808 establecieron el basamento del sistema procesal continental del futuro: por un lado se concentraron las funciones acusatorias en el Ministerio Fiscal sustrayéndolas de los jueces de paz por la necesidad de una difusión en los poderes de adquisición de prueba y eliminó la iniciativa ciudadana de la acusación penal al distinguir entre acción penal y acción civil.

²¹ *Ibíd*em, p.51.

²² *Ibíd*em, p.53.

²³ *Ibíd*em, p.56.

Ahora bien, como ha quedado asentado precedentemente, Napoleón eliminó los objetivos democráticos perseguidos por la revolución en relación con la administración de justicia y es tarea del Ministerio Público actual reivindicar aquellos postulados.

Foucault ha señalado con claridad que la revolución de 1.789 fue también un movimiento de reforma judicial. Entonces, desde sus orígenes, el Ministerio Público se encuentra atado a los ideales y principios de aquella revolución²⁴. Binder expresa que el Ministerio Público debe entender que tiene una función eminentemente ligada a la república, esto es, debe cumplir con los mandatos previstos por un sistema republicano de gobierno, si no se consigue esto el organismo se conformará con ser una institución útil no por lo que hace, sino por lo que deja de hacer.

1.2. Regulación del organismo en el derecho comparado. Alemania. Francia. Portugal. Italia. España. Estados Unidos de Norteamérica. Inglaterra y Gales.

Alemania

El Ministerio Público alemán aparece subordinado al Poder Ejecutivo. La ley de 1.879 lo establece en todos los Estados, siendo agentes del Poder Ejecutivo y representantes del Estado, dependiendo directamente del gobierno. La ley sin embargo deja libertad a cada Estado para regular la organización interna del organismo²⁵. Por tratarse de un país federal, la estructura judicial alemana también está organizada en forma desconcentrada, de acuerdo a la división territorial y competencia entre el Estado federal alemán y los Estados federales alemanes. En cuanto a su estructura, el organismo reconoce como órganos: a) la fiscalía general federal competente en toda la nación y presidida por el fiscal general. Se trata de una oficina acusadora con las siguientes funciones: interviene en los juicios de apelación ante el jurado criminal del Tribunal de Justicia Federal, siendo ésta la alta instancia en que se crea la doctrina jurisprudencial alemana; realiza la instrucción preparatoria de los delitos contra la seguridad interior del Estado, principalmente acciones de terrorismo; persigue los delitos

²⁴ BINDER, Alberto M. “*Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*”. (Editorial Ad-Hoc, 2.000), pp. 351-352.

²⁵ VILLALTA, Ludwin. Op.cit.

contra la seguridad exterior del Estado alemán, en particular los de traición y espionaje; y resulta oficina del Registro Criminal Federal y del Registro de Comercio e Industria; b) las fiscalías superiores de cada uno de los dieciséis Estados federales con su respectivo fiscal jefe a la cabeza intervienen en las causas que conoce el Tribunal Superior del Estado respectivo. Por último aparecen los fiscales legos ante los órganos judiciales inferiores.²⁶

La institución aparece recién en 1.877 con el abandono del sistema inquisitivo. Se le reconoce al Ministerio Público el carácter de órgano autónomo de la administración de justicia, quien cumple con los intereses soberanos dentro del proceso penal, estando obligado en la fase preparatoria a buscar la prueba a favor y en contra del imputado. Explica Roxin que, a diferencia del derecho anglosajón, el Ministerio Público no fue concebido en una función unilateral de persecución, es custodio de la ley y como tal debe velar también por los derechos del imputado, lo que implica interponer recursos en interés de aquél si cuenta con pruebas de su inocencia.

El Ministerio Público alemán no es autoridad judicial, por no reconocérsele función jurisdiccional en la constitución nacional (art.92), por la sujeción jerárquica a las órdenes del superior y por la falta del efecto de cosa juzgada de sus resoluciones.²⁷

El Fiscal General Federal (que actúa ante el Tribunal Supremo Federal) solamente responde sobre su gestión, como cabeza del organismo, ante el Ministro Federal de Justicia. El parlamento no tiene poderes de control sobre él. Tampoco está prevista una subordinación jerárquica directa entre las fiscalías superiores de los Estados y la fiscalía general federal.

El Ministro Federal de Justicia, además de la facultad de impartir instrucciones obligatorias al Fiscal General Federal, también ostenta activa participación en el nombramiento de aquél, pues a propuesta suya seguirá la designación a cargo del presidente federal con la aprobación de la cámara de representación territorial alemana llamada Consejo federal, lo cual trae aparejado que debe obtener la mayoría de los Estados federados. Idéntico proceso de designación se sigue respecto a los dieciséis fiscales federales.

²⁶ *Ibíd.*, p.103.

²⁷ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis citado por LÓPEZ LÓPEZ, Alberto M. “*El Ministerio Fiscal Español. Principios orgánicos y funcionales*”. (Editorial Colex, 2.001.), p.29.

Francia

Es notable en el Ministerio Público francés la clara intromisión del Poder Ejecutivo, habida cuenta de la subordinación jerárquica de sus miembros en relación al Ministro de justicia. Conforme al Código de Procedimientos Penal, el Ministerio Público detenta el monopolio de la acción pública, por ello la fuente de su poder es la misma ley. Sin embargo, el organismo igualmente está sometido al poder jerárquico.

En cuanto al sistema judicial, el estatuto jurídico administrativo es prácticamente idéntico. Tanto el fiscal (parquet) como el juez (siede) son magistrados designados por igual por el jefe de estado, a propuesta del Ministro de Justicia y; aunque el magistrado du siede tiene reconocido el derecho de inamovilidad, igualmente es designado y cesado por decreto del Presidente de la Republica; no obstante las funciones son diferenciadas: los jueces juzgan y el Ministerio Público tiene como misión vigilar la observancia de las leyes así como el respeto del orden público y la defensa del interés social.²⁸

Aunque suele hablarse de la independencia de la que goza el fiscal francés frente a los tribunales y también frente a las partes intervinientes en el proceso, lo cierto es que de ninguna manera puede sostenerse que tal independencia pueda aplicarse al Ministerio Público como cuerpo. Esto es así puesto que todos los miembros del organismo dependen del Ministro de Justicia. Además, los componentes del organismo están obligados a mantener informado al superior y el Procurador General a hacer lo propio con el Ministro sobre los asuntos importantes (arts.33 y 36 del Código de Procedimiento Penal).

Como vimos anteriormente, esta subordinación al poder político encuentra algunas “justificaciones” históricas. En la teoría revolucionaria de 1.789 no existía el “poder” judicial: el soberano es el pueblo, y lo que era el principal poder del Rey: hacer justicia, pertenece a partir de entonces al pueblo. Los jueces pasan a ser meros ejecutores. En el momento de la instauración de la democracia, cuando la soberanía popular confía la plenitud del poder a la Asamblea Legislativa, el estatuto de los jueces (y fiscales) se vuelve precario por su sumisión a la elección. Con la llegada de Bonaparte al poder y la sustitución de la elección por un modo autoritario de designación, la precariedad y la inferioridad del estatuto llevaron en lo sucesivo a la sumisión al Poder Ejecutivo, motivo por el cual en Francia la elección es la fuente cuasi única de legitimidad. No admitiéndose que los elegidos o los miembros del gobierno investidos de la “legitimidad popular” vean que una parte del aparato del estado se les escapa.

²⁸ VILLALTA, Ludwin. Op. cit. p. 90.

Han existido algunos gestos institucionales objetando la dependencia del organismo al Poder Ejecutivo. En 1.997, el entonces Presidente de la República, Jacques Chirac, designó una comisión a la que encargó expresamente reconsiderar el papel institucional del Ministerio Público y su dependencia jerárquica del Ministerio de Justicia. Esta comisión, en sus conclusiones, expresó “que la política judicial de la nación debe, en democracia, ser responsabilidad del gobierno, en la persona del Ministro de Justicia, y en consecuencia se pronuncia en contra de la autonomía total del Ministerio Público”. No obstante esto, el problema volvió a plantearse en enero de 1.998 cuando la Ministra de Justicia, Elizabeth Guigou, presentó ante la Asamblea Nacional un nuevo proyecto de reforma de la fiscalía francesa.²⁹

Portugal

Imitando el modelo napoleónico, el Ministerio Público fue concebido como órgano del Poder Ejecutivo cerca de los tribunales y a partir de allí su dependencia del Ministerio de Justicia; que designaba, trasladaba y cesaba a todos los miembros del organismo, incluido al procurador general, ejerciendo también el poder disciplinario. El Fiscal General de la República era la autoridad superior del Ministerio Fiscal y a la vez órgano consultivo del gobierno en materia jurídica.

Sin embargo, la revolución de 1.974 y, concretamente la Constitución de 1.976, rompería con el modelo importado de Francia. Más aun, la ley orgánica de 1.978 consagró la autonomía del organismo frente al Poder Ejecutivo al crear el Consejo Superior del Ministerio Público integrado en su mayoría por magistrados en parte elegidos por sus pares. Sin embargo la separación no fue total dado que el Ministro de Justicia mantuvo ciertos poderes directivos, a transmitir únicamente al Procurador General: el de emitir instrucciones específicas en las acciones civiles en las que el Estado sea interesado (debe recordarse que el Ministerio Público conservó como atribución la representación de los intereses privados del Estado) y el de dar directivas genéricas sobre todo el ámbito de competencias del Ministerio Público. Sin embargo en 1.989 se revisa el texto constitucional, se incluye la autonomía del Ministerio Público sin condicionamientos como así también la existencia del Consejo Superior de la institución. Inspirada en este cambio constitucional, llega la revisión de la ley orgánica en

²⁹ LÓPEZ LÓPEZ, Alberto M. “El Ministerio Fiscal Español. Principios orgánicos y funcionales”. (Editorial Colex, 2.001). p.46.

1.992: pierde el Ministro de Justicia el poder de emitir directivas generales, manteniendo apenas el de dar las específicas en los casos de demandas civiles en que el Estado es interesado.

El Procurador General de la República es un cargo político elegido por el gobierno entre juristas de su confianza y nombrado por el Presidente de la República, quien ocupa la cabeza de la institución aunque realmente no se halle integrado a ella. El Procurador General tiene funciones jurisdiccionales ante el Tribunal Supremo de Justicia y además imparte directivas e instrucciones a las que se sujeta la actuación de los agentes inferiores, asimismo coordina y fiscaliza la actividad del Ministerio Público. Además del Procurador General, integran la Procuraduría General de la República el Consejo Superior del Ministerio Público, el Consejo Consultivo y la Secretaría.

Se lo considera un órgano del Poder Judicial en tanto ostenta autonomía, constitucionalmente sistematizado en el título relativo a los tribunales, con reglas de organización, estatuto y funcionamiento fundados en principios que caracterizan a una magistratura, persiguiendo fines que condicionan la intervención jurisdiccional o la conforman con los niveles de normatividad a la que está sujeta. En síntesis, en la concepción portuguesa, el Ministerio Público es un organismo judicial, integrado con autonomía al Poder Judicial y dotado de atribuciones que no son materialmente jurisdiccionales ni se limitan a las ejercidas por los tribunales.³⁰

Italia

A pesar que el modelo italiano, en una época, también siguió al napoleónico (la ley de 1.865 contemplaba al organismo como representante del Poder Ejecutivo ante el Poder Judicial y bajo la dirección del Ministro de Justicia), puede señalarse que al cabo de reformas posteriores la configuración orgánica y competencia del Ministerio Público itálico es singular por muchas razones pero, la más importante, es su absoluta independencia³¹. Orgánica y funcionalmente está integrado al Poder Judicial. Los fiscales ostentan las mismas garantías de independencia que los jueces, gozando ambos de la jerarquía de magistrados y distinguiéndose solamente por la diversidad de funciones (art.107.4 de la Constitución de

³⁰ BUNGE CAMPOS, Luis M. "Sistema procesal penal de Portugal". en: "*Sistemas procesales penales comparados*". AA.VV. Hendler Edmundo (Director). Editorial Ad Hoc, 1.999). p.339.

³¹ LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel. Op. cit., p.60.

1.947). En ambos casos, están elegidos por el Consejo Superior de la Magistratura. El Ministerio Público tiene asignadas tan importantes funciones que el nuevo Código (eminentemente acusatorio) pretende ampliar más su autonomía y disminuir su dependencia jerárquica.³²

La Fiscalía italiana reconoce como autoridad máxima al Procurador General de la República que interviene ante la Corte Suprema de Casación. Luego los Procuradores Generales de la República ante las Cortes de Apelación y Cortes de Asises de Apelación y también integran el Ministerio Público los Procuradores de la República ante los Tribunales ordinarios, Corte de Asises y Tribunales de Menores y los Procuradores de la República ante las Preturas.

Internamente, las facultades jerárquicas del Procurador General sobre los demás fiscales han disminuido: en las audiencias, los fiscales desempeñan sus funciones con total autonomía (art.53.1) y los antiguos poderes de avocación y sustitución se han limitado a los supuestos taxativamente previstos en el nuevo código y previo decreto motivado.

En cuanto a la relación con el Poder Ejecutivo, si bien en una época, la fiscalía italiana dependía del Ministerio de Justicia, puede señalarse que la mencionada independencia de los fiscales también alcanza al plano externo.

La propia Constitución italiana asegura tanto la independencia del Ministerio Público como su inamovilidad y su competencia.

Las principales funciones del fiscal italiano son la vigilancia de la observación de las leyes y del funcionamiento correcto de la administración de justicia; la vigilancia y tutela de los derechos del Estado, de las personas jurídicas y de los incapaces; el ejercicio de la acción penal y la ejecución de las sentencias y demás disposiciones judiciales (arts.73, 74 y 78, ordenamiento judicial italiano).

España

Respecto al Ministerio Público español, hasta 1.870, perduró el legado del Antiguo Régimen. A partir de allí y hasta el año 1.967 ha mantenido en su evolución una línea consistente en ser representante del gobierno ante los tribunales. Así fue que debido a las

³² MOROSI, Guillermo; PÉREZ LANCE, Adrián; POSSE, RAFECAS, Daniel. “El sistema procesal penal italiano”. En “*Sistemas procesales penales comparados*”. HENDLER, Edmundo (Director) AA.VV. (Editorial Ad-Hoc, 1.999). p.139.

disposiciones de la ley orgánica del Poder Judicial de 1.870 sostuvo su vigencia hasta la ley orgánica del estado de 1.967, sin que disposiciones dictadas entremedio (estatuto de 1.926 y reglamento de 1.958) fueran en otro sentido. Cabe resaltar que la Constitución de la República española del 9 de diciembre de 1.931 incluyó por primera vez en un texto de esas características la figura del Ministerio Fiscal.

La ley orgánica del Estado, del 1 de enero de 1.967 (art.35), dispuso que el Ministerio Fiscal fuese un “órgano de comunicación” entre el gobierno y los tribunales de justicia. Respecto a esta previsión, Marchena Gómez sostiene que mantuvo el carácter político del organismo pues “...no puede ser otra la naturaleza de un órgano que relaciona y comunica al gobierno con otros órganos que no pertenecen a esa esfera sino a la jurisdiccional y son independientes...”³³. Una ley posterior (denominada reglamento orgánico) profundiza las chances de intromisión del Poder Ejecutivo cuando obliga al fiscal del Tribunal Supremo a obedecer las órdenes del Ministro de Justicia. Otra ley del régimen franquista (noviembre de 1.974) siguió definiendo al fiscal como órgano de comunicación aunque los doctrinarios seguían viendo a la institución como un órgano político sin independencia del Poder Ejecutivo.³⁴

La situación cambia radicalmente en 1.978. El Ministerio Público aparece expresamente mencionado en la Constitución española de ese año como órgano integrante del Poder Judicial, con asignación de funciones en el art.124.1: “...promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social” y queda organizado bajo los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad. No obstante estas previsiones de la constitución sobre el Ministerio Público, incluso la aparente autonomía del organismo, surgida del estatuto orgánico del 30 de diciembre de 1.981, López López expresa que nunca ha dejado de estar estrechamente controlado por el Ministerio de Justicia, a través de diversos mecanismos, entre los que sobresale el sistema discrecional de nombramientos para los cargos de responsabilidad.³⁵

³³Citado por Villalta en VILLALTA, Ludwin. “*El Ministerio Público de Guatemala*”.(online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) p. 183.

pdf: ddd.uab.cat/pub/tesis/2004/tdx-0728105-162426/lvg1de2.pdf

³⁴ VILLALTA, Ludwin. Op.cit. p.185.

³⁵ LOPEZ LOPEZ, Alberto. Op. cit. p.72.

Tampoco debe perderse de vista que, trazando un paralelo con la mayoría de los países europeos, España es de las más atrasadas en cuanto a la evolución al sistema procesal acusatorio puro. El mismo autor, señala que la judicatura española es la gran dominadora del proceso penal y, el fiscal, no pasa de ser una mera “comparsa cualificada”. A su vez, López López afirma que el Ministerio Público español, en pleno siglo XXI, sigue sin saber dónde se halla ubicado y qué es lo que se espera de él.

En cuanto a la ubicación institucional, el autor expresa que cualquiera de las teorías sobre la pertenencia del Ministerio Público (sea al parlamento, al Poder Ejecutivo o al judicial) es perfectamente asumible como aspiración programática y defendible con fundados argumentos lógicos y jurídicos³⁶. Sin embargo, en su parecer, no es la ubicación dentro de alguno de esos poderes el elemento decisivo para la configuración institucional e idiosincrasia del Ministerio Público español, sino la interpretación que en el futuro se haga de los principios constitucionales de unidad y dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad.³⁷

Estados Unidos de Norteamérica

Al parecer de Alejandro Carrió el sistema de enjuiciamiento estadounidense no es un procedimiento heredado del derecho inglés, sino originado en la idiosincrasia de sus primeros pobladores, la mayoría disidentes religiosos y políticos, proclives a cuestionar el poder, establecerle límites y querer participar en su administración³⁸, sin desconocerse que los ingleses se asentaron en territorio norteamericano con sus tradiciones, siendo una de ellas la de considerar la voluntad de la víctima como relevante en la persecución penal.

Como es sabido, en EE.UU. existen dos organizaciones judiciales separadas: por un lado se encuentra la federal, para todo el país, compuesto por el Tribunal Supremo y los tribunales federales inferiores. Estos últimos se dividen en Cortes de distrito y Cortes de apelaciones. La segunda organización judicial es la estatal propia de cada uno de los cincuenta Estados de la unión.

En la América colonial inglesa la persecución penal privada fue la regla. La víctima era la principal protegida del sistema penal. Los colonos eran escépticos respecto a que la

³⁶ A propósito de la discusión legislativa previo a sancionarse el estatuto orgánico de 1.981 puede verse la minuciosa descripción de VILLALTA, Ludwin, Op. cit., pp.194-215.

³⁷ LOPEZ LOPEZ, Alberto. Op. cit. p.102.

³⁸ Citado por GORANSKY, Mirna. “*Hacia un Ministerio Público eficaz, eficiente y democrático*”. (Editores Del Puerto, 2.008), p.377.

persecución penal se organizara comunitariamente. Esto fue así al menos hasta la época de la revolución. Luego llegará la persecución penal pública. Indica Bovino que al radicarse los holandeses en las colonias norteamericanas establecieron el procedimiento y también la figura del schout (quien era el funcionario encargado de la persecución de los delitos), señalando el autor que las opiniones se dividen respecto a la aparición del fiscal estadounidense: existen quienes sostienen que fue causa del schout; y quienes por el contrario, atribuyen influencia a Francia y Escocia. Se ha escrito que “si bien no está claro cómo se desarrolló el concepto del acusador público en Estados Unidos, es evidente que los colonos reconocieron la necesidad de que los procesos penales debían estar a cargo de funcionarios públicos imparciales antes que de particulares interesados. Se ha sugerido en forma diversa que el desarrollo de la oficina local del fiscal es el resultado de la influencia del fiscal general inglés, del juez de paz inglés, del schout holandés, del procurador del Rey de Francia y de una combinación de las practicas inglesas y los países de Europa continental”.³⁹

A diferencia de lo sucedido en el derecho continental donde la adopción de un nuevo modelo de procedimiento penal significó un cambio profundo respecto del anterior, en Estados Unidos la irrupción de la persecución penal pública no significó adoptar un nuevo modelo de enjuiciamiento penal. El acusador estatal estadounidense intervendrá en un procedimiento cuyas bases estructurales fueron desarrolladas durante la intervención del acusador particular. Goransky sintetiza el rasgo distintivo del sistema americano respecto al de aquellos países que siguen la tradición jurídica continental: ambos estructuran todo el sistema de justicia penal sobre el principio de la persecución penal pública pero, y aquí en parte la diferencia, tienen distintos fines: la averiguación de la verdad histórica en el sistema continental y, la búsqueda del consenso en el modelo angloamericano; conduciendo esto a afirmar que de la mano de la meta de la averiguación de la verdad caminan las facultades inquisitivas de los tribunales y, de la mano del consenso, las facultades discrecionales de los fiscales.⁴⁰

La designación de fiscales y la organización marcan una nota distintiva en la fiscalía estadounidense. El fiscal representa a la comunidad en los casos penales, por eso en 46 de los 50 Estados de la unión, el cargo de fiscal de distrito es electivo, siendo el operador

³⁹Sidman, theoutmodedconcep of private persecution, p. 763 citado por BOVINO, Alberto. “La persecución penal pública en el derecho anglosajón”. (en: revista *Pena y Estado*.Nro.2 Ministerio Público. Editores Del Puerto, 1.997), pp. 38-40.

⁴⁰GORANSKY, Mirna. “Hacia un Ministerio Público eficaz, eficiente y democrático”. (Editores Del Puerto, 2.008), p.378.

más importante en la ejecución de las políticas criminales. La función persecutoria del mismo es de naturaleza política. En el ámbito federal existen 94 fiscales de distrito, designados directamente por el Presidente y trabajando formalmente bajo las órdenes del fiscal o Procurador General (Attorney General). Esto significa que los fiscales están organizados jerárquicamente y que pertenecen al Poder Ejecutivo. Por lo tanto, la persecución penal es una función de éste último, derivando esto del poder genérico de aplicación de la ley que, constitucionalmente pertenece al ejecutivo. O sea, si se permitiera que las decisiones del fiscal fueran controladas por un órgano ajeno al Poder Ejecutivo, habría un problema constitucional vinculado con la división de poderes. Debido a esto, las decisiones discrecionales del fiscal no pueden ser controladas. Son escasos los controles del Poder Judicial y el congreso tampoco ha podido limitar tal poder de los fiscales.⁴¹

El Poder Legislativo no puede establecer políticas generales obligatorias de persecución penal. Aún en los casos más graves (homicidios agravados, delitos castigados con pena de muerte) no pesa sobre el fiscal ningún deber jurídico que lo obligue a iniciar la persecución penal. Si alguna ley estableciera algún deber semejante, existiría una gran posibilidad de que su constitucionalidad fuera cuestionada por el Poder Ejecutivo e invalidada por el Poder Judicial. La discreción de los fiscales es casi absoluta. Por ejemplo, si el imputado solicita ir a un juicio sin jurados, el fiscal decide discrecionalmente si acepta la solicitud del acusado. El ejercicio de estas facultades reconocidas al fiscal es un límite infranqueable para cualquier reforma procesal o penal.⁴²

Los tribunales de Estados Unidos tampoco pueden obligar a los fiscales a actuar activamente en la persecución, solamente verifican la legalidad (que se respete la igualdad ante la ley y que la persecución no sea vindicativa) de las solicitudes presentadas por la fiscalía y deciden si impiden el inicio del juicio o la persecución penal contra el imputado. Además del poder discrecional referido (que es la regla general), el fiscal cuenta con la facultad para entablar un proceso de negociación con el imputado (Plea Bargaining). Consiste en realizar concesiones a cambio de obtener la admisión de responsabilidad por parte de aquel. El fiscal puede hasta solicitar la imposición de una pena más leve o bien acusar por un hecho distinto, más leve que el supuestamente cometido. Esta facultad de negociación del

⁴¹ *Ibíd.*, p.383.

⁴² BOVINO, Alberto. "La persecución penal pública en el derecho anglosajón". (en: revista *Pena y Estado*. Nro.2 Ministerio Público. (Editores Del Puerto, 1.997), pp. 41-44.

fiscal deriva de la herencia histórica de un enjuiciamiento con vigencia de una persecución privada y el desconocimiento del principio de legalidad procesal.⁴³

La primera aparición legislativa respecto a la fiscalía estadounidense se anota en 1.704, antes de la independencia americana, en la entonces colonia británica de Connecticut.⁴⁴

Entre 1.830 y 1.861, los fiscales estatales eran totalmente independientes del fiscal general, pero esto cambió al transformarse éste en director del departamento de justicia (Ley de 1.870) a cuyo organigrama quedaron aquellos integrados. A partir de allí, el fiscal estadounidense evoluciona desde la posición de mero funcionario judicial a rector absoluto de la persecución criminal.

La autoridad mayor del Ministerio Público en EE.UU. es el Fiscal General (Attorney General). Además de la jefatura del departamento de justicia, es jefe de la policía y también una suerte de abogado del Estado, siéndole encomendada la defensa y representación de los intereses del gobierno federal. Asimismo, ejercita la acción pública para perseguir delitos federales. Dentro del departamento de justicia, también nombrados por el Presidente de la nación con acuerdo del senado y subordinados al Attorney General, se encuentran el vice fiscal (asiste y sustituye al Fiscal General), el Fiscal General Asociado (tiene asignadas funciones consultivas) y el letrado general (representa al gobierno federal ante la Corte Suprema de EE.UU.).

En un segundo nivel, el Ministerio Público estadounidense reconoce a los fiscales estatales. Dentro de sus respectivos distritos (son nombrados y cesados por el presidente de EE.UU. pero con anuencia previa del senado, permaneciendo durante cuatro años con posibilidades de reelección indefinida) dirigen el departamento de justicia y representan al Estado ante los tribunales y la defensa de los intereses del fisco. En un tercer eslabón, se encuentran los fiscales de distrito quienes, mientras ejercitan la acción penal ante los tribunales son llamados perseguidores públicos. Por tratarse de un cargo público y electivo, es políticamente responsable ante sus electores y no están subordinados a ninguna autoridad. Cuando comparece a juicio, no lo hace en nombre del gobierno del que administrativamente depende, sino del pueblo americano, en el que recae la titularidad única de la acción pública para la persecución de los delitos. La acción penal se ejerce con una gran independencia de

⁴³ *Ibidem.* pp.43-44.

⁴⁴ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás “El Ministerio Público en los Estados Unidos de Norteamérica”, citado por LÓPEZ LÓPEZ, Alberto M. “*El Ministerio Fiscal Español. Principios orgánicos y funcionales*”. (Editorial Colex, 2.001), p.39.

criterio, porque no existe subordinación entre el fiscal estatal y el fiscal de distrito (Los fiscales de distrito son elegidos por elección popular, salvo el del estado de Connecticut que lo designa una comisión de justicia; el de New Jersey que la realiza el Gobernador del Estado y los Estados de Delaware, Alaska y Rhode Island, en donde es resorte del Fiscal General).

Con fundamento en el Comon Law o en leyes estatales, el Fiscal General tiene reconocida la facultad de intervenir junto al fiscal de distrito o sustituirlo en procedimientos penales, aunque en la práctica tales atribuciones son escasamente utilizadas. Con el fiscal de distrito trabajan los ayudantes fiscales (que son designados por el fiscal de distrito). Por último cabe mencionar al fiscal especial (special prosecutor). Por ley, EE.UU. tiene establecido que se nombrará un fiscal especial cuando los delitos son imputados a quien ocupe un alto cargo en el Poder Ejecutivo. El Fiscal General es quien decide si la naturaleza de un asunto en concreto merece la designación de un fiscal independiente pero, tal designación compete a tres jueces federales y el nombrado es elegido de una lista de juristas no vinculados profesionalmente con el Estado. Este fiscal especial se encuentra facultado para gastar fondos del erario público, para citar todo tipo de testigos y para ordenar la entrega de todo tipo de documentación, incluida la que exista en la Casa Blanca. También puede ofrecer pactos y garantizar impunidad. Una vez finalizada la recolección de pruebas, se presentarán ante el gran jurado, compuesto por ciudadanos que decidirán si son suficientes para acusar. El congreso y tres jueces supervisarán el trabajo del fiscal especial.

López López señala algunas de las causas que motivaron el proceso evolutivo en las funciones del fiscal estadounidense: a) por ascendencia francesa, se asume el principio de la separación de poderes y rápidamente se ubica al Ministerio Público en la órbita del Poder Ejecutivo con una amplísima discrecionalidad funcional; b) se adoptó el sistema de persecución pública, con la consiguiente necesidad de un funcionario sosteniendo la acusación dentro del proceso penal; c) la descentralización absoluta de las facultades del gobierno hacia los entes locales condicionó la distribución territorial de la fiscalía y d) el sentimiento democratizador se extendió en Estados Unidos entre 1.830 y 1.850 y culminó con la elección de los miembros del Ministerio Público por votación popular. El principal vehículo democratizador fue el establecimiento de ese mecanismo de acceso a casi todos los cargos públicos, incluidos los de naturaleza judicial.⁴⁵

⁴⁵ LÓPEZ LÓPEZ, Alberto. Op.cit. p. 39.

Se desprenden dos consecuencias importantes de la introducción del carácter electivo del Ministerio Público: primero, la afirmación de la acción penal como un instrumento de la función ejecutiva, pues tanto la constitución como los textos legales ubican al fiscal en la esfera del Poder Ejecutivo. También sirvió como fundamento de la práctica de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.

Inglaterra y Gales

Señala Bovino⁴⁶ que Inglaterra, aislada geográfica, política y culturalmente del derecho continental, desarrolló formas jurídicas propias, inicialmente inquisitivas y más tarde eminentemente acusatorias en sentido material, fundadas en un régimen de persecución penal privado (de acción popular) particularmente desconfiado de la autoridad pública, sistema mantenido hasta fines del siglo XIX.

Las particularidades del orden jurídico inglés muestran sustanciales diferencias con el resto de los países europeos. En principio Inglaterra carece de un documento constitucional único y escrito, compartiendo esto con sólo dos países del mundo: Nueva Zelanda e Israel.⁴⁷

Refiriéndose ya al sistema procesal penal, estos mismos autores citan a Mc Conville y J. Baldwin quienes sugieren que el sistema inglés es un modelo procesal que responde primordialmente a las necesidades del control del delito y que, por tanto, puede “tolerar” errores policiales y judiciales, si con ello se logran alcanzar los objetivos de represión del delito⁴⁸. Este diseño de sistema procesal, es opuesto a aquél que se somete al principio del debido proceso legal y sus garantías a favor del imputado. En relación a este tipo de sistema, Inglaterra ha perdido salvaguardias clásicas, observándose que el juicio por jurados prácticamente ha desaparecido y que el noventa por ciento de los imputados se declaran culpables para obtener una condena menor, eludiendo el juicio ante sus pares.

En jerarquía, al chief Crown prosecutor le siguen el seniors Crown prosecutor y principal Crown prosecutor, quienes desempeñan funciones principales dentro de la oficina y, ya en la base de la estructura, se ubican todos los Crown prosecutors.

El jefe máximo del Ministerio Público inglés, el Attorney General, seleccionado entre abogados de gran prestigio para asegurar la puesta en práctica de la política criminal

⁴⁶ BOVINO, Alberto. Op. cit. p.72.

⁴⁷ ANITUA, Gabriel; CAPUCCIO, Emilio; ZENTNER, Cyntiha. En: “*Sistemas procesales penales comparados*”. AA.VV. HENDLER, Edmundo (Director). (Editorial Ad-Hoc, 1.999). p. 271.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 277.

diseñada por el gobierno de la nación, es designado por la corona a propuesta del Primer Ministro; formando así parte del Poder Ejecutivo . La cabeza del Ministerio Público inglés es responsable del servicio ante el parlamento cuando es llamado a comparecer, aunque siempre en términos generales, sin detenerse en actuaciones particulares, decisiones concretas o las razones que las motivaron.

El Attorney General ostenta importantes atribuciones sobre el ejercicio de la acción penal: por motivos de interés general o de seguridad nacional, puede poner fin a la acción penal o conceder inmunidad por razones de oportunidad. Además, inicia y dirige investigaciones sobre delitos que afecten la seguridad interior o exterior del Estado y, también, aquellas investigaciones sobre terrorismo deben contar con su consentimiento previo. A modo de síntesis sobre la importancia del Fiscal General dentro del proceso penal, puede mencionarse lo dicho por Díez - Picazo: "...aunque el ejercicio de la acción penal está descentralizado y no existe una política unitaria a este respecto, el gobierno puede siempre hacer oír su voz en el proceso penal y, en su caso, desplazar a cualquier otro acusador. Su instrumento privilegiado es el Attorney General."⁴⁹

Dentro de la estructura del Ministerio Público inglés también merece destacarse la figura del director de la oficina de persecución. Es designado por el Ministro del Interior, dura cinco (5) años, dirige la acción penal ante los tribunales, redacta y publica el código para los fiscales de la corona y confecciona el informe anual de la actividad de la fiscalía, el cual es presentado por el Fiscal General en el parlamento antes de ser difundido a la ciudadanía.

Como ya se mencionara, un eslabón más abajo del director de persecución se encuentran los Crown prosecutor, los cuales están distribuidos por regiones de Inglaterra y Gales. El fiscal jefe (chief crown prosecutor) es el que se halla al frente de cada una de las fiscalías. Los crown prosecutors solo pueden ejercitar la acusación por delitos menos graves. Si, por el contrario, resultara necesario llevar alguna acusación ante el Crown prosecutor, competente para enjuiciar los delitos graves con jurados, el Crown prosecutor deberá contratar un barrister o solicitador independiente para materializar tal acusación. López López⁵⁰, explica que dentro de la abogacía inglesa, los barristers son abogados especializados en defensas orales ante los tribunales de justicia, en tanto que los solicitors son abogados generalistas, que salvo habilitación especial, sólo pueden actuar ante tribunales de justicia inferiores y juzgados de paz.

⁴⁹ Citado por LÓPEZ LÓPEZ, A. Op. cit. p.58.

⁵⁰ *Ibidem*. pp.59-60.

Es muy importante reiterar que en Inglaterra la figura del acusador estatal aparece recién a fines del siglo XIX. El common law reconocía como regla general el derecho de cualquier individuo a iniciar y llevar adelante la persecución penal. En 1.879 se sanciona la Ley de Enjuiciamiento Criminal, creándose la Oficina del Director de la Acusación pública, satisfaciendo el requerimiento de quienes deseaban un sistema que limitara y controlara la iniciativa privada⁵¹. Las funciones asignadas al director lo distinguen claramente del fiscal estadounidense. El primero sólo es responsable directo de la persecución penal en un grupo limitado de casos, aquellos en que el legislador ha puesto en manos del Estado debido a la gravedad, importancia o complejidad. Estos supuestos son delitos reprimidos con pena de muerte, casos originados en reparticiones públicas, homicidios dolosos, casos en los que el autor puede ser considerado delincuente habitual, delitos sexuales contra niños y, en general, aquellos que por su importancia requieran su atención⁵². Sin embargo, a partir de aquí devino una suerte de sistema de persecución estatal de facto en manos de la policía, por cuanto este organismo intervenía en la mayoría de los casos, registrándose también un ejercicio abusivo del poder. Llega 1.985 y se crea la fiscalía general del Estado.

No obstante lo dicho, la policía es una institución de capital importancia en el sistema procesal penal inglés. La fiscalía no cuenta con poder coercitivo alguno sobre el acusado, el poder sigue en manos de la policía y la fiscalía no tiene facultades sobre la policía, razón por la cual depende de la “cooperación” del organismo policial. Es más, cuando investiga un caso, la policía no es controlada por ningún fiscal ni tampoco por ningún juez. La policía decide libremente iniciar un procedimiento judicial o archivar el expediente, no existiendo autoridad judicial o administrativa que pueda obligarla a ejercitar la acción penal cuando, por las razones que fueran, ha decidido abandonarla. Ahora bien, la facultad de condicionar el ejercicio de la acción penal, a la realización de determinadas diligencias policiales de investigación, que la ley ha reconocido al fiscal, hace que en la práctica aquél pueda dar órdenes o indicaciones a la policía.⁵³

Desde 1.879 hasta 1.985, el aumento de las facultades de control de la oficina sobre la persecución penal ha contribuido a limitar la importancia de la acusación privada.

⁵¹ ANITUA, Gabriel; CAPUCCIO, Emilio; ZENTNER, Cyntiha. En: “*Sistemas procesales penales comparados*”. AA.VV. HENDLER, Edmundo (Director). (Editorial Ad-Hoc, 1.999), p. 279.

⁵² BOVINO, A. Op. cit. pp.39-40.

⁵³ LÓPEZ LÓPEZ, A. Op. cit. p.55.

En la actualidad, si bien la persecución privada continúa siendo, teóricamente, la regla en el sistema de justicia penal inglés, la práctica señala que el sistema está basado en la persecución pública y que depende cada vez menos de la iniciativa individual.

En la gran mayoría de los casos el procedimiento es iniciado por la intervención de la policía. Sin embargo, advierte Bovino, curiosamente los ingleses consideran la intervención policial del mismo modo que la intervención de un particular. Así, creen que cuando la policía persigue penalmente no representa al Estado sino que ejerce el derecho de cualquier ciudadano a llevar adelante la persecución penal. Se sostiene así, que la policía actúa en cumplimiento del deber general de todos los ciudadanos al presentar ante la justicia a quien ha cometido un delito⁵⁴. Ha explicado la Comisión Real sobre la policía en 1.962: “La policía de este país jamás ha sido reconocida, ni por el derecho ni por la tradición, como una fuerza distinta al cuerpo general de ciudadanos, a pesar de la imposición de muchos deberes característicos a la policía por la legislación o las regulaciones administrativas, subsiste el principio que un policía, según el Common Law, es sólo una persona pagada para realizar como un deber, actos que realizaría voluntariamente si tuviera disposición para ello”.⁵⁵

Sobre los cuerpos de seguridad en el tercer milenio, Roger Baker, oficial de policía de Inglaterra, explicó que en el Reino Unido existe una serie de principios sobre el trabajo policial en materia de delitos. El primero de ellos consiste en la necesidad de lograr la confianza pública. El público debe confiar en la integridad de la policía. El segundo principio hace referencia a internalizar que los oficiales de policía son antes que nada, ciudadanos, y que deben trabajar junto a la comunidad para hacer la vida mejor para todos. En tercer lugar, se tiene claro que el delito y las causas del delito no son asunto de la policía solamente, pues es dentro de las comunidades donde se hallan las respuestas para resolver estos problemas⁵⁶. Más adelante, trazando un paralelo con las policías de nuestras latitudes, señala que “...en el Reino Unido la policía es únicamente civil, no militar, y los militares no tienen injerencia en el trabajo policial. Hay algunos acuerdos para trabajos conjuntos en caso de terrorismo, por ejemplo, y para esa eventualidad existe un reglamento de trabajo en conjunto. Estos casos son muy raros...” y lo más llamativo: “...la policía en el Reino Unido está desarmada; no está acostumbrada a las armas de fuego como lo están en Venezuela y en otros países de

⁵⁴ BOVINO, A. Op. cit. pp.37-38.

⁵⁵ *Ibidem*, p.41.

⁵⁶ “*La policía comunitaria desde la perspectiva británica*”. (online) Instituto Latinoamericano de seguridad y democracia (ILSED)(consultado en la segunda quincena de enero de 2.012). www.ilsed.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=.

Latinoamérica. Nuestra Constitución no permite el uso de armas -ni a la policía ni a la gente en general- , y existe un control muy firme en relación con la posesión de armas de fuego...”⁵⁷. Y en lo que nosotros llamaríamos trabajar sobre la prevención del delito en materia de seguridad, Roger Baker ha afirmado: “...en apoyo a lo que llamamos asociación contra los delitos de desorden, están los miembros de un equipo multidisciplinario que ayuda a la policía, en el que se incluye funcionarios de educación, salud, servicios sociales y otros servicios para que expresen lo que quieren de la policía, además de hacer que se tomen en consideración, de manera permanente, el funcionamiento de esos servicios...existen muchos foros donde el público se reúne a monitorear el progreso que la policía ha logrado y, si los planes han sido exitosos, difundir esas prácticas. Cuando algo está fallando la tarea es ver qué está haciendo la policía en otros lugares y, especialmente, qué están haciendo esas comunidades para que esos asuntos mejoren...”⁵⁸

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*

Capítulo II

La ubicación institucional

2.1. El Ministerio Público en los países de la región. Bolivia. Venezuela. Chile. Paraguay. Guatemala. Costa Rica. Ecuador. Honduras. Nicaragua. El Salvador.

En la gran mayoría de los países latinoamericanos, hubo reformas relacionadas con la ubicación institucional del Ministerio Público, sea de disposiciones constitucionales o de leyes orgánicas. Esto dentro de un gran movimiento de reforma de la justicia penal, lo cual ha sido impulsado y desarrollado con menor o mayor éxito durante los últimos quince o veinte años. Antes de ello, en la década del ochenta, casi todos los países de la región lograron dejar atrás el triste y terrible período de arbitrariedad caracterizado por regímenes de facto o, en general, por gobiernos que ejercieron su autoridad sobre la base de la ilegalidad y la garantía de la impunidad. El advenimiento del modo de vida democrático, trae aparejado que la ciudadanía exprese la conflictividad social, que busque un árbitro independiente e imparcial para esa conflictividad, que se construya la llamada “democracia de opinión” que lisa y llanamente significa que todos los ciudadanos tienen el derecho a opinar sobre los asuntos públicos. Que la participación política no se limita a la expresión del voto cada cierto período. Ahora bien, puesta la lupa sobre la administración de justicia se advierte inmediatamente el mal funcionamiento, la ineficiencia y la necesidad de reformarla para revertir la situación y

canalizar ese reclamo social de cambio. En este contexto, surge la necesidad de adaptar al Ministerio Público a las nuevas funciones que debe cumplir.

Mauricio Duce⁵⁹ repasa las modificaciones realizadas en los distintos países de la región y advierte que se hacen dos observaciones sobre el cuadro de situación referido a las reformas legales y constitucionales llevadas adelante. La primera de ellas trata sobre el paralelismo entre las reformas al proceso penal en cada uno de los países y los cambios emprendidos al Ministerio Público. En tanto que la segunda, lo hace sobre la ubicación institucional del organismo. Ha sido muy intenso el debate en la literatura especializada de la región sobre esto último. Se puede apreciar que ha prevalecido la opción de configurar al Ministerio Público como autónomo (sea como extra poder o dependiendo del Poder Judicial pero con autonomía funcional), en oposición a otras alternativas como su dependencia del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial sin autonomía funcional (Costa Rica).

Duce sostiene que la discusión desde el punto de vista legal ha sido clausurada pero que persisten muchas indefiniciones a nivel normativo respecto, por ejemplo, a la relación entre autonomía y rendición de cuentas.

Bolivia

En el país del altiplano el Ministerio Público está regulado como órgano autónomo o extra poder. El instituto tiene previsión constitucional y la ley orgánica Nro.2.175 data del 13 de febrero del año 2.001, modificando la anterior ley orgánica (Nro.1.469 del año 1.993).

Además de tales fuentes normativas, cabe resaltar que Bolivia adoptó el proceso penal acusatorio el 31 de mayo de 1.999 aunque tuvo vigencia plena recién el 31 de mayo de 2.001.

La ley orgánica prevé una institución que tiene como finalidad promover la acción de la justicia, defender la legalidad y los intereses del Estado y la sociedad representándolos conforme las disposiciones de la Constitución Nacional y las leyes de la República (art. 3). En el mismo artículo se contempla la independencia funcional, en tanto que el art.124 asegura la autonomía financiera. Entre los principios que rigen su funcionamiento resaltan los de Unidad, Jerarquía (ambos en el art.4) y Objetividad (art.5).

⁵⁹DUCE, Mauricio. "El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios". (Centro de justicia de las Américas -CEJA-, 2.004), p.7.

La autoridad máxima del Ministerio Público boliviano es el Fiscal General, designado por el Congreso Nacional (art.34), cuya duración en el cargo es de diez (10) años improrrogables; sin embargo pasado un lapso igual de tiempo puede ser vuelto a elegir. También integran el organismo los fiscales de distrito, los fiscales de recursos, los fiscales de materia y los fiscales asistentes (art.23). La misma ley en su art.49 establece la existencia de un Consejo Nacional del Ministerio Público, integrado por el Fiscal General que lo presidirá, los fiscales de distrito, un fiscal de recursos, un fiscal de materia y el inspector general. En el artículo 51 se regulan las funciones de este Consejo Nacional, siendo las más importantes la proposición de ternas en las designaciones de funcionarios que realice el Fiscal General, dictaminar sobre la creación de fiscalías y; evaluar la aplicación de las instrucciones generales y particulares ratificadas por el Fiscal General de la República para adoptar los correctivos que correspondan.

En el plano de las relaciones externas con los poderes del Estado, la ley prevé que las comisiones legislativas pueden citar al Fiscal General para que informe sobre asuntos de su competencia, salvo en causas penales con jurisdicción ordinaria establecida. Esto es denominado por la misma ley como una “fiscalización” (art.19). El artículo siguiente guarda una importante herramienta para el Poder Ejecutivo en la persona del Ministro de Justicia: con el objeto de “orientar la política criminal del Estado” dicho Ministro, mediante resolución fundada, puede solicitar al Fiscal General la emisión de instrucciones generales relativas al ejercicio de la acción penal; al establecimiento de prioridades en la persecución penal y en el respeto de los derechos humanos en la lucha contra la delincuencia. En los artículos siguientes se establece el trámite para el caso de disentir el Fiscal General con la solicitud recibida, pudiendo recurrirla directamente ante el Tribunal Constitucional si considera que es inconstitucional o que afecta su independencia. En cambio, la misma ley prohíbe al Poder Ejecutivo solicitar la emisión de instrucciones que sólo produzcan sus efectos o se refieran a un caso en concreto. La facultad del Poder Ejecutivo que se comenta (art.20) es denominada como “coordinación”.

En general, como acontece en la gran mayoría de los Ministerios Públicos de la región, se han advertido debilidades que impiden al organismo hacer frente con eficacia a los desafíos que presenta la reforma procesal penal. Entre los defectos más notorios pueden

anotarse los que devienen del diseño de la institución, algunos de los cuales inciden directamente en la gestión y no le permiten cumplir sus fines.⁶⁰

Recientemente (noviembre de 2.011), una comisión integrada por legisladores, autoridades estatales y el mismo Fiscal General han presentado un proyecto de reforma de la ley orgánica, que reafirma la independencia y autonomía del organismo pero busca mayor eficacia, eficiencia y celeridad en el desempeño de la función por parte de los fiscales. Así, los cuatro pilares sobre los que descansa dicho proyecto, con previo proceso de construcción de consenso, son: la instauración de un proceso disciplinario que asegure la responsabilidad y la transparencia en los fiscales, con la creación de una escuela de fiscales, en donde se prevé la capacitación y posterior evaluación. El segundo segmento está dirigido a lograr mayor celeridad en el trámite de la investigación fiscal; el tercero está orientado a la creación de mecanismos de efectiva protección de las víctimas y el último contempla la previsión de un presupuesto que permita al organismo cumplir los fines previstos.⁶¹

Venezuela

La República Bolivariana de Venezuela también prevé al Ministerio Público como órgano autónomo o extra poder, habiendo sancionado su ley orgánica en 1.998 (ley 5.262), la cual fuera derogada con la entrada en vigencia de la nueva ley orgánica del 19 de marzo de 2.007 (G.O 38.647), adaptada esta última a lo establecido en la Constitución Nacional de Venezuela del 24 de marzo de 2.000 (G.O 5.453), en tanto su Código Procesal acusatorio entró en vigencia el 1 de julio de 1.999 (modificado en noviembre de 2.001).

La ley orgánica sancionada en 2.007 dispone en su artículo 2 que el Ministerio Público sea un órgano del Poder Ciudadano que tiene por objeto actuar en representación del interés general y es responsable del respeto a los derechos y garantías constitucionales a fin de preservar el Estado democrático y social de derecho y de justicia. Resulta relevante aclarar que “Poder Ciudadano” es una de las cinco ramas en que se divide orgánicamente el poder en Venezuela de acuerdo a su Constitución Nacional (las otras son el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Poder Electoral). Este Poder Ciudadano es autónomo, de carácter nacional y está destinado a prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten

⁶⁰ LIMA MAGNE, Juan J. “Ministerio Público e implementación de la reforma procesal penal en Bolivia”. (en: *Reformas procesales penales en América Latina: discusiones locales*”. Editado por Mauricio Duce, Cristian Riego y Juan Enrique Vargas. Centro de estudios de justicia de las Américas -CEJA-). pp. 241-257.

⁶¹(online, consultado en la segunda quincena de enero de 2.012.) www.fmbolivia.com.ar/noticia1961

contra la ética pública y la moral administrativa. Se ejerce a su vez por un Consejo Moral Republicano integrado por el defensor del pueblo, el contralor general de la República y quien resulta jefe del Ministerio Público: el Fiscal General. Es decir, los tres son los órganos del Poder Ciudadano, elegidos por el voto de las dos terceras partes de la Asamblea Nacional que, a su vez, escoge el candidato de una terna elaborada por el Comité de Postulaciones del Poder Ciudadano. Completa esta descripción la Asamblea Nacional, la cual, de acuerdo a la Constitución de Venezuela, es un órgano de tipo unicameral que ejerce el Poder Legislativo federal. Tal asamblea será también la autorizada para destituir al Fiscal General.⁶²

En consonancia con lo expuesto precedentemente, el art.4 de la ley orgánica de Ministerio Público establece que el organismo es independiente de todos los poderes públicos y que goza de autonomía funcional, organizativa, presupuestaria, financiera y administrativa y que, en consecuencia, no podrá ser coartado en el ejercicio de sus atribuciones por ninguna autoridad.

La institución funciona de acuerdo a la unidad de criterio y organización Jerárquica (arts.6 y 8 de dicha ley), en tanto que en los arts.10 y 11 se prevé el respeto por la objetividad y la transparencia. La competencia del organismo está fijada en el art.16, consistiendo básicamente en velar por el cumplimiento de la constitución y las leyes; garantizar el debido proceso, celeridad y buena marcha de la administración de justicia; ordenar, dirigir y supervisar la investigación y el ejercicio de la acción penal en nombre del estado. También presenta observaciones y recomendaciones en la planificación de la política criminal que realice el Poder Ejecutivo.

En cuanto a la organización del Ministerio Público, cabe destacar que el Fiscal General es designado de acuerdo al método descripto y dura siete (7) años en el ejercicio. Además, el organismo está integrado por el vice Fiscal General (art.26), designado por el Fiscal General con la autorización absoluta de la Asamblea Nacional (art.25, inc.3 de la Ley orgánica). El Fiscal General también tiene facultades para designar a los denominados fiscales superiores del Ministerio Público (art.27). También componen la organización del organismo: los fiscales del Ministerio Público (art.30), los fiscales del Ministerio Público ante el Tribunal Supremo de Justicia (art.32), los fiscales del Ministerio Público del proceso (art.36), los fiscales del Ministerio Público de ejecución de sentencia (art.38), los fiscales del Ministerio Público de los derechos y garantías constitucionales (art.40), los fiscales del Ministerio

⁶²(online, consultado en la segunda quincena de enero de 2.012.) www.oas.org/juridico/spanish

Público en el sistema de protección del niño, niña, adolescente y la familia (art. 42), los fiscales del Ministerio Público en el sistema penal de responsabilidad del adolescente (art.44), los fiscales del Ministerio Público en defensa ambiental (art.46), los fiscales del Ministerio Público con competencia indígena (art.48) y los fiscales auxiliares del Ministerio Público (art.51). Además el organismo cuenta con abogados adjuntos que integran la fiscalía una vez que ingresan al Ministerio Público por concurso (art.54).

Respecto a la designación de los fiscales, a excepción de lo escrito sobre los fiscales superiores y el vice Fiscal General, la ley orgánica faculta al Fiscal General para proceder a la designación (art.25, inc.3) de acuerdo a lo establecido en régimen de carrera y concurso, consistiendo (art.93) en un concurso público de credenciales y oposición (escrita y oral), con bases dictadas por el Fiscal General.

Similares defectos a los apuntados anteriormente en la gestión del Ministerio Público de Bolivia, originados en el diseño interno de la institución, se observan en Venezuela.⁶³

Chile

En Chile el Ministerio Público es un órgano autónomo o extra poder, surgido ello del art.80, inc. a) de la Constitución Política de 1.997 (ley 19.519), que lo ubicó en un capítulo separado entre el Poder Judicial y la Corte constitucional. Por otra parte, en diciembre del año 2.000 entró en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal acusatorio, el cual fue implementado gradualmente, concluyendo tal proceso con la entrada en vigencia en Santiago de Chile el día 16 de junio de 2.005.

Respecto a la ubicación institucional del Ministerio Público, Goransky señala que en la mayoría de los países de la región las normas constitucionales parecen crear organismos realmente independientes cuando lo regulan como otro poder del Estado. Sin embargo dice la autora que es discutible si ello se ha hecho realidad. En el caso chileno observa una marcada intervención del Poder Judicial (que se ha ejercido notoriamente) en la designación del fiscal nacional.⁶⁴

⁶³ ALGUÍNDIGUE MORLES, Carmen. “El ejercicio de la acción penal en Venezuela desde una perspectiva sistémica. Propuesta de gestión para el Ministerio Público”. (en: “*Reformas procesales penales en América Latina: discusiones locales*”. Centro de estudios de justicia de las Américas -CEJA-. Editado por Mauricio Duce, Cristian Riego y Juan Enrique Vargas, 2.005), pp. 515-541.

⁶⁴ GORANSKY, Mirna. Op. cit. p.220.

La ley orgánica 19.640 establece en su art.1 que el Ministerio Público es un órgano autónomo y jerarquizado, cuya función será dirigir en forma exclusiva la investigación de los delitos y ejercer la acción pública en la forma prevista por la ley. En los arts.2 y 3 se fijan como criterios de funcionamiento los de unidad y objetividad, respectivamente.

Del art.12 surge que el Ministerio Público se organiza con un Fiscal Nacional, siendo éste el jefe superior del organismo responsable de su funcionamiento; y en fiscalías regionales. Además, existe un Consejo General compuesto por el Fiscal Nacional y los fiscales regionales, quienes opinan sobre el funcionamiento del Ministerio Público y colaboran con la fiscalía nacional (art.25).

Los tres poderes tradicionales (legislativo, ejecutivo y judicial) intervienen en el proceso de selección y designación del fiscal nacional (art.15) así como en el proceso de remoción.

Los fiscales regionales son designados por el Fiscal Nacional a propuesta de una terna de la Corte de Apelaciones de la respectiva región (art.29). Tanto el Fiscal Nacional como los fiscales regionales inicialmente duraban diez (10) años sin posibilidad de reelección; sin embargo una modificación posterior del año 2.005 redujo el período en ambos casos a ocho (8) años⁶⁵. Aun así, a diferencia del Fiscal Nacional, los regionales tienen la chance de aspirar a un cargo distinto dentro del Ministerio Público una vez transcurrido el período de mención (art.30). También integran el organismo los fiscales adjuntos, quienes son designados por el Fiscal Nacional a propuesta de una terna elevada por el fiscal regional (art.41). Los fiscales adjuntos tienen estabilidad en el cargo, pudiendo únicamente perderla por las causales establecidas en el art.43 (cumplir 75 años de edad, renuncia, muerte, inhabilidad física, evaluación deficiente de su desempeño funcionario, incapacidad o incompatibilidad sobreviniente).

Con posterioridad a la sanción de la ley orgánica de 1.999, se tornaron necesarias reformas a dicha ley, las cuales estuvieron precedidas de relevamientos en el funcionamiento del organismo; y la mayoría dirigidas a corregir defectos en el diseño de la institución y en la necesidad de rendición de cuentas. Así, en el año 2.005 se estableció en el art.21 la obligación de presentar una cuenta pública anualmente. En el mismo año (Ley 20.074) se ordenó al Fiscal Nacional fijar los criterios de actuación para el cumplimiento de los objetivos fijados en la Constitución y las leyes. Además, previo oír al Consejo General, estableció los criterios

⁶⁵ (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.bcn.cl

a ser aplicados en materia de recursos humanos y creará unidades especializadas para colaborar con los fiscales. Por último la misma reforma estableció que el Fiscal Nacional controlaría también el funcionamiento administrativo de las fiscalías regionales.⁶⁶

Vinculado con la organización jerárquica del organismo, el Fiscal Nacional está autorizado a dictar instrucciones generales para el adecuado cumplimiento de las tareas de investigación de los delitos, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos. También puede dictar instrucciones u ordenar la realización u omisión de las actuaciones en casos particulares, pero sólo cuando la investidura de las personas involucradas como imputados o víctimas lo hiciera necesario, garantizando que dichas tareas se cumplan con absoluta independencia y autonomía.⁶⁷

Finalmente, la permanente búsqueda de eficacia en el funcionamiento del organismo originó otra reforma a la ley orgánica, la cual tuvo lugar el 8 de octubre de 2.010 (ley 20.467). En esa ocasión se dispuso la creación de distintas unidades administrativas: la división de estudio, evaluación, control y desarrollo de gestión; la división de contraloría interna; la división de recursos humanos; la división de administración y finanzas; la división de informática y la división de atención a la víctima y testigos.⁶⁸

Opina el catedrático español Manuel Miranda Estrampes que es quizás en el Código Procesal Penal chileno, en el colombiano y muy especialmente en la provincia argentina del Chubut donde se observa con mayor nitidez la influencia del modelo procesal adversarial de inspiración norteamericana.⁶⁹

Paraguay

En el país guaraní el Ministerio Público se encuentra situado en el Poder Judicial pero con autonomía funcional. Sus fuentes son la Constitución de Paraguay del año 1.992 y la ley orgánica del año 2.000 (Nro. 1.562). A su vez, el nuevo sistema procesal comenzó a regir el 9 de julio del año 1.999.

⁶⁶ [Ibíd.](#)

⁶⁷ GORANSKY, Mirna. Op. cit. p.234.

⁶⁸ (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.bcn.cl

⁶⁹ “El fiscal como director de la investigación: retos y desafíos del nuevo modelo de investigación penal”, www.dijuris.com/index.php, p.2. Aunque por lo escrito en la nota 36 del mismo trabajo de investigación (p.11) en el caso de Chubut pareciera estar haciendo referencia al “Código Maier” que, sabido es, nunca logró aplicarse.

La ley orgánica prevé la autonomía funcional y administrativa en su art.1. En la misma norma se establece que el organismo representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales para velar por el respeto de los derechos y las garantías constitucionales, además de promover la acción penal pública en defensa del patrimonio público y social, del medio ambiente, los derechos indígenas y otros derechos difusos. También regula la unidad de actuación y la organización jerárquica (arts.4 y 6 respectivamente). Entre las funciones principales se encuentra el ejercicio de la acción penal (art.13) y la de informar y proteger a la víctima (arts.9 y 10). Esta ley orgánica deja ver la concepción del delito como conflicto al establecer en el art.12 que el Ministerio Público intentará solucionar los conflictos y la conciliación de los distintos intereses procurando la paz social. Los miembros del Ministerio Público paraguayo podrán impartir a sus subordinados las instrucciones que consideren pertinentes al ejercicio de las funciones o a la organización administrativa, pudiendo las mismas ser de carácter general o particular en asuntos específicos las últimas, revistiendo el carácter de públicas las instrucciones generales.

En cuanto a la organización del Ministerio Público la ley dispone que el organismo esté integrado por el Fiscal General del Estado, los fiscales adjuntos, los agentes fiscales, los relatores fiscales y los asistentes fiscales (art.47). El Fiscal General del Estado es el jefe superior del Ministerio Público y responsable de su buen funcionamiento (art.49). A su vez, la Constitución Nacional de Paraguay establece que el Fiscal General será designado por el Presidente de la República a propuesta de terna del Consejo de la Magistratura con acuerdo del Senado⁷⁰. Las atribuciones del Fiscal General están previstas en el art.50 de la ley orgánica y son: establecer prioridades en el ejercicio de las funciones del Ministerio Público; pedir informes a los agentes fiscales para evaluar el desarrollo de los procesos; nombrar a los relatores fiscales y asistentes fiscales; convocar al Consejo Asesor; aprobar el anteproyecto de presupuesto y emitir los reglamentos necesarios para la organización del Ministerio Público. El Consejo Asesor mencionado está integrado por el mismo Fiscal General del Estado que lo preside y los fiscales adjuntos, cuatro agentes fiscales elegidos por sus pares y el administrador del Ministerio Público (art.66).

Por su parte, los fiscales adjuntos son los responsables del buen funcionamiento de las áreas a su cargo y de la supervisión del trabajo del resto de las fiscalías, siendo supervisados de manera directa por el Fiscal General del Estado (art.55 de la ley orgánica).

⁷⁰(online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012)
[www.redparaguaya.com/constitución/articulos244 a 291](http://www.redparaguaya.com/constitución/articulos244%20a%20291)

Los agentes fiscales, de acuerdo al art.58, estarán a cargo de las fiscalías que se organicen en cada circunscripción judicial. Actuarán bajo la supervisión directa de los fiscales adjuntos y podrán asistir directamente a estos o al Fiscal General. En los artículos 59 y 60 se regula el desempeño de los relatores fiscales y los asistentes fiscales, respectivamente. Los primeros colaborarán directamente con el Fiscal General del Estado en el análisis de los casos que les sean asignados. Los asistentes fiscales podrán llevar adelante actos propios de la investigación, siempre con supervisión y responsabilidad del superior jerárquico a quién asisten, sin poder actuar con autonomía en juicio ni audiencia preliminar.

La ley orgánica que se comenta prevé la posibilidad de contar con asistentes especiales (art.61), de contratar la asesoría de expertos o de instituciones privadas nacionales o extranjeras (art.62). En materia de organización de trabajo, cuando determinados casos lo requieran, también se pueden conformar juntas de fiscales (art.33) y equipos de fiscales (fs.34); si bien se designará a un fiscal como director de la investigación y responsable final del trabajo. También deben resaltarse como órganos auxiliares especializados, el Centro de Investigación Judicial (art.63), la Dirección de Política Criminal y la Dirección de Asistencia a la Víctima (arts.64 y 65, respectivamente).

Como soporte administrativo se prevé la Dirección de Administración -a cargo de un administrador- (art.71), de la cual dependen el Archivo Central y el Depósito de Objetos.

Por último, cabe señalar que la ley orgánica contempla algunas obligaciones y facultades en referencia a los fiscales, más común de ver en los códigos procesales.⁷¹

Guatemala

Este país prevé el organismo en estudio como autónomo o extra poder, derivando de la reforma constitucional por Acuerdo Legislativo 18-93 de 1.993 y de la ley orgánica del Ministerio Público (Decreto 40-94 del año 1.994), en tanto su Código de Procedimiento Penal fue modificado en 1.994 y 2.011 (Decreto 7). De acuerdo al art.3 de la ley orgánica el Ministerio Público actuará independientemente, por propio impulso y en cumplimiento de las funciones que le atribuyen las leyes sin subordinación a ninguno de los organismos del Estado ni autoridad alguna salvo lo establecido en la misma ley. El mismo artículo establece que

⁷¹ Así, la obligación de comparecer al lugar del hecho -art.21-, la regulación de la declaración del imputado - art.23- , la formulación de la imputación cuando el imputado está detenido o aprehendido y también lo referente al criterio de oportunidad en el art.30.

tendrá una partida en el presupuesto general y lo administrará autónomamente a sus requerimientos. En relación al régimen financiero, la ley orgánica también prevé la existencia de fondos propios, privativos del organismo (art.56). Se dispone allí que la parte condenada en costas deberá hacerlas efectivas conforme arancel y el producto ingresará al Ministerio Público.⁷²

En relación a la independencia del Ministerio Público guatemalteco, debe destacarse otro fallo de la Corte de constitucionalidad del 14 de junio de 1.995 (expediente 662-94), que a raíz de la presentación de un abogado particular, declaró la inconstitucionalidad parcial del decreto 40-94 (ley orgánica del Ministerio Público), concretamente en los dos primeros párrafos del artículo 4 de dicha ley que establecen: “El Presidente de la República podrá impartir instrucciones generales al jefe del Ministerio Público para que oriente sus funciones. Las instrucciones deberán ser públicas, impartidas por escrito y debidamente fundamentadas”. “Si el Fiscal General la acepta emitirá las instrucciones pertinentes, si la rechaza, comunicará públicamente su decisión al Presidente, explicando los motivos de su rechazo. En este último caso el Presidente podrá recurrir al organismo legislativo para que resuelva dentro de los quince días siguientes, mediante acuerdo legislativo, sobre la procedencia de la petición, en cuyo caso la resolución será obligatoria para el Ministerio Público”. En la misma resolución, la Corte de constitucionalidad aplicó igual temperamento con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 16 de la misma ley. El precitado artículo, referido al informe anual que el Fiscal General hace a los ciudadanos sobre el resultado de su gestión, en el inciso en cuestión establece: “...3) por el Presidente de la República si las hubiere...” en obvia referencia a la recopilación de tales instrucciones.⁷³

Del estudio del resto de la ley orgánica se desprende que sus funciones desempeñadas con autonomía conforme el art.1, son las de investigar delitos y promover la persecución penal ante los tribunales; ejercer la acción civil cuando corresponda y asesorar a quien quiera querellar por delitos de acción privada; dirigir a la policía y demás organismos de seguridad del Estado en la investigación de los delitos y preservar el Estado de derecho y el

⁷² La Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional, en Resolución 298/98 del 30 de octubre de 1.998, una parte de dicho artículo, el cual establecía que también componía este fondo los comisos de dinero, moneda nacional o extranjera, incautados en los operativos, cateos y registros que realice la institución en acciones relacionadas con la narcoactividad. (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.gestor.pradpi.org/download.php

⁷³ (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.oas.juridico/mla/sp/gtm

respeto a los derechos humanos (art.2). Contempla la normativa que el organismo tendrá presente los principios de unidad y jerarquía, debiendo también tener presente los intereses de la víctima, a quien brindará atención, informará y notificará de las resoluciones que ponen fin a su caso, sin importar que se haya constituido o no en querellante (arts.5 y 8).

En cuanto a su organización, el Ministerio Público es encabezado por el Fiscal General, jefe máximo y responsable de su buen funcionamiento. Además también integran el organismo el Consejo del Ministerio Público, los fiscales de distrito y los fiscales de sección, los agentes fiscales y los auxiliares fiscales (art.9). El Fiscal General determina la política general de la institución y los criterios a seguir en la investigación penal; cumple y vela por que se cumplan los objetivos y deberes de la institución; remite al Poder Ejecutivo y al Congreso la estimación presupuestaria; a propuesta del Consejo del Ministerio Público designa al resto de los fiscales que integran la institución, como asimismo sus ascensos y traslados; imparte instrucciones generales y particulares convenientes al servicio y ejercicio de las funciones (art.11).

El mencionado Consejo del Ministerio Público, integrado por el Fiscal General que lo preside, tres miembros, de los postulados a Fiscal General, electos por el organismo Legislativo (Congreso de la República, art.19) y tres fiscales, entre los fiscales de distrito, de sección y agentes fiscales, electos en asamblea general de fiscales (art.17); tiene asignadas importantes atribuciones que en cierta medida contrapesan las que la misma ley concede al Fiscal General: propone el nombramiento de los fiscales que integran el organismo; ratifica, modifica o deja sin efecto las instrucciones generales o particulares cuando hayan sido objetadas; acuerda a propuesta del jefe del Ministerio Público dividir el territorio para el funcionamiento de fiscalías de distrito y crear o suprimir secciones; además de asesorar al Fiscal General cuando lo requiera (art.18).

En cuanto a la competencia del resto de los fiscales, de acuerdo a lo que prevé la ley orgánica (a partir del artículo 24), tanto los fiscales de distrito como los de sección se desempeñan como jefes del Ministerio Público en las áreas encomendadas, además los segundos se desempeñan en temas específicos: delitos administrativos, delitos económicos, delitos de narcoactividad, delitos contra el ambiente, asuntos constitucionales, amparos y exhibición personal, asuntos de menores o niñez, temas de ejecución de penas y procesos en que se involucren varias mujeres y que tengan relación con su condición de mujeres (art.30). En tanto que los agentes fiscales asistirán a los fiscales de distrito y de sección, con cargo de

ejercer la acción penal pública, dirigiendo la investigación, formulando acusación o requerimiento de sobreseimiento, clausura provisional y archivo al órgano jurisdiccional. También actuarán en los debates y promoverán recursos para tramitar ante las salas penales de la Corte de apelaciones y Corte Suprema de Justicia (art.42). Por último, los auxiliares fiscales asistirán a los de distrito, de sección y agente fiscales, actuando bajo su supervisión y responsabilidad, estando encargados de efectuar la investigación en el procedimiento preparatorio del proceso penal en todos los delitos de acción pública y en los que requieran instancia de parte (art.45).

Costa Rica

Costa Rica organizó su Ministerio Público mediante la ley orgánica 7.442 del año 1.994, contando con el Código Procesal Penal bajo sistema acusatorio desde el 1 de enero del año 1.998. La ley orgánica fue modificada en forma íntegra por la ley 7.728 del 15 de diciembre de 1.997.⁷⁴

Se trata de un órgano dependiente del Poder Judicial (art.1) con independencia funcional (art.3), rigiéndose por los criterios de unidad y jerarquía (art.1) y ostentando el ejercicio exclusivo de la acción penal (art.2).

El Fiscal General establece las directrices y prioridades a seguir en la investigación de los delitos (art.4) y el artículo 15 le otorga máximas prerrogativas: los funcionarios del Ministerio Público actuarán siempre en su representación y bajo su dependencia. Además tiene atribuciones legales para dar instrucciones, para las interpretaciones y aplicación de la ley; tanto generales como especiales (art.13). Es designado por la mayoría absoluta de la Corte Plena por cuatro años, pudiendo ser reelegido por períodos iguales (art.23).

Además del Fiscal General integran el Ministerio Público los fiscales adjuntos, los fiscales y los fiscales auxiliares (art.20). El organismo se organiza en fiscalías adjuntas que actuarán en determinado territorio o por especialización según se requiera para un buen servicio público. Éstas serán creadas por la Corte Plena a propuesta del Fiscal General (art.21).

También la ley prevé un órgano asesor del Fiscal General, el cual está integrado por el mismo Fiscal General que lo preside y los fiscales adjuntos (art.22).

⁷⁴(online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.ministeriopublico.poder-judicial.go.cr

El art.25 define las atribuciones y deberes del jefe del Ministerio Público, siendo lo más importante determinar la política general del Ministerio Público y los criterios para el ejercicio de la acción penal; establecer la política general y las prioridades que deben orientar la investigación de los delitos; establecer la organización del Ministerio Público por medio de fiscalías territoriales o especializadas; ejercer el poder disciplinario.

Ecuador

El Ministerio Público en este país (con un Código Procesal Penal acusatorio desde el 1 de julio de 2.001) fue ubicado institucionalmente como autónomo o extra poder en la ley orgánica 2.000-19 publicada el 16 de junio del año 2.000 y tal ley definió al organismo como una persona jurídica de derecho público, autónoma e independiente, en lo administrativo, económico y presupuestario. Ello iba en concordancia con la Constitución Nacional de Ecuador sancionada en 1.998, la cual ubicaba concretamente al Ministerio Público dentro de los órganos de control (Título X) y se lo definía en el artículo 217 como uno, indivisible e independiente, en tanto se disponía que sería elegido su jefe por el Congreso Nacional de una terna del Consejo Nacional de la Judicatura⁷⁵. Ahora bien, en el año 2.008 se reformó dicha Constitución Nacional y el Ministerio Público ya no ostenta el lugar precitado sino que es ubicado dentro de la función judicial (capítulo cuarto sección décima), disponiéndose en el artículo 194 que es un órgano de la función judicial aunque autónomo.⁷⁶

El artículo 2 de la ley orgánica dispone que el Ministerio Público sea ejercido por el Ministro Fiscal General, los Ministros fiscales de distrito y los agentes fiscales. Dentro de las atribuciones y deberes del organismo la misma norma estipula: previene en el conocimiento de las causas penales; dirige y promueve la investigación pre procesal y procesal penal; conduce las indagaciones previas y la investigación procesal penal; emite dictámenes en materia civil y de menores; dirige y coordina la actuación de la policía judicial; vigila el funcionamiento del régimen penitenciario; coordina y dirige la lucha contra la corrupción. De acuerdo al art.4 también integran el organismo el Director Nacional de Asesoría Jurídica, el Secretario General y demás funcionarios necesarios para el cumplimiento de las finalidades fijadas en la constitución y en las leyes.

⁷⁵ (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.ecuanex.net.ec/constitución

⁷⁶ (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.efemerides.ec

En el artículo 6 se dispone que el Ministro Fiscal General sea elegido, conforme se dijo anteriormente y como prevé la Constitución Nacional de 1.998, surgiendo de ello una duración de seis (6) años en el cargo y no pudiendo ser reelegido. La misma ley (art.8) fija sus atribuciones y deberes estableciendo que representa al organismo; determina las políticas institucionales; designa previo concurso a los demás integrantes del organismo; dirige, coordina y controla el desarrollo de la actividad investigativa y acusatoria; elabora el presupuesto de la institución y lo remite al Ministerio de Economía y Finanzas; presenta proyectos de ley referidos a la materia; presenta informes anuales al Congreso Nacional sobre las labores del Ministerio Público y expide y mantiene actualizado el reglamento orgánico funcional del Ministerio Público.

Los Ministros fiscales distritales, serán designados y también removidos por el Ministro Fiscal General pudiendo permanecer seis (6) años en el ejercicio de su función (arts.13 y 14). Entre sus deberes y atribuciones se encuentran: supervigilar las indagaciones previas y la investigación procesal penal; informar semestralmente al Ministro Fiscal General sobre el cumplimiento de sus funciones; promover y disponer la acción penal por delitos de acción pública ante los juzgados correspondientes; ordenar el ingreso a programas de protección a víctimas y testigos (art.17). Igual forma de designación, duración y remoción prevé la ley orgánica para el caso de los agentes fiscales (art.18), quienes conducirán las indagaciones previas y la investigación con el apoyo de la policía judicial; cumplirán las comisiones encargadas por los Ministros fiscales de distrito y el Ministro Fiscal General; promoverán e impulsarán el ejercicio de las acciones por delitos de acción pública; informarán trimestralmente sobre el desempeño de sus funciones al Ministro fiscal de distrito correspondiente (art.19).

Honduras

En el caso de este país, el Ministerio Público está contemplado como órgano extra poder o autónomo, con fuente normativa en la ley orgánica de 1.993, decreto 228-93⁷⁷, y su sistema procesal penal adoptó un nuevo modelo el 20 de febrero de 2.002.

Del art.1 de la ley orgánica se desprende que es un organismo profesional especializado, libre de toda injerencia política sectaria, independiente funcionalmente de los

⁷⁷ (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.mp.hn/biblioteca

poderes y entidades del Estado. Los principales fines y objetivos que el mismo artículo establece son representar, defender y proteger los intereses generales de la sociedad, velar por el respeto de los derechos humanos; velar por el respeto y cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales y por el imperio de la constitución y las leyes. Las atribuciones del organismo están establecidas en el art.16: velar por el respeto y cumplimiento de la constitución y las leyes; ejercer de oficio las acciones penales; vigilar el estado de las cárceles; defender y promover la independencia y autonomía de los jueces y magistrados en el ejercicio legítimo de sus funciones y controlar el inventario de los bienes nacionales de uso público.

En el art.3 se insiste en que el organismo tiene independencia funcional además de la administrativa, técnica, financiera y presupuestaria.

Como principios de actuación reconoce los de unidad y dependencia jerárquica (art.5) y ostenta el ejercicio ineludible y pleno de la acción penal pública (art.6); siendo que todos sus integrantes actúan siempre en dependencia y por delegación del Fiscal General de la República (art.8), quien es el encargado de la dirección, orientación, administración y supervisión del organismo. Actuará secundado por un Fiscal General Adjunto, que actuará bajo su mando. Ambos son elegidos por el Congreso Nacional con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, de una lista de cinco candidatos propuestos por una junta presidida por el presidente de la Corte Suprema de Justicia. Durarán cinco años en el cargo y solamente podrán ser reelegidos por un período más.

El art.24 refiere a que el Fiscal General de la República velará para que la función jurisdiccional se preste eficazmente; participará en la lucha contra el narcotráfico elaborando planes, políticas o programas y dirigiendo, orientando y supervisando las investigaciones; presentará un informe de gestión anual al Congreso Nacional; preparará y elevará para su aprobación el presupuesto de la institución e impartirá instrucciones al resto de los integrantes del Ministerio Público.

El art.28 prevé la existencia de una Dirección de la Fiscalía, a cargo de un director que será designado por el Fiscal General. Esta Dirección tendrá a su cargo la administración, coordinación y supervisión inmediata de las actuaciones de los agentes del Ministerio Público. A su vez, el director contará con agentes del Ministerio Público, los cuales serán designados a propuesta por el Fiscal General de la República (arts.30 y 31). El director podrá designar

agentes del Ministerio Público denominados “agentes de tribunales”, quienes ejercerán la representación del organismo ante los juzgados y Cortes de apelaciones (art.32).

Muy importantes funciones ostenta la Dirección de Investigación Criminal, órgano que tiene a su cargo en forma exclusiva e ineludible la investigación de los delitos, descubrimiento de los culpables proporcionando a los organismos competentes la información necesaria para el ejercicio de la acción penal (art.41). La Dirección estará a cargo de un director designado por el Fiscal General, de quien recibirá órdenes (art. 44). En el art.45 se establece que la designación a cargo del Fiscal General está precedida de la elevación de una nómina de candidatos por parte de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso Nacional, el Comisionado Nacional de Derechos Humanos, el Secretariado de Estado en aspectos de gobierno y justicia y el Secretariado de Estado de defensa pública y seguridad pública (dos candidatos por cada proponente).

En el art.43 se describen extensamente las muy amplias atribuciones que tiene la Dirección de Investigación Criminal, incluyéndose algunas que comúnmente se regulan en los Códigos de Procedimiento Penal, relacionado ello con el inicio, desarrollo y conclusión de las investigaciones penales.

Nicaragua

El Estado nicaragüense prevé su Ministerio Público como órgano autónomo o extra poder, organizándolo en la ley orgánica 346 del 2 de mayo de 2.000⁷⁸, en tanto que modificó su Código de Procedimiento Penal en diciembre de 2.002.

En una previsión fuerte, la ley orgánica en su art.1 establece que el Ministerio Público es una institución independiente, con autonomía funcional, administrativa y orgánica, que tiene a su cargo la función acusadora y la representación de los intereses de la sociedad y de la víctima del delito en el proceso penal, a través del Fiscal General de la República.

Sólo se encuentra subordinado a la Constitución Nacional y las leyes. En el art.6 expresa que el organismo actuará independientemente por su propio impulso, sin subordinación a ningún organismo del estado.

El Ministerio Público de Nicaragua es único e indivisible y los fiscales cumplen sus funciones en nombre y representación del Fiscal General (art.3), previéndose como principios

⁷⁸ (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.legislacion.asamblea.gob.ni

de actuación el de unidad y el de jerarquía (art.4), encomendándosele también respetar los principios de objetividad y legalidad (art.5).

Entre las principales atribuciones del organismo están la de promover de oficio o a instancia de parte la acción penal pública; la de remitir denuncias a la policía nacional para su investigación; la de ejercer la acción penal en los delitos de acción pública y ejercer la acción civil (art.10).

En el ejercicio de la función acusadora el organismo contará con unidades especializadas (art.2).

El Ministerio Público está integrado por el Fiscal General de la República, el Fiscal General Adjunto, el Inspector General, los fiscales departamentales y de regiones autónomas de la costa atlántica, los fiscales auxiliares y los fiscales especiales (art.11).

El Fiscal General de la República es el máximo funcionario del organismo y entre sus atribuciones cabe resaltar la de determinar la política institucional del Ministerio Público; la de formular en conjunto con el Director General de la policía nacional la política general y las prioridades que deben orientar la investigación de los delitos; impartir instrucciones generales y particulares a los demás funcionarios del Ministerio Público a su cargo; ejercer la administración de la institución y presentar anualmente a la Asamblea General un informe sobre la gestión del organismo (arts.13 y 14). El Fiscal General Adjunto está subordinado directamente al Fiscal General, lo asiste a su requerimiento, coordina las unidades de capacitación y planificación y sustituye al Fiscal General en caso de falta temporal (art.15). Tanto el Fiscal General como el Fiscal General Adjunto permanecen cinco años en el ejercicio del cargo y son elegidos por la Asamblea Nacional a propuesta de ternas separadas presentadas por el Presidente de la República y por Diputados de la Asamblea Nacional. Se requiere del sesenta por ciento del total de los miembros de Diputados (art. 24).

La Inspectoría General (art.16) realiza inspecciones en el organismo, verifica el cumplimiento de las instrucciones y las órdenes del Fiscal General y dispone las investigaciones en caso de quejas de organismos públicos o particulares sobre el desempeño funcional de los funcionarios de la institución.

Los fiscales departamentales y de regiones autónomas de la región atlántica son los representantes del Ministerio Público en los respectivos territorios y ejercerán la acción penal pública (art.17). Los fiscales auxiliares asistirán a los anteriores y efectuarán la investigación

preparatoria en todos los delitos de acción penal pública (art.18). Los fiscales especiales son designados por el Fiscal General para casos específicos.

El Salvador

Este Estado prevé su Ministerio Público como autónomo o extra poder, de acuerdo a la ley orgánica del 22 de diciembre de 2.000, actualizada por decreto legislativo Nro. 1037 del 26 de abril de 2.006⁷⁹ habiendo modificado el régimen procesal penal el 20 de abril del año 1.999.

La Fiscalía General de la República de El Salvador es competente de acuerdo a la ley orgánica para defender los intereses del estado y la sociedad; para dirigir la investigación de los delitos y para promover y ejercer en forma exclusiva la acción penal pública (art.2).

Son sus principios rectores el de legalidad (art.10), el de imparcialidad (art.11) y el de unidad de actuación (art.12). Es independiente de los demás órganos del Estado, con los cuales colaborará en el desempeño de las funciones públicas y actuará en estricta observancia de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes (art.13).

El Fiscal General⁸⁰ cuenta entre sus atribuciones las siguientes: defiende los intereses de la sociedad y el Estado; demanda y es demandado en representación del Estado; ejerce de oficio y a pedido de parte todo tipo de acciones en defensa de la legalidad; dirige las investigaciones de los delitos; representa a las víctimas para garantizar el goce de sus derechos; nombra fiscales o comisiones especiales oyendo al Consejo Fiscal; organiza y dirige las unidades especiales de investigación (art.18). También: designa y remueve al Fiscal General Adjunto, al Auditor Fiscal y al Secretario General; presenta proyectos de leyes en materia de procedimiento penal; formula el proyecto de presupuesto de la institución remitiéndolo a Hacienda; rinde informe de sus labores al órgano legislativo; representa al estado o instituciones de derecho público o utilidad pública en todo tipo de juicio (art.26).

El Fiscal General Adjunto realiza todas las actividades encomendadas por el Fiscal General y lo reemplaza en caso de ausencia temporal (art.30). Por su parte, el auditor fiscal efectúa auditorías preventivas de los procesos judiciales y administrativos y tramita las denuncias realizadas contra funcionarios, agentes auxiliares o empleados de la Fiscalía

⁷⁹ (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.csj.gob.sv/leyes.nsf

⁸⁰ De acuerdo al art.191 de la Constitución Nacional es designado por la Asamblea Legislativa con la mayoría calificada de los 2/3 de los diputados electos durando tres años y pudiendo ser reelegidos. (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.bicentenario.gov.sv/

General; realiza las funciones que le encomienda el Fiscal General y suple las ausencias temporales del Fiscal General y del Fiscal General Adjunto (art.32). El Secretario General según el art.34 de la ley orgánica se encarga de dirigir, supervisar y controlar la actividad administrativa de la Fiscalía General; también adopta las medidas necesarias y convenientes para el orden, conservación y custodia de los expedientes y archivos de la investigación y realiza las atribuciones que le son asignadas por el Fiscal General, el Fiscal General Adjunto y el auditor fiscal. Finalmente están previstos los agentes auxiliares de la Fiscalía General, quienes son personas delegadas por el Fiscal General para desempeñar sus atribuciones, actuando en su nombre y en el de la Fiscalía General y dependiendo directamente en lo funcional y jerárquico del Fiscal General (art.37).

Esta ley también contempla la existencia del denominado Consejo Fiscal, el cual está compuesto por el Fiscal General que lo preside, el Fiscal General Adjunto, el auditor fiscal, el Secretario General y dos jefes con nivel de jefe regional; subjefe regional o jefe de división (según lo dispone la ley en el art.35, los dos últimos componentes son elegidos en Asamblea General de agentes auxiliares de la Fiscalía). En el art.36 se definen las atribuciones de este Consejo Fiscal, resultando las más significativas la de emitir opinión ante los criterios generales de interpretación y actuación cuando el Fiscal General lo requiera; asesorar al Fiscal General cuando él lo solicite; proponer directrices de la política criminal; recomendar el inicio de procesos administrativos contra empleados y funcionarios de la Fiscalía General y evaluar el funcionamiento de la Fiscalía General.

2.2. El Ministerio Público en Argentina. La Constitución Nacional, los antecedentes y la reforma de 1.994. Regulación en el orden federal y en los Estados provinciales.

En Argentina el Ministerio Público adquiere rango constitucional con la reforma de la carta magna en el año 1.994. La sección cuarta del título primero de la segunda parte, en el artículo 120, establece: “el Ministerio Publico es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las

demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la nación, un defensor general de la nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de sus remuneraciones”.

Tomando como fuente doctrinaria “El espíritu de las leyes” de Montesquieu, las constituciones de 1.819 y 1.826 habían situado al Ministerio Fiscal en el Poder Judicial.⁸¹

La carta magna de 1.853, en su artículo 91, estableció que el Poder Judicial de la confederación sería ejercido por una Corte Suprema de Justicia compuesta por nueve jueces y dos fiscales. Ahora bien, la reforma de 1.860, modificó tal artículo y suprimió la mención a los fiscales, con lo cual se preveía que el Poder Judicial sería ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el congreso estableciere en el territorio de la Nación (art.94).

Entre otros autores, Lapalma⁸² señala que la reforma de 1.860, hecha bajo presión de la provincia de Buenos Aires, como presupuesto y condición para ingresar en la confederación de la que se había escindido, se inspiró en dispositivos extraños a los precedentes vernáculos en la materia (constituciones de 1.819, 1.826 y 1.853). Por otra parte, el artículo 6 de la ley 27 (imbuido en el art.91 de la constitución nacional de 1.853) establece que el Procurador General de la nación, máxima autoridad del Ministerio Público, es un funcionario judicial, en tanto integra la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cualquiera haya sido el motivo del cambio de concepción constitucional en aquella fecha histórica, lo cierto es que aquel “silencio” devino en que la ley 1.893 (Capítulo VII) previera al Ministerio Público dentro de la organización de los tribunales. Sin embargo, quienes pensaban que lo correcto era ubicar a la institución en la órbita del ejecutivo, se ceñían a lo que no decía la constitución de 1.860, y desde allí consideraron a los fiscales como mandatarios del Presidente de la nación, razón por la cual la ley 1.893 facultó al Poder Ejecutivo a nombrar y remover a los agentes fiscales (art.124). Maier admite tal exigencia de la provincia bonaerense pero, igualmente, cree que aunque no se hubiera dicho nada, el Ministerio Público era y debía ser parte del Poder Ejecutivo porque así es en Europa continental.⁸³

La Asamblea Nacional Constituyente de 1.957, signada por hondas discrepancias entre sus miembros acerca de temas fundamentales para la vida institucional del país, y que

⁸¹ Carlos S. Fayt en “La supremacía constitucional y la independencia de los jueces” (Depalma, Bs.As. 1.994) pp. 10- 11, citado por Gastón Barreiro en “La evolución del Ministerio Público Fiscal en materia penal”. (en: Diario *La Ley*, 18-5-2.006), p.2

⁸² LAPALMA, G. “*Régimen Jurídico del Ministerio Público*”. Tomo 119 (Editorial La Ley, 1.965), p.1099.

⁸³ GORANSKY, Mirna. Op. cit. pp. XXVIII.

feneciera por inanición luego del retiro airado de un sector que la dejó maltrecha sin poderse continuar con las deliberaciones, llamativamente había logrado por unanimidad aquiescencia en lo proyectado sobre el Ministerio Público⁸⁴. La enmienda propiciaba emplazarlo en el entonces artículo 96 de la Constitución Nacional dentro del Poder Judicial, habiendo existido coincidencia, asimismo, en cuanto a los derechos, inmunidades y garantías que competían a sus integrantes.

Quienes defendían la pertenencia del Ministerio Público al Poder Judicial y lo independizaban del Poder Ejecutivo resaltaban el acuerdo que el Senado debía prestar al nombramiento del Procurador General, realizado por el Presidente de la Nación. Sin embargo, esta tradición (suspendida en algunas ocasiones) se interrumpió a partir de la decisión del presidente Carlos Menem (1.989/1.999) de no requerir tal acuerdo para la designación del Procurador General, en virtud de la dependencia del Poder Ejecutivo, bajo la cual cayó entonces el Ministerio Público.⁸⁵

Así llegamos a la reforma de 1.994. Se ha sostenido⁸⁶ que la aguda discusión sobre la ubicación institucional fue la razón por la cual un organismo tan importante no tuviera su inserción en la ley fundamental. Hasta el momento de operar la mencionada reforma, y examinada que fue la legislación nacional, no fue posible encontrar algún instrumento que llevara el nombre de ley orgánica de Ministerio Público⁸⁷. Hasta ese momento histórico primó, en relación a la institución, la dispersión legislativa y una profunda división en la opinión sobre la ubicación y funciones del Ministerio Público. Por un lado, la postura “doctrinaria” que sostenía la ubicación judicial del Ministerio Público y, en sentido opuesto, la postura “política” en el ejercicio del poder o del gobierno, cualquiera fuera la ideología gobernante en el orden nacional, que sostenía situarlo en la órbita del Poder Ejecutivo. Siempre triunfó esta última.⁸⁸

Guillermo Lapalma⁸⁹ nos recuerda los casos en que se planteó la hegemonía sobre el Ministerio Público entre los poderes ejecutivo y judicial, sin que se hubiera dilucidado la controversia en ninguno de ellos. El primero fue el caso del fiscal Andrónico Castro en 1.882.

⁸⁴ LAPALMA, G. Op. cit. p.1099.

⁸⁵ GELLI, María Angélica. Op. cit. p.579.

⁸⁶ COUSSIRAT, Jorge. “El Ministerio Público en la reforma constitucional de 1.994”. AA.VV. Op. cit., p.314

⁸⁷ STOLLER, Enrique. “Nueva función constitucionalizada del estado argentino”. Ponencia presentada en: *XV encuentro de profesores de derecho constitucional*, Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, noviembre 2.001. p.2.

⁸⁸ *Ibidem*. p.3.

⁸⁹ LAPALMA, G. Op. cit.pp.1095-1098.

El entonces Ministro de Justicia, Eduardo Wilde, le formuló un pedido de informes sobre morosidad en la tramitación de procesos penales y otras deficiencias de la administración de justicia. El fiscal desconoció al Ministro sus facultades para requerirlo. Wilde insistió con su pedido, no sin antes recabar una condigna sanción de la Cámara del fuero, recordando que los miembros del Ministerio Fiscal eran representantes del poder administrativo. La Cámara corrió vista al fiscal Gerónimo Cortés, quien dictaminó que el Poder Ejecutivo tenía derecho de requerir informes pero, por razones de jerarquía, no se debían dirigir al agente fiscal sino al de grado. Cortés señaló asimismo que, el nombramiento y remoción del fiscal, le daba al Poder Ejecutivo una “influencia de hecho”, mas no le confería facultad para intervenir legalmente en el ejercicio de funciones judiciales. Aseveró también que en una República no podían atribuirse al ejecutivo facultades y prerrogativas de una monarquía, que los fiscales ejercen sus funciones no por comisión del Poder Ejecutivo sino en cumplimiento de los deberes que la ley les impone. La Cámara hizo suyos tales argumentos y así resolvió. Wilde insistió en su posición pero, el eventual conflicto de poderes, quedó transformado en un archivo de las actuaciones, debido a que el agente fiscal remitió el informe requerido, lo cual había originado los planteamientos.

El segundo caso se dio en 1.903. El entonces agente fiscal Adolfo Cano sugirió el sobreseimiento definitivo de personas procesadas por juegos prohibidos, a pesar de existir instrucciones en contrario. El prestigioso constitucionalista Joaquín V. González, a la sazón Ministro del Interior, solicitó a su par de Justicia una sanción disciplinaria para el fiscal. Fundó tal solicitud en que, a su criterio, los fiscales desempeñaban una función ejecutiva; que eran representantes del Poder Ejecutivo ante el Poder Judicial, mandatarios semejantes a los del derecho común y subordinados jerárquicos del Ministro de Justicia encargados de hacer cumplir las leyes del Congreso y los derechos del Estado. Sin embargo, el Ministro de Justicia no comulgó con su colega de Interior y el fiscal Adolfo Cano no fue sancionado.

El siguiente caso se dio en 1.924 y tuvo como protagonista al fiscal de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Dr. Eduardo Naón a quien, el Poder Ejecutivo mediante decreto firmado por el presidente Marcelo T. de Alvear, había comisionado para realizar estudios en el extranjero. Además, el ejecutivo había designado en su reemplazo, mientras durara su ausencia, al fiscal de primera instancia Alberto Basavilbaso.

La Cámara, reunida en acuerdo extraordinario, hizo saber al Poder Ejecutivo que por la naturaleza de las funciones inherentes a su cargo, el fiscal Naón desempeñaba una

magistratura judicial; por lo que, hasta tanto no se acuerde la autorización necesaria no puede ofrecer sus servicios ni aceptar la designación que se trata; que por idénticos motivos, el Poder Ejecutivo no ha podido encomendar dicha comisión, dando por autorizada una ausencia que sólo el tribunal podría legitimar; que, asimismo, es manifiestamente improcedente la designación del fiscal de primera instancia, por no autorizarlo las leyes de la materia, por lo que carece el Poder Ejecutivo de atribuciones al efecto. El presidente Alvear dicta un segundo decreto en referencia al tema: deja sin efecto la designación del subrogante y corre vista de lo actuado al Procurador General de la Nación, Dr. Rodríguez Larreta, quien se expidió sosteniendo que la práctica tradicional considera al Ministerio Público como auxiliar de la administración de justicia, y por lo tanto sujeto a la superintendencia ejercida por el respectivo Tribunal Superior, aunque reconocía el Procurador la inexistencia de una disposición legal que, en forma precisa, establezca la relación directa del instituto con alguno de los dos poderes en pugna. Ante este pronunciamiento, contrario a su posición, el presidente Alvear decreta revalidando la superintendencia del ejecutivo sobre el Ministerio Público, basándose en lo sustancial en lo esgrimido oportunamente por Joaquín V. González en el “caso Cano”. La Cámara ratificó su acordada y consideró que el Dr. Naón, al ausentarse sin licencia, había hecho abandono de su cargo. Una vez más, cada uno de los poderes mantenía una posición irreductible con respecto a la ubicación institucional del Ministerio Público.

Por último, es citado el caso del agente fiscal en lo criminal y correccional de la Capital Dr. Guillermo Julio Ouviaña, cuya cesantía fuera dispuesta por decreto del Poder Ejecutivo en 1.963, y que se originara por la negativa a investigar al ex-presidente Frondizi. Los fundamentos de tan extrema medida, principalmente, estaban referidos a que Ouviaña no había acatado expresas instrucciones transmitidas por el Ministerio de Educación y Justicia, además del cargo de haber consentido en forma expresa la procedencia de diversos recursos de habeas corpus, absteniéndose de interponer el remedio previsto en el artículo 2 del decreto-ley 5157/63 .

Contra el decreto que disponía la separación de su cargo, el fiscal Ouviaña interpuso una acción de amparo, logrando en esta instancia que, el juez interviniente, ordenara al Poder Ejecutivo que deje en suspenso la remoción dispuesta mientras durara el trámite del juicio. Asimismo, el magistrado también resolvió que el ejecutivo debía abstenerse de designar un nuevo fiscal, todo bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia en caso de ilegítimo incumplimiento de las medidas proveídas y comunicadas.

El Procurador y el sub-procurador del tesoro, en representación del ejecutivo, constituidos como partes en el proceso judicial, si bien sostenían que era discutible la vía elegida por el cesanteado, se allanaron a discutir judicialmente para obtener un pronunciamiento judicial definitivo sobre las atribuciones del poder administrador en relación a los funcionarios del Ministerio Público. No obstante ello, dejaron formuladas reservas respecto a las órdenes impartidas, sosteniendo que aquellas invadían prerrogativas exclusivas e indelegables, por lo que dejó planteado el caso federal por entender existente un avasallamiento de la facultad, contenida en la constitución nacional, otorgada al Poder Ejecutivo, para designar y remover a los empleados de la administración pública.

Aunque se llegó a la instancia descripta, tampoco en esta ocasión quedó zanjada la disputa entre los poderes ejecutivo y judicial sobre el Ministerio Público, y luego de un cambio de autoridades y, por un nuevo acto administrativo, el Dr. Ouviaña fue restituido en su cargo.

A cambio, en el orden provincial las constituciones locales ubicaron a la institución con pertenencia al Poder Judicial, con la única excepción de la provincia de Salta que la concibe como órgano extra poder, al establecer en su artículo 167 la autonomía funcional del Ministerio Público respecto a otros órganos. En esta provincia, la autonomía y la independencia del organismo es reiterada en la ley orgánica (Nro.6.477, art.4) aunque el Procurador General de la provincia es nombrado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (art.156 de la Constitución provincial) y es removido de igual forma que los jueces de la Suprema Corte de Justicia (art.165 de la Constitución) a través del juicio político, interviniendo el Poder Legislativo (art.160 de la Constitución). Los demás miembros del Ministerio Público son nombrados con acuerdo del Senado y son removidos igual que los jueces, es decir, a través del jurado de enjuiciamiento, representados en este jurado la Corte Suprema de Justicia, la cámara de diputados, la de senadores, el Poder Ejecutivo a través del fiscal de Estado y el colegio de abogados. En el ámbito interno, el Procurador General aplica las sanciones disciplinarias menores, previo sumario instruido en la misma procuración. En síntesis, la Constitución de Salta establece que el Ministerio Público es autónomo e independiente (art.167) pero los miembros del organismo son debidamente controlados por los poderes legislativo y ejecutivo.⁹⁰

⁹⁰ La Constitución de Salta fue sancionada en junio de 1.986 y reformada parcialmente el 7 de abril de 1.998. (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012)
www.lahueya.com.ar/iudex/constituciones/provsalta.htm

Con posterioridad a 1.994 coexisten dos sistemas: en las provincias, y en Nación. En la primera por abrumadora mayoría, es situado dentro del Poder Judicial, esto es, sin variar respecto al período anterior a la última reforma constitucional. Así, por ejemplo, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, sancionada el 1 de octubre de 1.996, establece en el artículo 124 que el Ministerio Público integra el Poder Judicial de la ciudad. El fundamento de tal inclusión fue expresado ante la Asamblea Constituyente por el presidente de la Comisión de Justicia y Seguridad, Dr. Enriquez, quien resaltó la conveniencia de judicializarlo ante el temor de que, pese a su independencia formal, pudiese ser influenciado por algunos de los otros poderes, en especial por el ejecutivo⁹¹. A favor de esta postura se anota también una razón estrictamente lógica: si las funciones del Ministerio Público son de naturaleza judicial y si ellas sólo se desenvuelven ante los tribunales, ¿Cuál puede ser la razón de que se lo pretenda fuera de ese ámbito?⁹²

En lo que hace al orden nacional, la doctrina dominante sostiene que se trata de un órgano extra poder, al cabo de la interpretación del artículo 120 de la Constitución Nacional ('94)⁹³, igual opinión tienen Germán Bidart Campos⁹⁴ y José I. Cafferata Nores⁹⁵, entre otros. Cabe señalar la coincidencia entre los que abogan por la pertenencia al Poder Judicial y aquellos que lo ubican como órgano extra poder, en el sentido de unirse para afirmar como rasgo esencial de la institución la independencia, fundamentalmente del Poder Ejecutivo.⁹⁶

Felipe Daniel Obarrio, para quien el Ministerio Público es el cuarto poder del estado, se pregunta: "... ¿cómo podría ser independiente algo así desmembrado del seno tripartito si no fuese en sí mismo otra subdivisión del poder?, jugando con el mismo sentido común de las palabras, si así no fuera ¿qué poder tendría para asumir esa independencia?, además, no es menos diáfano que, si así no fuese, habría que convenir que se trata de una inimaginable burla: pues ese algo sacado del seno de los poderes, si no es reconocido como otro poder, sería la más débil y dependiente de las funciones gubernamentales".⁹⁷

⁹¹ MANDALUNIS, José Luis. "Autonomía y autarquía del Ministerio Público". (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.eldial.com/publicador/doctrina/doctrina.asp?/archivo

⁹² COUSSIRAT, Jorge. (y otros). Op. cit. p. 267.

⁹³ COUSSIRAT, Jorge A. Op.cit p.317.

⁹⁴ BIDART CAMPOS, Germán. "Manual de la constitución reformada". Tomo II B. Edición ampliada y actualizada a 2.002/2.004. (Editorial Ediar, 2.005). p.439.

⁹⁵ CAFFERATA NORES, José. "Cuestiones actuales sobre el proceso penal" (Edit. Del Puerto, 1.998), p.69.

⁹⁶ COUSSIRAT, J. Op.cit. p.315.

⁹⁷ OBARRIO, Felipe. "El Ministerio Público: cuarto poder del estado". T.1.995-C sección doctrina. (Editorial La Ley, 31/05/1.995), p. 873.

Jurisprudencialmente, se ha reivindicado la independencia del Ministerio Público en un recordado fallo plenario de la Cámara de apelaciones en lo comercial de la Capital, del 7 de noviembre de 1.938, en autos “Rodeyro José”, en donde se enseñó que “...el Ministerio Fiscal, cuando actúa ante los estrados judiciales, no en defensa del erario sino de la causa del orden público, desempeña una función completamente independiente, y por lo tanto, si hubiese de recabar instrucciones para ejercitarla o desempeñar su cometido sujetándose a directivas extrañas -cualquiera que fuese- quedaría en absoluto desnaturalizada la misión que le ha sido otorgada por ley y frustrados los propósitos a que obedece su creación...”.⁹⁸

La Corte Suprema de Justicia se refirió al tema en autos “Buzzetti, Alfredo D.” (*fallos* 244:280), expresándose que la función del Ministerio Público no pertenece a los poderes ejecutivo y legislativo. En otro decisorio (*fallos* 244:242) resolvió que serán aplicables a los funcionarios del Ministerio Público las disposiciones del reglamento para la justicia nacional. En un pronunciamiento más antiguo, la Corte Suprema estableció que el agente fiscal de la justicia ordinaria de la capital no es representante legal del Poder Ejecutivo (*fallos* 144:34).

Así, se define al Ministerio Público como un conjunto orgánico extra poder requirente del Poder Judicial, estimándose que el signo “autonomía funcional” implica que ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Judicial podrán dictar instrucciones vinculantes para el Ministerio Público, en ninguna de sus jerarquías y tampoco inmiscuirse en el manejo de los asuntos propios del Ministerio Público.⁹⁹

Sin perjuicio de la existencia de estos dos “sistemas” (que podrían denominarse “provincial” y “federal o nacional”) sobre si el Ministerio Público pertenece al Poder Judicial con autonomía funcional (o no) o si es un órgano extra poder, en el derecho constitucional hay opiniones que hablan de un Ministerio Público como cuarto poder del estado. Fabián Balcarce establece la diferencia entre “extra poder” y “cuarto poder del estado”, aunque acepta que ambas posiciones se acercan si, quienes mantienen la primera, toman el término “poder” como una de las funciones del mismo.¹⁰⁰

⁹⁸ LAPALMA, Guillermo. Op.cit., p.1098.

⁹⁹ TERUEL, Santiago. “El Ministerio Público Fiscal: desafío de su organización autónoma”. (en: Diario *La Ley*, 16-07-1.998), pp.1-2

¹⁰⁰ BALCARCE, Fabián. “*Ubicación institucional del Ministerio Público y principios que lo rigen*”. Conferencia dictada el 7 julio de 2.004, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. (online, consultado 13/1/2.005) www.eldial.com/edición/córdoba/penal/indice/doctrina/cp040812-a.asp

Quienes sostienen la idea del “cuarto poder” afirman que el Ministerio Público es una nueva función del Estado (la cuarta, además de la ejecutiva, la legislativa y la judicial) a partir de considerar al poder como uno solo, y el Ministerio Público debe operar como el poder social que Montesquieu en 1.748 no previó, por la simple razón de que se ocupó de dividir el poder dentro de la estructura del Estado desentendiéndose de ese poder social al que no se le otorga plena validez¹⁰¹. En aquella época Montesquieu decía “... en cada Estado hay tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gente y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil...se llama a este último Poder Judicial y al otro Poder Ejecutivo del Estado...”¹⁰²

A principios de 1.900 y a partir de los pensamientos de Hans Kelsen, Georg Jellinek o de Karl Loewenstein se formula la teoría que considera al poder estatal como uno y, por motivos de equilibrio, se lo subdivide en “competencias” o “funciones”. Lo que hizo entonces el convencional constituyente en 1.994 no fue terminar con la tradicional trilogía del poder sino que se dividieron, sistematizándose y ampliándose, las funciones del Estado. Si se sigue esta postura, la nueva función del Estado, a cargo del Ministerio Público, es la de controlar, representar y defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad.

Quienes afirman que esta es la única interpretación que puede hacerse del artículo 120 de la Constitución Nacional, fundan ello rememorando lo sucedido en el proceso legislativo previo a la sanción de esa norma. “...la última sesión de la Honorable Convención estaba prevista para el viernes 19 de agosto de 1.994. Hasta el día anterior, no existía consenso mayoritario que permitiese incluir el tema en el texto. Esta preocupación consumía al convencional Jorge de la Rúa, del bloque de la Unión Cívica Radical, quien en continuas consultas con los convencionales, trataba de encontrar fórmulas jurídicas que fueran aceptables para los rígidos criterios de los convencionales del partido justicialista. La consideración del tema, se inició sobre la base de lo dispuesto en los Art. 171 a 173 de la Constitución de Córdoba, que luego fueron la esencia del despacho de la minoría. Esta postura fue sólo el punto de partida para el análisis, pero se llegó a un punto muerto. Tan

¹⁰¹ STOLLER, E. citado por Balcarce Fabián. “*Ubicación institucional del Ministerio Público y principios que lo rigen*”. (online, consultado 13/1/2.005) www.eldial.com/edición/córdoba/penal/indice/doctrina/cp040812-a.asp

¹⁰² Montesquieu, “El espíritu de las leyes” libro XI de las leyes que forman la libertad política en sus relaciones con la constitución Cáp. II, “De la constitución de Inglaterra”, p.108 a 114, grandes clásicos del derecho, volumen 6, Ed. Oxford, México 1.999, pp.34 -35 citado por STOLLER, E. en: “*Nueva función constitucionalizada del estado argentino*”. Ponencia presentada en el XV Encuentro de profesores de derecho constitucional en Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, noviembre 2.001.

muerto que hasta las 17.00 hs. de ayer (18/08/94) no había Ministerio Público en la Constitución de la Nación. La necesidad de consenso nos llevó entonces a priorizar el acuerdo para salvar este (sic) institución al menos en sus líneas fundamentales. Así fue que a último momento, en medio de otros temas y violando el reglamento, la comisión de redacción redactó un “nuevo proyecto” que consiguió las mayorías necesarias para acceder al texto constitucional. No es el texto que nos hubiera gustado, es más, el despacho de la minoría está hecho en mi computadora. Hubiera preferido un proyecto más desarrollado, en ese caso hubiera salvado mis inquietudes personales y quizás hasta mi prestigio personal. No queremos colocarnos en la incómoda posición de crítico, sino asumir la responsabilidad de un legislador constituyente” dijo el convencional Jorge De La Rúa. Así, a último momento, con un texto que estaba lejos del diseño inicial, pero que alcanzaba para salvar esta institución al menos en sus líneas fundamentales, se plasmó el hoy art. 120 de la Constitución Nacional, rechazando toda propuesta de modificación a las austeras normas acordadas. Los convencionales hicimos el parto y nació el Ministerio Público en la constitución de la Nación, corresponde al Congreso hacerlo crecer, a sus funcionarios especialmente y a la comunidad toda, consolidarlo y constituirlo en una institución prestigiosa, para la salud de la república¹⁰³. La ley nacional 24.309 (art.3, inc.G) establecía entre los temas habilitados, el de debatir la conveniencia de un Ministerio Público como órgano extra poder. Gelli señala (refiriéndose al art.120, CN) que en su opinión el Ministerio Público constituye el cuarto poder del Estado. Ahora bien, a renglón seguido advierte que ese posicionamiento trae aparejado hacerse cargo de la crítica acerca de cuál sería la atribución propia de ese nuevo poder, dado que se desempeña en la órbita del Poder Judicial y sirviendo a la función judicial.¹⁰⁴

Mirna Goransky describe el proceso que devino en el nombramiento del primer Procurador General desde la reforma constitucional de 1.994: el Dr. Nicolás Becerra, luego de la renuncia del Dr. Agüero Iturbe en febrero de 1.997 (en realidad, el segundo, porque el Dr. Agüero Iturbe había sido designado por decreto en 1.995). Fue investido por el Presidente Carlos Menem mediante un decreto el 17/4/97. Aproximadamente un año después (marzo de 1.998) se sanciona la ley orgánica de Ministerio Público y queda decidido que el Procurador

¹⁰³ Ortiz Pellegrini Miguel A., citado por BALCARCE, F. en: “Ubicación institucional del Ministerio Público y principios que lo rigen”. (online, consultado el 13-1-2.005).www.eldial.com/edición/córdoba/penal/indice/doctrina/cp040812-a.asp

¹⁰⁴ GELLI, María A. Op. cit. Tomo II, p.581.

General debía ser ratificado por la Cámara de Senadores (art.5) lo que así ocurrió el día 2 de abril de ese año, manteniendo el cargo hasta su renuncia.¹⁰⁵

Por todo lo dicho hasta aquí, debería aceptarse pacíficamente que el Ministerio Público nacional es un órgano extra poder o cuarto poder del Estado. Sin embargo, a la hora de preguntar cuánto ha contribuido ello a cambiar la desdibujada imagen que el Ministerio Público ha tenido siempre, autores como Julio Maier y Alberto Bovino, señalan que no ha servido para mejorar la situación del organismo. Con su habitual contundencia, Maier dice “...la nueva constitución argentina lo ha consagrado (al Ministerio Público) como un órgano autónomo, extra poder y, sin embargo, está peor que antes cuando pertenecía al Poder Ejecutivo. Me parece difícil que el Ministerio Público funcione democráticamente en un sistema como el nuestro, en el que el Ministerio Público es un persecutor penal del Estado. Es difícil, además, porque los otros poderes del Estado no funcionan adecuadamente; mientras el parlamento haga lo que le pide la cúpula de un partido político es imposible funcionar democráticamente porque, en definitiva, solo se trata de un debate interno dentro de un partido que tiene la mayoría. Esta es nuestra realidad; el Ministerio Público es un ente autónomo y está peor que antes...”¹⁰⁶. Por su parte, Alberto Bovino expresa “...sin demasiado convencimiento acerca de un Ministerio Público ejecutivo, es evidente que ese órgano no puede pertenecer al Poder Judicial, y resulta dudoso que pueda depender del Poder Legislativo. La nueva tendencia de considerarlo un órgano extra poder, por otra parte, es consecuencia de la ficción de un Ministerio Público que actúa neutral y objetivamente. Esa ficción es peligrosa por las consecuencias que produce en el procedimiento, especialmente respecto de los derechos del imputado, y, además, no debemos olvidar que fue esa misma ficción la que fundó la inquisición. La conveniencia política de depositar la política criminal de persecución en un órgano autónomo de los poderes políticos, por lo demás, puede generar una situación de autismo institucional de consecuencias imprevisibles...”¹⁰⁷

Cabe mencionarse los casos en que se prevé al Ministerio Público como dependiente del Poder Legislativo. Ello registra antecedentes, por ejemplo, en la ex – Unión Soviética¹⁰⁸. También ha sido el caso de países como Hungría y Bulgaria y el resto de los países, la mayoría del este europeo, que fueron influidos por la ex Unión Soviética, aunque tal

¹⁰⁵ GORANSKY, Mirna. Op. cit., pp.12-13.

¹⁰⁶ MAIER, Julio B. “El Ministerio Público en el proceso de reforma penal de América Latina”. (en: revista *Pena y Estado* Nro.2. Ministerio Público. Editores Del Puerto, 1.997), pp.173-182.

¹⁰⁷ BOVINO, Alberto. Op. cit. p.78.

¹⁰⁸ SAGÚES, Néstor Pedro. “Carrera Fiscal”. Publicado en *El Derecho*. Tomo 106. 1.984, p. 980.

régimen no podría servir como ejemplo genuino de estudio para suponer al Ministerio Público en la órbita del Poder Legislativo, debido a que en tales países regía el principio de concentración de poderes o unidad de poder al servicio de un partido único. Igualmente, la naturaleza constitucional que ostentaba el instituto (la Prokuratura) en la ex URSS no se veía reflejado luego en la práctica, donde desempeñaba su papel al lado del Poder Ejecutivo, el cual era configurado de facto como único poder estatal, en cuyo sentido se orientaba el funcionamiento del Poder Legislativo. Desde su creación en 1.922 la Prokuratura fue uno de los organismos más originales del entramado jurídico de aquella unión de Repúblicas, cuyas funciones principales eran vigilar el cumplimiento de las leyes por parte de los órganos del Estado, de las organizaciones sociales, de los funcionarios públicos y de los ciudadanos; cuidar por el respeto de la legalidad en los procesos penales y civiles y proteger los derechos de los ciudadanos a petición de éstos.

El Procurador General era designado por el Soviet Supremo y, el sistema jerárquico que regulaba el Ministerio Fiscal soviético era un claro paradigma de férrea dependencia gubernamental y nada escapaba al poderoso Poder Ejecutivo, aunque la legislación soviética continuaba determinando claramente que los órganos del Ministerio Fiscal debían ser independientes de cualquier órgano local en el ejercicio de sus funciones y se subordinaban exclusivamente a las decisiones del Procurador General de la ex Unión Soviética, situación constitucionalmente recogida. Sin embargo, señala Villalta, que era el Presidium quien controlaba la acción de la Prokuratura y esta es la crítica más directa efectuada a la estructura de un Ministerio Fiscal sobre el papel autónomo y tan solo subordinado al Soviet Supremo que de acuerdo a la previsión constitucional era el órgano superior de poder de la ex URSS.¹⁰⁹

Analizando la situación del Ministerio Público en la Rusia actual, al cabo de las disposiciones contenidas en la Constitución de la federación rusa del 12 de diciembre de 1993, Martínez Dalmau señala que "...aunque todavía es temprano para evaluar cómo ha funcionado la nueva institución, es claro que en un plano puramente teórico los cambios en la figura de la Prokuratura son evidentes: en cuanto a su elección se da una decisiva intervención por parte del Poder Ejecutivo y ninguna facultad a la Cámara Baja del Parlamento. En cuanto a la autonomía, se rescinde la inamovilidad de que disfrutaba y aparecen cambios en el funcionamiento regular y el nombramiento de los procuradores. Desde el punto de vista

¹⁰⁹ VILLALTA, L. citando a Martínez Dalmau, (online) "*El Ministerio Público de Guatemala*". (consultado en segunda quincena de enero de 2.012), p. 158. pp.194-215.
pdf: ddd.uab.cat/pub/tesis/2004/tdx-0728105-162426/lvg1de2.pdf

práctico, qué duda cabe, remitiéndonos a lo ya expresado, la supuesta independencia anterior del Ministerio Fiscal era en la práctica imposible en un país regido por el principio de concentración de poderes. La situación ha derivado hacia un sistema apolítico republicano de marcado carácter presidencialista, con un control parlamentario definido constitucionalmente como democrático y de derecho en su artículo 1 en el que frente al “Estado de todo el pueblo” al que se refería el art.1 de la Constitución de la URSS; se ha adoptado por un régimen donde “el hombre, sus derechos y sus libertades deben ser el valor supremo”.¹¹⁰

En nuestro continente puede mencionarse a Cuba, influido también por la ex Unión Soviética, en donde el Ministerio Público (con funciones atribuidas de supervisar la observancia de la legalidad y la protección de los derechos ciudadanos) está subordinado al parlamento, o sea, a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado. La Asamblea Nacional puede en cualquier momento solicitar al Fiscal General información sobre las actividades encomendadas por la ley a la fiscalía, además de contar con facultad de dar instrucciones directas al Fiscal General.¹¹¹

Aunque es francamente minoritaria esta postura, hay autores que expresan sobre la conveniencia de una ubicación orgánica del Ministerio Público, al menos, mucho más cercana al parlamento que al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial. En esa dirección, Marchena Gómez, afirma que al defender la legalidad, el órgano debe tener una íntima conexión con el poder que constituye esa misma legalidad de cuya custodia se trata. Y es el Poder Legislativo quien genera esa legalidad. El Poder Ejecutivo es quien la desarrolla y aplica en la cotidiana acción de gobierno y, el Poder Judicial, quien declara la aplicación de la legalidad en los conflictos intersubjetivos¹¹². En sentido contrario, puede apuntarse que esta ubicación no garantiza eficazmente la independencia del Ministerio Público puesto que aparece dependiendo del más politizado de los órganos del poder.¹¹³

Muy especial es el caso de República Dominicana. En tal país la institución tiene autonomía administrativa y presupuestaria pero también existen vertientes que la ligan al Poder Ejecutivo. La Constitución Nacional ubica al Ministerio Público en el Capítulo IV del Título V (“Del Poder Judicial”) entre las denominadas “jurisdicciones especializadas”, asegurando la autonomía funcional, administrativa y presupuestaria y fijando en el

¹¹⁰ *Ibidem*, p.160.

¹¹¹ PALACÍN, Claudio Marcelo. “*La función requirente del Ministerio Público Fiscal en el proceso penal*”. Tesis doctoral, Universidad Católica de Santa Fe, Departamento de Postgrado, p.77.

¹¹² MARCHENA GOMEZ, Manuel. Op. cit. pp. 144-145.

¹¹³ COUSSIRAT, J. (y otros). Op. cit. p.265.

cumplimiento de su función los principios de legalidad, objetividad, jerarquía, indivisibilidad y responsabilidad (art.170) y lo define en el art.169 como un órgano del sistema de justicia responsable de la formulación e implementación de la política del Estado contra la criminalidad, que dirige la investigación penal y ejerce la acción pública en representación de la sociedad. En el art.172 se establece que está integrado por el Procurador General y demás representantes establecidos por ley. Según el artículo siguiente, el Presidente de la República designará al Procurador General y a la mitad de sus Procuradores Adjuntos¹¹⁴. En consonancia con estas disposiciones, el estatuto de organización del Ministerio Público (ley 78) señala que la institución es un órgano del sistema de justicia, garante del Estado de Derecho, funcionalmente independiente, encargado de dirigir la investigación de los delitos representando a la sociedad y de ejercer la acción pública y proteger a las víctimas y testigos de los procesos (art.6). En el art.13 de la misma ley se expresa que el Ministerio Público desarrollará sus atribuciones con independencia funcional de los demás órganos de los poderes del Estado. A continuación (párrafo I) se dice que constituirá el órgano o canal para la conformación y ejecución de la política del Estado contra la criminalidad bajo la dirección del Poder Ejecutivo.¹¹⁵

2.3. Primera propuesta: El Ministerio Público en la órbita del Poder Judicial y con autonomía. Sistema de designación y remoción de los integrantes del organismo.

La ubicación institucional del organismo tiene suma importancia porque de ella dependen tanto el grado de independencia política que puede lograr como también su autonomía administrativa. Ha quedado demostrado que son variadas las formas de insertar al Ministerio Público institucionalmente. También queda claro que ninguna alternativa puede ser considerada solución indiscutida y que aparece este aspecto íntimamente relacionado con la interpretación de la independencia y la autonomía del Ministerio Público. Quienes optaron por la regulación extra poder lo hicieron desconfiando de las influencias del Poder Ejecutivo y

¹¹⁴ (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.elnuevodiario.com.do/app

¹¹⁵ (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.dadye.com/leyes/ley_78

del Poder Judicial. El temor mayor es que la “politización” del Ministerio Público lo conduzca a ser un instrumento de la clase política para perseguir adversarios políticos y también para asegurar la impunidad en casos de corrupción. Por otro lado, un Ministerio Público con marcada autonomía política como sería el caso de Italia, es visto también con desconfianza porque existe el riesgo en que los propios fiscales se transformen en principales actores políticos.

En este trabajo la “judicialidad” del Ministerio Público representa uno de los pilares del proyecto de ley propuesto. He descartado la idea del órgano extra poder a partir del análisis de la experiencia del Ministerio Público nacional. Tampoco comulgo con su pertenencia al Poder Ejecutivo pese a que así es en la mayoría de los países del llamado “primer mundo”. Mi principal argumento de rechazo es que habría una clara intromisión del poder administrador dentro de la órbita del Poder Judicial: piénsese en aquellos delitos a investigar y juzgar que fueran atribuidos a funcionarios del Poder Ejecutivo. Además, como lo sostiene Marchena Gómez, implicaría reconocer la presencia de un sistema gubernativo en virtud del cual el fiscal sería un valedor de los intereses políticos que en cada caso conformarán el programa o proyecto ideológico del gobierno al cual representará y al cual en buena medida estará subordinado.¹¹⁶

Ahora bien, la posición a la que adhiero trae aparejado enfrentar de inmediato una aparente contradicción: al pertenecer fiscalía y judicatura al Poder Judicial, la imparcialidad sufre una mengua porque un mismo poder (el judicial) contiene en su ámbito dos órganos que debieran ser independientes. A nivel organizacional, al operar el cambio de un sistema procesal inquisitivo a uno acusatorio, se impone abandonar el esquema vertical de estructura actual para que se plasme un sistema con una total y absoluta falta de dependencia del Ministerio Público al Tribunal Superior de Justicia.

Distintos autores de la materia piensan que la adscripción del Ministerio Público dentro del Poder Judicial, sustrayéndolo de la esfera del Poder Ejecutivo, se vincula con una tendencia histórica del organismo que en su evolución busca una entidad propia, señalándose como ejemplo claro el modelo italiano, que ha extirpado la institución de la órbita del Poder Ejecutivo colocándolo dentro del entorno del Poder Judicial de acuerdo a cómo se regula en su Constitución.¹¹⁷

¹¹⁶ Citado por VILLALTA, L. Op. cit. p.227.

¹¹⁷ Así Serra, Jiménez Blanco, Conde Punpido Ferreiro y Aparicio, todos citados por VILLALTA, L. (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012), p.243.

Pensando en lo anterior, a la par de su pertenencia al Poder Judicial provincial, se pregona de mi parte que no dependa del Tribunal Superior de Justicia, consagrándose en los principios contenidos en el articulado que se trata de una institución autónoma e independiente.

Hoy la Constitución del Neuquén no contempla al Ministerio Público como órgano que ejerce el Poder Judicial, sino que ello corresponde en exclusividad al Tribunal Superior de Justicia y a los demás Tribunales (art.225). Tampoco la Constitución neuquina establece las funciones ni organización del Ministerio Público.

Yo propongo insertarlo en la carta magna provincial dentro del Poder Judicial, como un órgano independiente, con autonomía funcional, autarquía financiera y asignándole la misión de realizar y ejecutar el diseño político criminal de la persecución penal, en tanto que la ley regulará las demás cuestiones, entre ellas la organización. En materia presupuestaria, el requerimiento anual lo efectuará el Fiscal General al Poder Legislativo a través del Tribunal Superior de Justicia, cumpliéndose con la previsión del art.240 inc.d de la Constitución provincial que otorga al Alto Cuerpo la atribución de proponer a la Legislatura el presupuesto anual del Poder Judicial. Sin embargo, será en definitiva la ley de presupuesto la que asignará las partidas y posteriormente el Fiscal General dispondrá la ejecución de aquella que corresponda al Ministerio Público.

Al mantener el Tribunal Superior de Justicia entre sus miembros al Procurador General (con competencia extrapenal) y conformar el Alto Cuerpo la máxima “autoridad jurisdiccional”, queda en mi visión enervada la aparente lesión a la imparcialidad advertida más arriba, en tanto queda claro que el Fiscal General no dependerá del Tribunal Superior de Justicia, más allá que judicatura y Ministerio Público se sitúen en el Poder Judicial.

Esta solución es conteste con lo establecido en la Constitución Nacional, en la medida que la ley suprema de la nación permite a las provincias diseñar sus propias instituciones y fijar el marco normativo considerado adecuado para su organización institucional, con el único límite de no afectar los principios republicanos (art.5 CN).

En contra, Fabián Balcarce sostiene que la ubicación institucional del Ministerio Público no es facultad reservada por las provincias.¹¹⁸

Por lo demás, la consagrada autonomía del Ministerio Público es consecuencia lógica de suponer que una justicia imparcial contempla la necesidad de la existencia de un

[pdf: ddd.uab.cat/pub/tesis/2004/tdx-0728105-162426/lvg1de2.pdf](http://ddd.uab.cat/pub/tesis/2004/tdx-0728105-162426/lvg1de2.pdf)

¹¹⁸ BALCARCE, Fabián, Op. cit.p.6.

órgano requirente autónomo en relación a la actuación de los organismos jurisdiccionales (art.75, inc.22, CN). Así, la CADH (art.8.1) y el PIDCP (art.14.1) y fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre los más importantes, “Llerena Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones”, L.4866.XXXVI, sentencia del 17/5/2005 y “Dieser María Graciela-Fraticelli Carlos Andrés s/ homicidio calificado”, c.120/2, fallo del 8/8/2.006. Conde Punpido Ferreiro expresa que “el nacimiento del Estado de Derecho había sido concebido básicamente sobre el criterio de la independencia del poder político. Sobre la base de tal funcionamiento, el cambio de modelo del proceso penal acorde con el nuevo modelo de Estado habría requerido, junto a la función puramente judicial de carácter decisorio una función postulante de acusación, así el ejercicio del ius puniendi del Estado se habría repartido en dos órganos estatales con funciones diferenciadas, la función decisoria encomendada al juez y la función acusatoria encomendada a un órgano ya existente, al que se le otorga la naturaleza de órgano promotor de la justicia ejercitando la función pública de persecución de delitos”.¹¹⁹

Conforme adelantara en la introducción, el Ministerio Público del Neuquén (igual que el de La Pampa y Santa Cruz, entre otros) no ostenta en absoluto autonomía en la actual redacción de la Constitución provincial (en ese sentido, la reforma del año 2006 omitió tratar la cuestión). Otras provincias argentinas, a través del mismo texto constitucional, caso de Chubut (arts.163, 178 incs.1 y 5 y 194/195), Rio Negro (art.215), Chaco (art.156), Santiago del Estero (art.186) y La Rioja (art.138), dejan ver un organismo autónomo aunque sin dejar de pertenecer al Poder Judicial. Otros Estados provinciales argentinos contemplan la autonomía, al margen de sus disposiciones constitucionales, en las leyes orgánicas que organizan el instituto. Así Córdoba (art.1 de la ley 7.826), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art.1 de la ley orgánica conforme texto de la ley 2.386 del 23/8/2007), Santa Fe (art.2 de la ley 13.013), Mendoza (art.1 de la ley 8.008), Chubut (art.1 de la Ley 94, antes ley 5.057), Entre Ríos (art.1 de la ley 9.544), Chaco (art.1 de la ley 4.396).

Neuquén, actualmente, tampoco puede en ciertas circunstancias garantizar la imparcialidad consagrada a nivel constitucional. Ello así, por ejemplo, en aquellos casos en los que el Tribunal Superior de Justicia, haciendo uso de esa facultad de intromisión administrativa vía superintendencia sobre “su” Ministerio Público, evalúa las características de una determinada investigación, conoce los pormenores de cualquier pesquisa y, de considerarlo conveniente, asigna recursos materiales o humanos a fin de asegurar el “éxito”

¹¹⁹ Citado por VILLALTA L. en “*El Ministerio Público de Guatemala*”. (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012), p.243. pdf:ddd.uab.cat/pub/tesis/2004/tdx-0728105-162426/lvg1de2.pdf

de la instrucción. Ahora bien, en el futuro y en caso de entender en el mismo expediente vía recurso de casación, el mismo Tribunal Superior se pronuncia sobre el fondo del asunto que ya ha conocido, más allá que se caracterice la primera intervención como administrativa o de superintendencia.

Todo lo expuesto hasta aquí justifica la inclusión del capítulo respectivo en una futura reforma constitucional, dado que resulta necesario para no depender del Tribunal Superior de Justicia en el plano administrativo, operacional y contable.

Esta propuesta debe ser concatenada con lo atinente al sistema de designación y remoción de los integrantes del Ministerio Público. De acuerdo a su Constitución, en Neuquén, la máxima autoridad de la institución es designada por la Legislatura, con el voto de los dos tercios de los miembros presentes, a propuesta del Poder Ejecutivo (art.239). A su vez, el art.229 asegura la inamovilidad para todos los integrantes del Poder Judicial mientras dure su buena conducta. En cuanto a la designación de los funcionarios inferiores del organismo, la misma Constitución prevé que sea la Legislatura quien preste acuerdo luego de la selección del candidato por parte del Consejo de la Magistratura (art.251, inc.2). Con variantes este sistema es practicado en la mayoría de los Estados provinciales. La remoción y destitución está prevista en los arts.266 y 267 que regulan el funcionamiento del juicio político y del jurado de enjuiciamiento. En **Chubut** (art.166) la Constitución establece que la designación del Procurador General la realizará el Poder Ejecutivo con acuerdo de la legislatura con los dos tercios del total de sus miembros. En el art.165 se prevé la inamovilidad mientras dure la buena conducta. En provincia de **Buenos Aires** la designación del Procurador General también la realiza el Gobernador con acuerdo del senado en sesión pública y con mayoría absoluta de sus miembros (art.175). También se asegura la inamovilidad de los integrantes de la institución mientras dure la buena conducta (art.176). Otro tanto acontece en **Entre Ríos** (art.175, inc.16, designación del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado) y la inamovilidad en el art.194. **Mendoza** contiene disposiciones similares en los arts.150 y 151 de su Constitución. En el art.14 de su ley orgánica reitera la forma de designación del Procurador General y del resto de los integrantes del Ministerio Público (en este caso es el Consejo de la Magistratura quien propone una terna al Poder Ejecutivo y el poder administrador elige uno requiriendo el mismo acuerdo que opera para la designación del Procurador: el prestado por el Senado). A su vez, el art.20 de la misma ley orgánica asegura la estabilidad mientras dure la buena conducta. **Chaco**, en el art.158 de su

Constitución prevé que el jefe máximo del Ministerio Público sea designado por el Gobernador a propuesta del Consejo de la Magistratura y en el art.154 se prevé la inamovilidad con fórmula similar a la vista en otras provincias. Ya la provincia de **Córdoba** tiene un régimen distinto en cuanto a la duración del cargo de Fiscal General, si bien la designación también la realiza el Poder Ejecutivo, en este caso con acuerdo del Senado, de la ley orgánica (art.7) se desprende que la cabeza del Ministerio Público permanecerá cinco (5) años en el cargo con posibilidades de reelección y con inamovilidad en ese lapso de tiempo si dura su buena conducta. La estabilidad de los demás integrantes está prevista en el art.8 de la ley precitada.

Pero quienes realmente han innovado en la cuestión que tratamos son dos de las últimas leyes orgánicas sancionadas, que han aprovechado los defectos observados en el funcionamiento del Ministerio Público de otras provincias o países extranjeros y han legislado de manera tal de contemplar un instituto cuya organización se adapte a los objetivos fijados. Me estoy refiriendo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la provincia de Santa Fe.

Mi propuesta relacionada con la forma de designación de la autoridad máxima del Ministerio Público y de la que le sigue, Fiscal General y fiscales adjuntos, respectivamente, como asimismo el método de remoción, está imbuida de lo dispuesto por la normativa de ambos ministerios públicos mencionados, sobre todo del santafesino. Cabe recordar que ambos mantienen al Ministerio Público en la órbita del Poder Judicial.

En el caso de Ciudad Autónoma el jefe de la institución es designado por el jefe de Gobierno de la ciudad, con acuerdo de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura (art.126 que remite implícitamente al art.111). El Fiscal General permanece siete (7) años en el cargo conservando su inamovilidad, y podrá ser reelegido pero con intervalo de un período completo.

En Santa Fe, la ley orgánica (Nro.13.013), dispone en su art.1 que el Ministerio Público de la Acusación tiene por misión el ejercicio de la persecución penal pública procurando la resolución pacífica de los conflictos penales. Ahora bien, los órganos de dirección de la organización de tal Ministerio Público, pivotean sobre dos organismos que tienen una duración limitada en su desempeño: El Fiscal General tendrá una continuidad de seis (6) años en el cargo, con inamovilidad durante dicho lapso pero cesando automáticamente pasado ese período de tiempo sin chance de reelección (art.14), igual que el órgano que le sigue en jerarquía: los fiscales regionales (art.17), aunque transcurrido tal plazo estos últimos

tienen posibilidad de reelección o de permanecer en el Ministerio Público de la Acusación en otra función si hubieran pertenecido a la carrera del organismo con anterioridad .

Para la designación y remoción de ambos funcionarios, el legislador ha tenido en cuenta variantes novedosas, cuidadosas y con innegable signo de pluralismo, las cuales reproduzco en la presente propuesta con ligeras variantes motivadas en las distintas estructuras constitucionales pero manteniendo intacto el lineamiento.

A continuación explicaré porqué elijo este sistema de designación y remoción. En principio estimo que la inamovilidad perpetua (que muy poco de la mano va con la idea de república) vista en la mayoría de los Ministerios Públicos no ha servido para el logro de políticas eficaces en la persecución penal, así como la mal entendida “autonomía”. Todo ello ha aislado al organismo y su papel termina desdibujado. De otro lado, surge la necesidad de estabilizar la carrera del fiscal y ello tensiona con la otra necesidad: que el fiscal actúe en armonía con las políticas del poder administrador. Por esta razón entiendo que lo más adecuado es instaurar un sistema mixto, es decir, jefaturas de Ministerio Público con tiempo acotado por un lado y fiscales de carrera por el otro. Tampoco hay una oposición con la constitución provincial porque la inamovilidad que asegura el art.229 mientras dure la buena conducta sigue incólume en mi propuesta, porque está vinculada a la situación del Procurador General y la de quienes son los funcionarios del Ministerio Público que ejercerán la acción penal (agentes fiscales y procuradores fiscales). Quienes no ostentan dicha inamovilidad en el proyecto de ley propuesto serían el Fiscal General y los Fiscales Adjuntos, que en la actualidad no registran existencia en la Constitución del Neuquén y tendrían naturaleza política aunque integren el Poder Judicial.

Un posición muy seria y respetable, considerando el contenido integral de mi propuesta, sería la de hacer coincidir los términos del mandato del Fiscal General con los del Gobernador de la provincia, principalmente por la mencionada armonía que necesariamente debe existir entre la política delineada por el jefe del Ministerio Público y aquella establecida por el jefe de la administración de la provincia¹²⁰. Sin perjuicio que el gobernador puede ser reelegido una vez (el período inmediato posterior, art.208 de la Constitución del Neuquén) y yo entiendo que el Fiscal General no debe ser reelegido, igualmente la considero inviable debido a que el exigente proceso previo a la designación del Fiscal General que preveo en mi proyecto de ley no registraría atractivo para interesar a los mejores candidatos dado que

¹²⁰Es la idea de Alberto Binder.

sortearían un duro escollo y luego contarían solamente con cuatro(4) años improrrogables para ejercer la función, lapso de tiempo exiguo para desarrollar cualquier plan de considerable envergadura. Igualmente la precitada armonización entre ambas políticas puede llevarse adelante debido a otras previsiones que se establecen en mi proyectada ley, principalmente la que surge del art.7, en virtud del cual el Poder Ejecutivo podrá dirigirse al Fiscal General, por intermedio del Ministro correspondiente, a fin de proponerle la emisión de instrucciones generales tendientes a coordinar esfuerzos para hacer más efectiva la persecución penal.

2.4. El Ministerio Público y su relación con los demás poderes del Estado y los órganos de control.

El Ministerio Público debe tener independencia en lo funcional, administrativo, organizativo, económico y disciplinario, además de actuar sin influencia de ninguna otra autoridad o poder. Sin embargo, pese a la mencionada autonomía de decisión, el Ministerio Público no puede ni debe desentenderse de las dificultades y de las decisiones políticas fundamentales de la provincia. Esto conduce a la necesidad de crear mecanismos de relación del Ministerio Público con los demás poderes del Estado para coordinar políticas y con otras instituciones de la sociedad civil, aunque en la realidad ello implique sugerir límites para la autonomía de gestión. Según Miranda Estrampes, prever institucionalmente al organismo como autónomo e independiente no debe provocar distorsiones que ocasionen su aislamiento. Sostiene al respecto que los integrantes del Ministerio Público deben ser conscientes de que el desarrollo de sus funciones exigirá, en muchas ocasiones, actuar coordinadamente con otras agencias u organismos públicos, incluido el Poder Ejecutivo¹²¹. Esta necesaria coordinación del Ministerio Público con las demás autoridades ha sido tomada en cuenta en los principios generales de varias leyes orgánicas en nuestro país (Ciudad Autónoma: art.2; Santa Fe: art.2;

¹²¹MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “*El fiscal como director de la investigación: retos y desafíos del nuevo modelo de investigación penal*”. (online) Trabajo de investigación originado en ponencia impartida por el autor en el Curso Ministerio Fiscal y Policía Judicial dentro del Plan Extraordinario de Formación de Fiscales en Barcelona, octubre de 2.006. (consultado en segunda quincena de enero de 2.012), p.7. www.dijuris.com/index.php

Mendoza: art.5 segundo párrafo; Entre Ríos: art.1 y en el régimen federal en el art.1 segundo párrafo de la ley 24.946).

El Ministerio Público juega (o debería jugar) un rol fundamental puesto que aplicará a través de acciones concretas las líneas generales de la política criminal de la provincia. Como debe desarrollar esto con coherencia, lo debe hacer en coordinación con los demás poderes públicos y con criterios objetivos, debiendo ser el Procurador General quien motorice tales relaciones. Esto demandará la aplicación de un plan de persecución penal específico, con afectación de la mayor cantidad de recursos a la persecución penal de los delitos de mayor gravedad y que afectan a la sociedad neuquina.

La determinación del diseño político criminal en la persecución penal será atribución del Fiscal General, no mereciendo esto último ningún tipo de reparo¹²². Hoy la justicia penal toma conocimiento de múltiples conflictos sociales que, con menor o mayor entidad, influyen en la sociedad y esta última demanda una respuesta judicial. El Ministerio Público Fiscal debe estar preparado para ello y con capacidad para adaptarse a los cambios, tanto sociales como legislativos. También merece traerse a colación la aparición de una criminalidad compleja y organizada con medios sofisticados. Esto trae aparejado la necesidad imperiosa de especialización en la fiscalía, pero sobre todo el diseño de una adecuada política de persecución criminal, originada en la máxima autoridad de la institución, la cual se instrumentará en instrucciones generales.

Es muy común que los integrantes del Ministerio Público eludan asumir alguna responsabilidad ante las críticas, por ejemplo en materia de seguridad ciudadana. Así, se carga sobre el Poder Legislativo porque no modifica o sanciona determinadas leyes y sobre el Poder Ejecutivo por no otorgar los fondos necesarios o sobre la policía porque no previene, etc.¹²³

Con el Poder Judicial la relación se dará a través de la legislación procesal penal, cuyo flamante Código Procesal Penal (con comienzo de aplicación en enero de 2.014) resulta enteramente adaptado al paradigma constitucional y a los Pactos Internacionales de idéntica jerarquía (art.75, inc.22, CN), resultando el marco en el cual la judicatura controla la actividad de las partes, y desde el cual puede surgir, incluso, un control disciplinario respecto a faltas contra la autoridad o faltas de decoro.

¹²² CAFFERATA NORES, José I. se pregunta: si los criterios o políticas de persecución penal no son fijados por él (dentro de la ley) ¿quién debería fijarlos? Op. cit. p.75.

¹²³ GORANSKY, Mirna. Op. cit. p.5.

Como se ve, la relación con el Poder Legislativo es de suma importancia. Además de las facultades que la Constitución Provincial le da al parlamento en materia de designación y remoción del Fiscal General y de los demás funcionarios del Ministerio Público; lo más significativo de la mencionada relación, a mi entender, reside en asegurar que el organismo tenga participación en los proyectos que se discutan en la legislatura, principalmente en los relacionados con la política criminal y la materia procesal penal, para lo cual se torna imprescindible trabajar en forma coordinada por medio de una comisión de enlace, la cual deberían integrar componentes del Poder Legislativo y del Ministerio Público. También el organismo debería proponer reformas legislativas o reglamentarias. Debe existir una relación fluida entre el Ministerio Público y las comisiones de asuntos constitucionales y justicia y la de presupuesto. Igual incidencia debería tener tal comisión de enlace para facilitar los informes del organismo al parlamento, tanto de lo establecido en el proyecto de ley propuesto, como asimismo para responder a otro tipo de consultas que se realicen desde la legislatura. En el orden federal, la falta de creación de la Comisión Bicameral del Congreso establecida en la ley orgánica del Ministerio Público, es considerada generalmente como una de las causas de la ineficiencia demostrada por el organismo en su funcionamiento.

Con respecto a la relación con el Poder Ejecutivo, el Ministerio Público debería mantener un permanente contacto con el Ministerio de Justicia a fin de coordinar tareas en común definiendo políticas coherentes de prevención y persecución penal, incluidas las referidas a la seguridad ciudadana. También debe preverse la satisfacción del presupuesto del Ministerio Público, al menos del mínimo para que el cumplimiento de su misión no se transforme en ilusorio. No obstante que esto es resorte del Poder Legislativo, se conoce el peso de la toma de decisiones del Gobernador sobre el particular. En el orden federal este aspecto ha significado siempre un problema insoluble y ha sido utilizado en forma permanente para explicar en parte la ineficiencia en el cumplimiento de la función. En el plano nacional, no obstante la previsión constitucional y lo dispuesto en la ley orgánica de Ministerio Público sobre la autarquía financiera del organismo, la decisión final sobre cuál será el presupuesto de la Procuración General no es una competencia del Procurador General sino del Ministro de Economía¹²⁴. Transportando la cuestión a la provincia del Neuquén, en la actualidad el presupuesto del Poder Judicial es definido por el Ministro de Hacienda de turno, a pesar de la fuerte previsión constitucional que, en el art.240 inc.d, le otorga al Tribunal

¹²⁴ *Ibidem.* p.17.

Superior de Justicia la atribución de proponer su presupuesto, “que será suficiente y adecuado a las necesidades de la administración de justicia y que no podrá ser vetado total ni parcialmente”.

A propósito de la relación del Ministerio Público con el Poder Administrador, es muy común que se le dé a la autonomía del organismo la misma significancia que ostenta la independencia del Poder Judicial, cuando los objetivos de una y otra son totalmente diferentes. La independencia del Poder Judicial es una garantía del ciudadano en el sentido que la decisión de un juez deberá estar desprovista de influencias externas (sean de los poderes políticos o económicos o de cualquier naturaleza) o internos (del propio Poder Judicial). Pero la situación del Ministerio Público es diferente porque su rol en la persecución penal requerirá del desarrollo de complejas relaciones con los demás poderes del Estado para cumplir las metas establecidas y deberá coordinar a veces con otras instituciones la determinación de sus políticas de actuación. No es posible materializar todo esto si identificamos autonomía con independencia del Poder Judicial. En puridad la autonomía implica: a) la inexistencia de un superior jerárquico por sobre la institución; b) la inexistencia de influencias externas en la toma de decisiones; c) potestad reglamentaria propia y d) libertad de ejecución presupuestaria.

A fin de intentar revertir la actual impunidad en materia de delitos complejos y delitos cometidos contra la administración pública con contenido patrimonial, el Ministerio Público también debe relacionarse con organismos de control. En definitiva, el Ministerio Público en sí mismo tiene como función controlar y en ese orden de ideas ello se conectará por un lado con la prevención y por otra parte con la fase preparatoria de la investigación. Expresa David Baigún que “...aunque la jurisprudencia no lo refleja habitualmente, la mayoría de los conflictos penales financieros (obviamente de cierta dimensión) denuncian la existencia de asociaciones ilícitas. Es cierto que la actuación de estas organizaciones no tiene la misma visibilidad en esta esfera que la observada en el campo de las conductas convencionales; la manipulación no violenta de los medios necesarios para conseguir la finalidad perseguida, el manejo de una red de regulaciones normativas: leyes, reglamentos, comunicaciones, ausentes en la actividad de la asociación común, el sigilo como parte integrante de los modos operativos, son todas características del campo financiero a las que,

en general, los jueces no le confieren trascendencia porque no exhiben ni la contundencia ni el impacto de los comportamientos comunes...”¹²⁵

Dentro de la realidad neuquina, el Poder Judicial prácticamente ha desconocido las maniobras delictuales que se han cometido con epicentro, por ejemplo, en el Banco de la Provincia del Neuquén (aunque por ley se lo haya transformado en una sociedad anónima, el capital mayoritario es estatal, además de ser el agente financiero del Estado) y que ha tenido como protagonistas a funcionarios públicos y a representantes de empresas privadas allegados al poder, que han dejado como saldo millonarios perjuicios económicos para el patrimonio de todos los neuquinos. Algunas han sido conocidas tarde y mal como el paradigmático caso “Temux” (causa en trámite en que se investiga una defraudación al Estado provincial de más de veinte millones de pesos).

Es esencial que el Ministerio Público cuente con un sistema de obtención de información distinto pero, sin duda, también debe recabar datos e interconectarse con otros órganos que, según la Constitución provincial (Titulo VI), son de defensa de los intereses del Estado y de contralor: Fiscalía de Estado, Contaduría General y Tesorería y Tribunal de Cuentas. También aportan útiles datos sobre este tipo de delitos organismos nacionales como por ejemplo la AFIP, dado que en más de una ocasión se ha acreditado que los mismos sospechados de delinquir, por ejemplo, a través del banco provincial son perseguidos penalmente por la justicia federal al cabo de alguna maniobra que ha perjudicado también al Estado nacional. Hoy la fiscalía provincial tiene todo por hacer en ese sentido, salvo en algún caso puntual, con la única institución que se vincula el fiscal (y tampoco en la forma ideal) es con la policía provincial y no por este tipo de delitos no convencionales. Solamente la construcción de una adecuada red de información, la interrelación con otros órganos de control y la asunción de un papel más activo, lograrán hacer que el Ministerio Público (y a través suyo la justicia) adquiera el protagonismo necesario para investigar y castigar delitos distintos a los comunes donde, como se ha dicho, tampoco ha logrado eficacia.

¹²⁵ BAIGUN, David. “El Ministerio Público y los órganos administrativos de control”. (en: revista *Pena y Estado* Nro. 2, Ministerio Público. Editores Del Puerto, 1.997). p.214.

2.5. Un Ministerio Público Fiscal “público” y controlado.

El principio de publicidad y control es también muy relevante. No basta con establecer escuetamente que el Ministerio Público Fiscal informará sobre el resultado de sus investigaciones con arreglo a las disposiciones legales, siempre que ello no comprometa el éxito de la investigación¹²⁶. Como se lee en el proyecto de ley orgánica propuesto, el concepto de publicidad es mucho más amplio. Se observa una clara apertura de la institución a la sociedad, para escuchar y responder a sus inquietudes. Esto posibilitará el control ciudadano sobre la gestión de la institución pero también facilitará que la sociedad conozca sus dificultades y sus logros¹²⁷. Por último, el principio de publicidad ayudará a mejorar la relación del organismo con los ciudadanos, lo cual es considerado fundamental por Alberto Binder, dentro de las tareas a realizar por un Ministerio Público emergente¹²⁸. En la actualidad la relación entre ambos está desorientada y es el modelo del juez instructor el que ocasiona esa desorientación. Rara vez la ciudadanía atribuye culpas a la policía cuando fracasa una investigación; por el contrario, se cargan las tintas sobre el juez y se dice que el magistrado es benigno y que “los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra” o que, por el contrario, el magistrado es extremadamente inquisidor y se le atribuyen violaciones a los derechos humanos. Entonces, el modelo siempre genera desprestigio para la administración de justicia. Ante esto, el Ministerio Público Fiscal debe asumir la responsabilidad por el éxito o el fracaso de la investigación y entonces la percepción social sobre la administración de justicia podrá adquirir una especificidad que hoy no tiene.¹²⁹

Que el Ministerio Público sea un organismo independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, no significa que esté exento de controles. En nuestro país hay muy poca cultura por la rendición de cuentas. Los funcionarios públicos en general son reacios a ser observados, analizados y criticados. Así como aparecen algunas interpretaciones corporativas de la garantía de independencia judicial, se ha propugnado una mal entendida autonomía del Ministerio Público que lo esconde del control público y la crítica.

En las condiciones actuales, la gestión del Ministerio Público no es controlada efectivamente por ningún otro poder estatal y, menos aún, por la sociedad civil. El Ministerio

¹²⁶ Por ejemplo leyes orgánicas de las provincias de Chubut (art. 7), Córdoba (art. 16, inc. 8) y Buenos Aires (art. 47).

¹²⁷ BINDER, Alberto M. “*Política criminal. De la formulación a la praxis*”. (Editorial Ad-Hoc, 1.997), p.177.

¹²⁸ *Ibidem*. p.178.

¹²⁹ *Ibidem*. p.179.

Público debe formar parte del sistema de pesos y contrapesos característico de la división de poderes de una república.

Expresa Mauricio Duce que el Ministerio Público parece ser una institución blindada a los ciudadanos comunes y corrientes, sin disposición clara a dar cuenta de su trabajo en la arena pública y a responder y hacerse responsable de los aspectos críticos del mismo. Esta errada interpretación de la autonomía, la cual es invocada como una inmunidad, impide que se vea a la sociedad como un cliente al cual hay que rendirle cuenta acerca de la actuación. Los fiscales se perciben como operadores estrictamente jurídicos y no como agentes públicos que cumplen una función social relevante.¹³⁰

La ciudadanía debe estar informada de lo que sucede en la justicia, ello se ha tornado una obligación (guste o no a los operadores) y el Ministerio Público debe hacer frente a ello. Al respecto J. Vargas Viancos afirma "...desde el momento en que la justicia pasa a ser entendida como un servicio público, la información y su publicidad se convierten necesariamente en un elemento clave para su manejo y desarrollo institucional...el grado de legitimidad de la justicia como institución también depende de qué tan abierta se encuentre al escrutinio público, rol que generalmente queda entregado a los medios de comunicación social, las ONGs especializadas o entidades académicas...".¹³¹

Para hacer frente a la comunicación externa, y también a la interna, el organismo debe contar con la oficina de comunicación institucional conforme a la creación por resolución del Fiscal General. La jefatura del Ministerio Público deberá definir un plan comunicacional con objetivos, métodos, estrategias y acciones. Desde la oficina se organizarán, implementarán y evaluarán acciones vinculadas con la comunicación, lo cual incluirá campañas de difusión. Medios como el correo electrónico, audio y video digital, blog de noticias y página web son los principales elementos para borrar del imaginario social que la justicia actúa en las sombras o, lo que es peor, que no resuelve nada.¹³²

El diseño de una página institucional en la web resultará fundamental, pues allí se incluirá toda la información referida a los integrantes del organismo, a los reglamentos

¹³⁰ DUCE Mauricio; RIEGO Cristian. "Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina" en el *Seminario Interamericano sobre modernización de la persecución penal en América Latina*. Mar del Plata, Buenos Aires, 2.005. (Publicación del Centro de justicia de las Américas –CEJA-, 2.005), p.18.

¹³¹ "Transferencia e información judicial", CEJA, Sistemas Judiciales Nro.10 p.121, citado por MENDAÑA, Ricardo J. en *Relevamiento y propuesta de diseño organizacional*. Ministerio Público de Chubut, Convenio Procuración General del Chubut, (Inecip, 2.007), p.16.

¹³² VAAMONDE, Sonia P. "*Comunicar: una forma de hacer justicia*". "Primer encuentro nacional, Redex Argentina". (Editorial Advocatus, 2.009), p.139.

internos, a las instrucciones, al presupuesto y su ejecución, a los llamados a concursos, a todo lo referido con el ingreso de casos, a las estadísticas, etc.

2.6. La relación del Ministerio Público con la comunidad y su desempeño en la prevención del delito

En esta tesis se propone un Ministerio Público proactivo, participando en la gestión del conflicto una vez sucedido pero, y esto es lo que no se observa actualmente en el funcionamiento de la institución, también en la prevención y en el control de aquellos hechos con incidencia penal. De no tomar este camino, el organismo se contentará con ser parte de la maquinaria judicial, que actúa una vez cometido el suceso y que limita su acción al uso desproporcionado de la violencia, lo cual resulta inocuo considerando el problema de fondo.

La política preventiva a llevar adelante, debe tener en cuenta las dos dimensiones de la criminalidad: la objetiva, criminalidad propiamente dicha; y también la subjetiva, psicológica, es decir el sentimiento de inseguridad, aparecido por diversas razones, entre ellas el impacto producido por la labor de los medios de comunicación.

Si se entiende a la prevención como un plan para evitar que se cometan delitos, o que se cometan en un número menor, el Ministerio Público debería incidir en la formulación de tales planes y cualquiera sea la orientación escogida: sea la tradicional, la que tiene en cuenta al potencial victimario, tratando de insertarlo en los planes educativos y de mejorar sus condiciones de vida; o sea la modalidad de prevención que incorpora también a la víctima y a su entorno, por lo que la política de prevención deja de estar dirigida en un solo sentido (el potencial infractor). Hay una tercera orientación, la llamada prevención comunitaria, que siendo una mixtura de las dos anteriores contempla una fuerte participación de la comunidad involucrando distintos sectores de la misma. Esta última sería la alternativa a seguir, por cuanto la seguridad importa a la comunidad entera y ante esto debe tomar parte en el diseño y la implementación de las distintas medidas de la política criminal relacionada con el problema (la inseguridad). Y el Estado debe promover y facilitar esta participación ciudadana. Ello democratiza la cuestión.

Todo esto, en mi opinión, posibilitará al Ministerio Público salir del autismo en el que se encuentra y posibilitará, además, un mayor control externo.

Actualmente dentro del paradigma en el que cumple sus funciones el fiscal, el resultado final obtenido en cada caso no responde a una estrategia de la persecución penal, sino a una consecuencia casi automática del camino preestablecido por la ley y que el fiscal está simplemente llamado a ejecutar. Esto cambia en un sistema adversarial, dado que el fiscal se comportaría de acuerdo a decisiones que haya tomado y objetivos que se haya trazado con el fin que en el proceso judicial se obtengan resultados consecuentes con esas decisiones y objetivos.

Hoy, el fiscal toma como su única función resolver cada caso solamente de acuerdo a lo establecido por la ley. A partir de seguir estas ideas, el fiscal deberá agregar como función otras que la sociedad espera que cumpla y de las que será responsable. Y esto torna ineludible que el organismo se relacione con el sistema político y la comunidad en cada lugar. O sea, además de buscar el cumplimiento de la ley en cada caso, los fiscales deberán incorporar en su definición de metas todos aquellos objetivos sociales que se espera que se produzcan por medio de la persecución del conjunto de casos que aborda o de algún grupo de ellos.

De acuerdo a ello la fiscalía no puede mantenerse en la posición tradicional y debe reemplazarla por otra de mayor proximidad con la gente. Debe plantear el desarrollo de respuestas no jurisdiccionales en algunos casos y debe profundizar en el mejoramiento de las que sí lo son y que en la actualidad resultan disfuncionales. El derecho al acceso a la justicia no debe entenderse satisfecho con la mera y despersonalizada intervención estatal frente a ciertos casos de conflictividad social.

Inicialmente se deben construir vías de acercamiento entre la comunidad (de acuerdo a las particularidades de cada lugar de la provincia) y el sistema judicial en general. El Ministerio Público debe encargarse de que los ciudadanos conozcan cuáles son las funciones del organismo y también cuáles son sus derechos, qué límites reconocen y de qué manera se ejercen. Esto obviamente demandará una tarea publicitaria acorde, en donde debería incluirse distribución de material informativo, en lenguaje simple y llano.

Incluso la gente debe tener la posibilidad de denunciar vía correo electrónico y de poder comunicarse telefónicamente con una línea gratuita de la fiscalía para comunicar los

casos urgentes. Todo esto redundará en lograr un mejor acceso a la justicia. Es insoslayable aquí el aporte de especialistas en ciencias de la comunicación.

Sin embargo, la participación del Ministerio Público en la prevención demanda mucho más aún. Ha quedado claro que “delito” es más que una infracción a una ley del Estado. También es un conflicto en el que participan personas en la relación diaria y en determinados contextos sociales.

Una dependencia del organismo debe necesariamente mantener reuniones periódicas con los vecinos de cada barrio o sector de cada localidad para conocer la problemática particular de cada una de las zonas. El proyecto de ley propuesto guarda un rol muy importante a los fiscales adjuntos, quienes serán la cabeza del organismo en cada una de las circunscripciones y deberán tornar operativos los contactos del Ministerio Público con la sociedad civil.

Tal vez el mayor intento de acercar la fiscalía a la comunidad y asegurar su presencia en el barrio haya sido el impulsado desde el Ministerio Público Fiscal de la Nación en 1.999, en ocasión de crearse la oficina de fiscales de circuito de los barrios porteños de Saavedra y Núñez, lo cual es analizado profunda y críticamente por Goransky¹³³. Es cautivante el relato descriptivo que la autora hace de la experiencia, principalmente en cuanto entrevista a gran parte de los operadores. Detalla los desafíos iniciales enfrentados por los funcionarios que encararon tan histórica cruzada: la propia Procuración General, una vez instalada la oficina, la dejó prácticamente librada al azar pues disminuyeron los recursos previstos originariamente y no se consolidó un equipo interdisciplinario que monitoreara la puesta en marcha y trabajara en el modelo de oficina. Esto, entre otras razones, porque había una oposición interna (tanto de fiscales de instrucción como de Cámara). Tampoco hubo una cordial bienvenida de la policía y no se contó con la colaboración judicial¹³⁴. Pero “...en forma paulatina, la existencia de la oficina comenzó a ser conocida por la gente y los medios de comunicación le empezaron a prestar especial atención. Sorprendió el compromiso que mucha gente, académica o lega, asumió con el mantenimiento de esta oficina y con la expansión del programa al resto de la Ciudad de Buenos Aires. Este compromiso más el empeño y el esfuerzo de los trabajadores de la oficina, fue lo que evitó, en más de una ocasión, que la oficina se cerrara por la presión que la corporación ejercía sobre las

¹³³ GORANSKY, Mirna. Op. cit. pp.105-209.

¹³⁴ *Ibidem*, p.123.

autoridades del Ministerio Público¹³⁵. A pesar de la resistencia interna "... la fiscalía de Saavedra siguió funcionando y cumpliendo sus metas. Se logró un acercamiento con la comunidad que produjo resultados en materia de investigación ya que la confianza de los vecinos se expresó en declaraciones testimoniales; se escucharon los reclamos de la gente y esto permitió descubrir la comisión de delitos; se implementaron exitosos métodos de investigación que lograron esclarecer hechos graves que comenzaron como NN; se confeccionó un mapa del delito que permitió conseguir refuerzos policiales para las zonas más peligrosas; se pudo brindar una mayor protección a las víctimas, etc¹³⁶. A pesar de los logros, 16 meses después, aduciendo razones presupuestarias y no obstante reconocer que los resultados obtenidos indicaban las bondades del modelo de descentralización del Ministerio Público Fiscal, el Procurador General dispuso concluir con la experiencia, lo cual no pudo concretar debido a la resistencia de los fiscales que trabajaban en la oficina y de los mismos vecinos del barrio de Saavedra, cuyos enojos fueron resaltados por la prensa escrita de aquellos días. Goransky reproduce parte de la edición del diario La Nación del día miércoles 1 de noviembre de 2.001: "...sorpresa, indignación y bronca fueron los sentimientos que generó en los vecinos del barrio de Saavedra la noticia del cierre de la fiscalía, en marzo del año próximo". "No tiene sentido que eliminen una institución que hace las cosas bien sólo por razones presupuestarias" comentó indignado el representante del "Plan Alerta" Daniel Cantoni. Y agregó. "no entiendo cómo quieren crear un plan de prevención del delito si alejan a la justicia de la gente". "Plan Alerta" es una agrupación vecinal que busca afianzar los vínculos entre los vecinos y la policía para encontrar soluciones concretas al problema de la inseguridad. Cantoni contó a La Nación que la fiscalía había sido de gran ayuda en el barrio, ya que realizaba investigaciones serias y resolvía los problemas eficientemente. El presidente de la Asociación Vecinal Cornelio Saavedra, Jorge Estevez, también manifestó su disgusto: "a veces parece que para muchos funcionarios son más importantes los números que tener educación, salud y seguridad". También Cristina Rondina, presidente de la Asociación Vecinal Saavedra, mencionó el buen trabajo de los fiscales y subrayó el error que se estaba cometiendo si se terminaba con el trabajo de la fiscalía. Jorge Bagnoli, titular del "Centro para la Acción Solidaria" expresó su preocupación y conjeturó: "seguramente molestaba a los intereses de alguien". "Los vecinos estaban entusiasmados con este proyecto, explicó Bagnoli, porque había un trato que no existía en la comisaría, por lo menos había alguien a quien

¹³⁵ *Ibidem*, p.126.

¹³⁶ *Ibidem*, p.128.

contarle los problemas y que se preocupaba por la gente, pero ahora todo va a ser como antes”. “Los miembros de las diferentes instituciones consultados ayer por La Nación anunciaron que pedirían públicamente que se mantenga en funcionamiento la fiscalía y expresaron su apoyo a los fiscales...”¹³⁷. El mismo diario, dos días después, publicó: “...marcha atrás: el Procurador suspendió el cierre. Saavedra logró retener la fiscalía. Los vecinos contentos con el anuncio. Sin embargo lamentaron el manoseo del que fueron víctimas los fiscales...”¹³⁸. La oficina de Saavedra se consolidó luego de esto. Incluso diversas organizaciones vecinales pidieron la instalación de oficinas fiscales en distintos barrios de la ciudad. La provincia de Buenos Aires también comenzó una tarea de descentralización: en noviembre de 1.999 comenzó en Tigre y a principios del 2.003 existían oficinas descentralizadas desde Vicente López hasta Pilar; en el Departamento Judicial de San Isidro. Por ley provincial funcionan fiscalías similares en Tandil y Olavarría, del Departamento Judicial de Azul y en Tres Arroyos del Departamento Judicial de Bahía Blanca.¹³⁹

La continuidad del “proyecto piloto” de Saavedra - Nuñez se vio reforzada por la sanción de leyes de creación de fiscalías en los barrios de Pompeya y La Boca. La descentralización implica una relación distinta con los vecinos y, en determinadas ocasiones, la tarea que se realiza es puramente de prevención. Por ejemplo, concurrir a reuniones de padres en un Colegio, en las parroquias, en las comisiones vecinales. Todo ello es necesario hasta que la fiscalía esté insertada en el barrio y la gente tenga conciencia de su existencia. Preguntado Ignacio Irigaray (secretario de Cámara de la fiscalía de Saavedra) sobre las funciones específicas y las ajenas de la fiscalía en el barrio respondió: “...ajeno puede ser el desramado, puede ser el vecino que viene y dice que hay una raíz que le rompe la vereda y que hace veinte años que lo hizo arreglar pero que le sigue rompiendo la vereda. Creo que eso puede ser ajeno. Pero lo que tiene relación con la seguridad no sé si es ajeno. Claro, si uno se pone en purista, esta función del fiscal como representante del Ministerio Público, quizá no la encuentre en ningún artículo ni inciso de una ley. Pero yo no creo que esté fuera de la naturaleza del Ministerio Público. Yo creo que la naturaleza del Ministerio Público tiende también a controlar el trabajo de las fuerzas de seguridad...yo no tengo facultades preventivas, ni es mi función indicarle a la policía dónde tiene que poner más vigilantes; pero

¹³⁷ *Ibidem*, p.131.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*, p.132.

sí puedo recibir el reclamo de presencia policial y también tengo herramientas para saber si un reclamo de vecinos es razonable o no, y si los que les falta obedece a una imposibilidad práctica insuperable o al mal desempeño de las funciones del comisario...creo que darle algún cauce a estos reclamos no está fuera de la función del Ministerio Público. No sé si es la función específica pero sí sé que está muy relacionado...”¹⁴⁰

Hay mucha actividad delictiva que con inteligentes tareas de prevención pueden desactivarse. Con seguridad ello implicará una descentralización en la gestión pero posibilitará buscar las soluciones específicas para los conflictos que se detecten, pues serán temas obligados en la agenda a tratar en la relación con otros organismos, principalmente con los del Poder Ejecutivo y, además, los datos constituirán indicadores a ponderar en la estrategia a desarrollar por el fiscal que corresponda.

No es posible que el Ministerio Público desconozca qué programas se aplican y con qué resultados en áreas como: control en el tránsito de vehículos, prevención de la violencia en el ámbito escolar e intrafamiliar, en las actividades de prevención de trata de personas y prostitución infantil, por señalar algunos.

Aquello positivo que el Ministerio Público logre en su incursión en materia de prevención y tarea proactiva, será su aporte al programa provincial que ineludiblemente deberá encararse en Neuquén para dar respuesta a las demandas actuales de la ciudadanía en materia de seguridad.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p.186.

Capítulo III

Funciones del Ministerio Público

3.1. Funciones que cumple y funciones que debería cumplir.

El Ministerio Público nunca asumió una responsabilidad pública y ha pasado inadvertida su presencia en la sociedad. Ha cumplido un papel deslucido y, aunque en los últimos quince o veinte años esto ha tratado de ser revertido en algunos países de la región, en general la institución es vista como un organismo extraño.

Binder señala que a pesar de existir producción científica sobre el Ministerio Público, sobre todo en Estados Unidos, ello no ha sido absorbido en América Latina. El fiscal no es visto como responsable (ni del éxito ni del fracaso) por su participación en la ejecución de la política criminal.

Menos participación aún ha tenido en el diseño de los grandes lineamientos que sobre política criminal ha fijado el Estado a través del Poder Legislativo, cuando ha definido qué acciones se considerarán delictuales y como se las investigará y juzgará. El organismo a nivel federal no tiene vedado, por ejemplo, presentar proyectos de leyes sobre la materia pero es una facultad que no ha sido ejercida.

Además, la fijación de políticas de persecución penal, que la mayoría de las leyes orgánicas pone en cabeza del procurador general de cada Estado, han devenido en acciones

desprovistas de coherencia y programación en la selección de las mismas. Como ejemplos de leyes orgánicas que contemplan tal facultad en la máxima autoridad del Ministerio Público pueden citarse: Santa Fe (art.16, inc.1); Chubut (art.16, inc.6); Córdoba (art.16, inc.6); provincia de Bs.As. (art.58); ley Nacional 24.946 (art.33, inc.e). En el extranjero, entre otras, Guatemala (art.11), Costa Rica (art.25) y Paraguay (art.50).

Existe obviamente una política criminal de Estado, sea provincial o nacional, como también hay política económica, social o educativa. Sin embargo, la formulación de tal política no es transparente ni racional y, el Ministerio Público, dentro de la administración de justicia penal, estructura su labor casi con exclusividad a los delitos de menor entidad y a los de delincuencia convencional donde, por otra parte, tampoco logra eficacia.

En Neuquén, entre los requerimientos más importantes de la ciudadanía en los últimos tiempos, y que debieran ser enfrentados por el Ministerio Público, encontramos la creciente tasa de delitos violentos y los de corrupción administrativa.

Aunque los registros oficiales son incompletos, necesariamente debe partirse de ellos. En forma arbitraria, asentaré algunos números proporcionados por la Dirección Nacional de Política Criminal, dependiente del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, respecto a la tipología y cantidad de delitos cometidos en la provincia de Neuquén entre los años 2.000 y 2.007.

Año	Homicidios dolosos	Homicidios culposos/tránsito	Integridad sexual	Delitos contra la propiedad	Hechos delictuosos
2.000	39	33	127	18.548	25.814
2.001	49	25	122	20.174	28.881
2.002	41	47	122	23.894	32.248
2.003	39	53	161	24.429	33.280
2.004	28	36	162	24.809	33.703
2.005	34	42	154	23.886	32.824
2.006	36	36	116	21.856	30.045
2.007	28	92	135	21.203	31.239

En el primer semestre del año 2.008 ya se había igualado la cantidad de homicidios dolosos cometidos durante todo el año anterior, descendiendo la cantidad de homicidios en accidentes de tránsito (69 durante el año). La situación en materia de delitos contra la

propiedad se mantuvo sin demasiadas variantes. Las cifras reseñadas muestran el grado de violencia existente en Neuquén y la necesidad de adoptar soluciones; siendo insoslayable trabajar en la prevención.

3.2. Segunda propuesta: Nuevo paradigma: El Ministerio Público debe comprometerse y realizar el diseño político criminal de la persecución penal de la provincia

Como se verá más adelante, se ha señalado que sería claro otorgar a los fiscales la función de ser “formuladores de la política criminal del estado”¹⁴¹. A fin de configurar en este capítulo la segunda propuesta normativa, corresponde precisar en principio qué se entiende por política criminal y también explicar las razones por las cuales entiendo compatible la función que asigno al Ministerio Público (realizar el diseño político criminal de la persecución penal de la provincia) con nuestro orden constitucional nacional.

A pesar que el término “política criminal” se emplea desde el siglo XVIII en varios sentidos¹⁴² puede decirse que es una parte de la política social general del Estado (nacional o provincial) y generalmente se puede distinguir un doble aspecto de ella: como una disciplina que estudia la reacción que provocan las acciones delictuales y (lo que constituiría el segundo y más importante en mi visión) como una estrategia con que se enfrenta la comisión de delitos, elaborada a partir de datos objetivos surgidos de una adecuada y rigurosa observación. Dicha estrategia es llevada adelante, como se verá, por varias entidades e incluso en ciertas ocasiones pueden participar cuerpos sociales no necesariamente vinculados al Estado.

Binder realiza una didáctica exposición hasta llegar a la política criminal y la descentralización que caracteriza su desarrollo considerando disposiciones constitucionales¹⁴³. Sostiene que no existe sociedad sin política porque no existe sociedad sin poder y sin intereses comunes y contrapuestos. Entonces, la política regula el fenómeno básico del consenso o

¹⁴¹ RUSCONI, Maximiliano: “Luces y sombras en la relación política criminal- Ministerio Público”, (en: revista *Pena y Estado* Nro.2), p.165.

¹⁴² Zaffaroni Eugenio, citado por LETNER, Gustavo en: “*Lineamientos para una política criminal del siglo XXI*”. (Unidos Por la Justicia, Konrad- Adenauer -Stiftung, abril 2.006), p.15.

¹⁴³ BINDER, Alberto. “*Introducción al Derecho Procesal Penal*”. Segunda edición, actualizada y ampliada, quinta impresión. (Editorial Ad-Hoc, 2.009), pp. 41-52.

disenso social. La política en ciertas ocasiones utiliza la fuerza y cuando ésa fuerza o violencia es ejercida desde el Estado y se vincula con aplicar penas se llama coerción penal. Para él, las normas penales y el derecho procesal penal son corresponsables de la configuración de la política criminal, en tanto son ejes estructuradores del llamado sistema penal o sistema de justicia penal (el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal). A continuación define a la política criminal como “el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal y forma parte del conjunto de la actividad política de una sociedad”.¹⁴⁴

El desarrollo de la política criminal, de acuerdo a lo que se prevé en nuestra Constitución Nacional, está distribuido en muchas entidades, entre ellas el Ministerio Público, a quien le corresponde el diseño político criminal de la persecución penal. Según Zaffaroni la función de la Política Criminal no se limita al legislador, pues el juez también toma decisiones políticas y, por ende, el dogmático no puede quedar al margen de estas valoraciones. Según su postura, la política criminal es resultado de la interdisciplinariedad del derecho penal con la ciencia política y en especial con la ingeniería institucional.¹⁴⁵

La descentralización del ejercicio de la coerción penal dispuesta en nuestra Constitución Nacional reconoce, según Binder, cuatro sujetos básicos: el pueblo (o sea el conjunto de habitantes de nuestro país), los municipios (organización política básica de los ciudadanos, art.5, CN), los Estados provinciales (art.121 y ss., CN) y el Estado nacional¹⁴⁶; siendo este último quien ostenta el poder de establecer un código penal que regirá en todo el país (art.75, inc.12, CN) y el de juzgar los delitos allí contemplados sólo en determinados casos o materias o cuando se cometan en determinados lugares (competencia federal por la materia o el territorio). En tanto que los Estados provinciales tienen poder para organizar la justicia penal en su territorio y tal organización judicial tendrá competencia para juzgar todos los delitos cometidos en su territorio y que no sean de competencia federal (art.75, inc.12 CN). Cabe agregar aquí a las contravenciones, dado que también sobre ellas se aplica coerción. En el caso de la provincia del Neuquén, son los jueces municipales quienes juzgan las contravenciones.

Existen entonces, según el diseño constitucional, dos órdenes diferentes de juzgamiento en las causas penales: el de los Estados provinciales, “según las cosas o las

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.45.

¹⁴⁵ LETNER, Gustavo. Op. cit. p.15-16.

¹⁴⁶ BINDER, Alberto, Op. cit. p 79.

personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones” y el restante del Estado nacional, que serían las causas sobre puntos regidos por la constitución o las leyes de la nación (con la reserva del art.75, inc.12, CN) y en los casos específicos previstos en el art.116 de la Constitución Nacional. Finalmente, Binder concluye señalando que el principio general de distribución del poder es que los Estados provinciales conservan “todo el poder no delegado por esta Constitución al Estado federal” (art.121, CN), por lo que el principio en nuestra materia es que el ejercicio de la coerción penal (y el juzgamiento de las causas criminales que es parte de tal ejercicio) corresponde a los Estados provinciales salvo que se haya delegado a la Nación.¹⁴⁷

Por todo lo dicho en este punto la política criminal, como conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social enfrenta al fenómeno criminal, presenta muchos actores tomando parte de dicho desarrollo, entre los cuales obviamente cuento al Ministerio Público con la función específica asignada. Hay variada temática que puede ejemplificar sobre la multiplicidad de actores que intervienen en el desarrollo de la política criminal. Por citar solamente un tema de mucha actualidad y muy sensible, también en nuestra provincia: la trata de personas. La política criminal referida a esa materia incluye al legislador nacional que ha sancionado la conducta como delictual, al provincial (que regula el funcionamiento de los locales en que pueden registrarse la actividad prohibida), a los jueces provinciales y nacionales (sabido es que generalmente se cometen delitos que registran ambas competencias), el Poder Ejecutivo provincial por intermedio de la policía, el municipal por la labor de sus inspectores, la fiscalía provincial, la fiscalía federal, etc., son múltiples los actores.¹⁴⁸

¹⁴⁷ *Ibidem*. pp. 94-95.

¹⁴⁸ LETNER, G. considerando la realidad bonaerense, ejemplifica echando mano a la legislación existente sobre la actividad de los desarmaderos, en “*Lineamientos para una política criminal del siglo XXI*”. (Unidos por la justicia- Konrad- Adenauer –Stiftung, 2.006), p.17.

3.3. Escollos a superar

La verdadera dimensión en el logro de un Ministerio Público eficiente y eficaz guarda estrecha relación con cambiar el modelo de organismo “controlador de la legalidad” por otro que se comprometa seriamente con la porción que le corresponde en el desarrollo de la política criminal de la provincia.

Aunque por supuesto los escollos a superar por la institución son muchos, entiendo que los principales son: a) La dificultad derivada del “respeto a la legalidad” previsto en la Constitución Nacional; b) La falta de conocimiento sobre la verdadera criminalidad; c) El alto porcentaje de ineficiencia e ineficacia en la investigación de los hechos delictuales, con elevados niveles de impunidad. d) La confusión existente entre política criminal y seguridad ciudadana y la fragmentada participación de las agrupaciones sociales (comisiones vecinales, iglesias, clubes de barrios, etc.) en planes que contribuyan a impedir que la marginalidad, la pobreza o el desamparo sean caldo de cultivo para la violencia o el delito.

a) Valla constitucional: el Ministerio Público y la legalidad. La compartida opinión de Maximiliano Rusconi.

Este obstáculo tiene que ver con las funciones que le son asignadas y que tienen origen en la Constitución Nacional misma y en leyes orgánicas. Sobre el tema, Maximiliano Rusconi realiza una aseveración contundente: el Ministerio Público no tiene identidad porque no se logran coincidencias en cuanto a las funciones que debe desempeñar. Esta búsqueda de identidad avanza nítidamente, si se define al Ministerio Público como el organismo que tiene a su cargo, a través de su tarea en la investigación penal preparatoria, formular la política criminal del Estado. Ello permite designarle funciones propias y características y, al mismo tiempo, evita asignarle otras que corresponden a todo funcionario estatal -respeto a la legalidad- relación que ha desdibujado su identidad institucional¹⁴⁹. Al respecto expresa Goransky que la atribución constitucional al Ministerio Público de “actuar en defensa de la legalidad” deviene de considerar como tarea del organismo la de “velar por el cumplimiento de las leyes y las reglas de procedimiento”.¹⁵⁰

¹⁴⁹ RUSCONI, Maximiliano. Op. cit. pp. 153-170.

¹⁵⁰ GORANSKY, Mirna. Op. cit. p.30.

En este sentido, que el Ministerio Público sea custodio de la legalidad, establecido en el artículo 120 de la Constitución Nacional y en las leyes orgánicas del Ministerio Público, es tildado por Rusconi como una distorsión o “sombra” que trae como consecuencia la carencia de precisión y de identidad en el papel del cuerpo de fiscales. Este autor formula algunos interrogantes: si una de las funciones del Ministerio Público es ser “ángel de la guarda” de la legalidad, entonces, significa que los fiscales son auditores del respeto a la ley de los jueces?; y, entonces: quién controla a los fiscales?, quién audita a su vez su respeto a la ley?; o es que significa que fiscales y jueces se turnan en el mutuo control?; quién tiene la última palabra o la expresión más funcionalmente jerarquizada de dicho control de legalidad? Y, si ninguno tiene la última palabra....por qué los jueces tienen un status tan especial desde el punto de vista constitucional?; y si los jueces tienen la última palabra, por qué esa función es la que caracteriza al papel de los fiscales como “custodios” de la ley?¹⁵¹. Personalmente coincido con esta crítica. En realidad, el Ministerio Público ha visto transcurrir el tiempo cumpliendo funciones secundarias, realizando dictámenes de control de legalidad sobre la tarea del juez (en realidad de la policía) en la investigación, no incidiendo tampoco en la etapa de juicio debido al llamado “peso del expediente” y a las facultades del tribunal de juicio. En fin, se le deben asignar al Ministerio Público funciones distintas al “control de legalidad” (aunque obviamente lo comprenda).

b) Falta de conocimiento sobre la realidad criminal

En relación al déficit de conocimiento de la criminalidad, el sistema penal actúa efectivamente en un número minoritario de casos y las cifras que entregan las autoridades no sirven para describir la realidad en la criminalidad de la provincia, aunque necesariamente deba partirse de ellas. Entonces, el inconveniente surge de no conocerse (ni siquiera en forma aproximada) la verdadera cifra negra de hechos delictuales.

Ninguna estrategia funcionará si no hay un conocimiento cabal de la realidad sobre la que se aplicará. Sobre la importancia de la información, se ha escrito: “... la necesidad de contar con más y mejor información es un proceso inexorable hoy en día. Cada vez más, y por diversas vías, se les exige a las instituciones poder justificar -a partir de información verificable- las decisiones que adopta. Es muy dificultoso obtener recursos adicionales si no

¹⁵¹ RUSCONI, Maximiliano. Op. cit. pp.153-170.

se está en condiciones de justificar que los restantes se están invirtiendo correctamente y que a los nuevos se les va a dar un destino provechoso. Es muy difícil responder a la crítica pública sin información y sólo con declaraciones. Es muy difícil mejorar el funcionamiento interno de la institución, sin saber dónde están sus principales problemas. En fin, es muy difícil premiar a los buenos funcionarios y sancionar a los negligentes sin tener un sistema que permita reconocerlos. Para todo ello se requiere información y parecieran ser todos temas de absoluta actualidad en el funcionamiento de nuestros poderes judiciales. Pretender basar las decisiones en meras intuiciones, experiencias personales o en un conocimiento particular y privado de la realidad, hoy no parece posible, desde el momento que la mayoría de esas mismas decisiones -se quiera o no- están siendo crecientemente objeto de escrutinio público y de que la única forma de salvar ese juicio es dando razones que puedan ser entendidas y compartidas por el resto de la comunidad. Nada de eso puede conseguirse sin información...”¹⁵².

Deberá adoptarse un sistema de procesamiento de la información que permita medir el real estado de la criminalidad, en cuanto a los delitos denunciados en la provincia. La cifra negra, solo podrá ser estimada a través de eficaces trabajos de campo, de estudios que deriven de tareas de victimización, mediante la realización de encuestas que permitirán conocer aproximadamente el número de delitos que no se denuncian y la forma en que a veces se resuelven.

El Ministerio Público deberá recabar datos sobre la tipología de delitos que se cometen según los distintos lugares y la cantidad. Este análisis necesita ineludiblemente del aporte de criminólogos y de estadísticos, debiendo participar también personal de la Agencia de investigaciones del organismo. Los datos obtenidos deberían ser puestos en conocimiento también de los demás poderes del Estado.

El Ministerio Público debe crear redes informáticas de intercambio de información con otros organismos estatales, pertenezcan o no al Poder Judicial, sean nacionales o provinciales. Hay una fuerte dispersión de los datos relevantes que pueden ordenar la labor investigativa y actualmente hay muchísima información (de registros públicos y privados: secretaría electoral, del automotor, de empresas de telefonía, de armas, de cooperativas prestadoras de servicios, etc.) de la que a veces no se dispone por trabas burocráticas y menos aún se encuentra sistematizada. En síntesis, se torna indispensable la celeridad para acceder a

¹⁵²Binder Alberto, Riego Cristian y Vargas Juan, en la Revista Sistemas Judiciales Nro.6, citados por MENDAÑA, R. en *Informe sobre relevamiento de la Fiscalía de Esquel, Principales problemas detectados*, Convenio Procuración general del Chubut. (Inecip, 2.006), p.34.

los registros existentes y disponibilidad de fuentes propias con información sistematizada, lo cual deberá complementarse con adecuados bancos de datos continentales de información específica para la labor investigativa (huellas dactilares, restos biológicos).

c) La ineficacia y la ineficiencia del Ministerio Público

La cuestión de la ineficacia y la ineficiencia en la investigación y la persecución de los delitos es fácilmente advertible. No es adecuado interpretar que nuestra sociedad se debate entre el “garantismo” y el reclamo de “mano dura”. La sociedad critica la ineficacia, principalmente porque provoca impunidad, y también reacciona negativamente cuando hay abuso policial. La sociedad desea ver en funcionamiento mecanismos eficientes de gestión de la conflictividad que no sean abusivos. Y eso no se está resolviendo con la urgencia que el tema merece. La justicia, el Ministerio Público, la policía, no están recibiendo el mensaje de que es urgente resolver los problemas de ineficacia que hay en la gestión de nuestros conflictos sociales, en especial los urbanos. Los graves sucesos que involucraron a la rionegrina ciudad de San Carlos de Bariloche en junio de 2.010 son genuina expresión de lo expuesto: a un aparente caso típico de “gatillo fácil”, que ocasionó el homicidio de un menor, siguieron manifestaciones que dejaron dos muertes más, hubo otra expresión popular contra el accionar policial y luego se organizaron marchas por parte de la población pidiendo seguridad y apoyando a los uniformados¹⁵³. Como se verá, este reproche surge también del último informe sobre seguridad ciudadana efectuado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Corresponde entonces precisar los términos. La literatura mayoritaria señala que la eficiencia se refiere a la relación coste/beneficio de los procesos internos de cada organización. Es la relación entre recursos empleados y resultados obtenidos, de manera que habrá eficiencia cuando exista una correspondencia óptima entre insumos y productos. Por ejemplo, se aumentará la eficiencia si con el mismo gasto se consiguen más productos que en un momento anterior. En cambio, la eficacia se refiere al grado en que la organización procesa insumos para obtener productos que responden a las demandas y expectativas de los clientes o

¹⁵³ La gravedad de estos hechos tuvieron extensa cobertura de la prensa provincial y nacional, pudiendo acreditarse ello ingresando a www.diariorionegro.com.ar a partir del 17 de junio de 2.010.

actores críticos de su entorno y, consiguientemente, las satisface. Desde este punto de vista, la eficiencia estaría en el dominio de lo interno de la organización y la eficacia está en relación con las demandas externas. A partir de estos conceptos, resulta obvio que se pueden alcanzar objetivos de manera eficiente pero estos pueden ser inútiles o, en otras palabras, se pueden prestar servicios eficientemente pero desvinculados de la demanda, con lo que se habrá efectuado de una manera ineficaz. En el caso de la administración pública, uno de los errores más frecuentes es considerar a la eficiencia como el único elemento para mejorar el servicio, cuando solamente el abordaje conjunto de la eficacia y la eficiencia pueden lograr la mejora de la calidad en, por ejemplo, el trabajo que presta el Ministerio Público.¹⁵⁴

En el papel desempeñado por el Ministerio Público hay ineficacia e ineficiencia en la investigación de los delitos convencionales (hacia donde se dirigen la mayoría de los recursos de la investigación) y en aquellos que son más lesivos a la sociedad: los de corrupción administrativa, los llamados delitos de cuello blanco y los de criminalidad organizada. También hay una ausencia casi absoluta en materia de delitos ambientales.

El Ministerio Público no ha aportado nada para revertir el estado mayoritario de impunidad que deviene, como única conclusión, al analizarse las estadísticas oficiales y la opinión de la ciudadanía. Simplemente ha ido tras la agenda marcada por los jueces de instrucción (en realidad, de la agenda policial).

La crisis de la justicia penal es palpada por la sociedad en la medida que, el ciudadano común, advierte sin mucho esfuerzo la impunidad, principalmente en los delitos no convencionales; por ejemplo, en cuanto a la evasión impositiva, sobre todo con los grandes contribuyentes. Esto último ocurre en el fuero federal pero también en la provincia del Neuquén el panorama es desalentador.

En la primera circunscripción judicial, la más numerosa e importante de la provincia, es muy difícil encontrar en los últimos cuatro años algún requerimiento de elevación a juicio en materia de delitos contra la administración pública, en particular aquellos que tienen contenido o implicancia patrimonial. Igual en materia de delitos complejos. Nadie podría decir que la razón de ello es que tales delitos no se cometen.

La insatisfacción también alcanza a los delitos denominados convencionales. Por ejemplo, tomando los delitos más comunes dentro de los que lesionan la propiedad, esto es,

¹⁵⁴ GORANSKY, Mirna. “*Hacia un Ministerio Público eficiente y eficaz*”. Ponencia presentada en el “I Congreso Federal de Justicia Penal” organizado por Pensamiento Penal durante los días 2, 3 y 4 de mayo de 2.007 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, p.3.

hurtos y robos; las estadísticas oficiales muestran que sobre el total de casos denunciados se identifica a los autores en un diez por ciento o menos. Y, aunque huelga repetirlo, a esto debemos sumar la cifra negra. Suele destacarse que en materia de causas con detenidos, y en comparación con otras regiones del país, Neuquén es ejemplo en cuanto al espacio temporal existente entre la detención y la fecha de realización del juicio. Puede decirse que, en promedio, las personas privadas de libertad llegan al plenario al cabo de cuatro meses desde la comisión del hecho, es decir, se cumple el plazo establecido en el código de procedimientos. Sin duda que el dato es destacable aunque no puede soslayarse que, en el fondo, se trata de inocentes privados de libertad. Pero la cuestión es mucho más compleja y existen otros aspectos que inclinan la balanza hacia el debe al momento de calificar sobre la eficacia y la eficiencia en la prestación del servicio. Si la justicia penal de instrucción, y ya me refiero solamente a los expedientes con autores identificados, trabaja sobre poco menos de la mitad de los casos (los restantes son archivados, reservados o sobreseídos), quiere decir que muchos denunciados (la mayoría víctimas) han quedado sin la respuesta estatal a su problema. Esto también potencia el descreimiento ciudadano en la justicia.

Tal vez se traten (por ejemplo, los archivados, reservados o sobreseídos) de casos que fueron innecesariamente judicializados y que desde el vamos debían haber sido solucionados mediante otras vías, quizás con la intervención de otras áreas estatales distintas del Poder Judicial. Ello ha sido denunciado por la Federación Argentina de la Magistratura y la Función Judicial (FAM) en la histórica jornada del 27 de mayo de 2.009, día en que sincronizadamente y al unísono por espacio de quince minutos, muchísimos jueces, funcionarios, fiscales, defensores y secretarios de todo el país, salieron de sus despachos y, públicamente, propusieron al resto de los poderes debatir sobre justicia y seguridad. A grandes rasgos, los puntos de propuesta (no protesta ni reclamo) eran: prioritariamente, bajar el índice de conflictividad para lo cual es necesario un mayor apego a la ley y concretar en la realidad la justicia simplificada, la mediación extra judicial, la priorización de los casos más graves, la mayor celeridad en la resolución de los casos penales y la creación de un fondo nacional estructural para la agilización y expansión de la reforma judicial y de planes adecuados de seguridad en las provincias, que le permitan desarrollar con mayor impacto las medidas en curso, las que se propusieron y las que pudieran surgir, con finalidades específicas y medición de resultados¹⁵⁵. Todo esto vuelve a desnudar el ya mencionado problema: la

¹⁵⁵(online, consultado el 28 de mayo de 2.009) www.fam.org.ar

alarmante falta de coordinación entre los poderes del Estado para resolver los problemas de la gente. El Ministerio Público Fiscal debe buscar incesantemente concretar esa coordinación desde el papel que institucionalmente está llamado a cumplir. Ello en modo alguno significa perder la independencia.

d) La política criminal y la seguridad ciudadana

En ciertas ocasiones se confunde la política criminal con la seguridad ciudadana. Se instala en la sociedad, a veces con mala fe, que no hay seguridad ciudadana y las causas del aumento de delitos se encuentran en las leyes, las cuales deberían ser “más rigurosas”. Sobre ello, sostiene Cafferata Nores, debe de inicio aclararse que las leyes no operan sobre las causas sino sobre los efectos. Las causas están en la sociedad y hacia allí hay que mirar, fijarse si desde el Estado se está tratando bien a la sociedad y si se acierta con la política exterior (para no dar cabida a terroristas internacionales), con la política de fiscalización de la administración pública (para no facilitar casos permanentes de corrupción), con las políticas impositivas que neutralicen la evasión fiscal pero, sobre todo, ver que la política pública asegure a la gente su inclusión en los beneficios sociales y no la lleve a la exclusión social.¹⁵⁶

En nuestro país, tanto a nivel provincial como nacional, las autoridades gubernamentales suelen poner el acento en el crecimiento macro económico pero, a la par, se mantienen los problemas en una importante parte de la población en situación de desocupación y pobreza, lo cual difícilmente sea solucionado con políticas sociales sectoriales del Estado. Esto se encuentra directamente relacionado con la seguridad ciudadana. El Estado (nacional o provincial) reduce presupuesto en áreas esenciales, como salud y educación, e incrementa otras vinculadas con la criminalidad (construcción de cárceles, por ejemplo, y otras erogaciones relativas a la seguridad y al funcionamiento de la justicia penal) pero que deberían ser destinadas a una adecuada política de prevención, lo cual terminaría incluso reduciendo los actuales costos económicos (y sociales) del delito.

Según la Organización del Trabajo, 800 millones de personas de todo el mundo carecen de empleo o poseen uno precario llamado “informal”. Esto afecta, según Elmar

¹⁵⁶ CAFFERATA NORES, José I. “*Cuestiones actuales sobre el proceso penal*”. (Editores Del Puerto, 1.998), p.272.

Altvater, a un total de 3.200 millones de personas, la mitad de la humanidad, encontrándose ésta al margen del sistema capitalista formal de acumulación¹⁵⁷. Precisamente, Altvater ha investigado con rigurosidad y profundidad la informalidad que se registra en el trabajo, el dinero y lo político, cómo se interrelacionan los tres aspectos y cómo bajo el engañoso rótulo de la globalización se dificulta toda posibilidad de un análisis exhaustivo¹⁵⁸. Sobre lo advertido por Elbert, los autores señalan que "...como consecuencia de la globalización, desregulación y privatización, muchos ámbitos de la soberanía estatal se transfieren a actores privados de la economía. Los bienes públicos son privatizados y, en tanto bienes privados, deben generar un beneficio para los proveedores. Los usuarios deben adquirirlos en el mercado; ya no están disponibles como oferta pública. Esto es válido incluso para esos bienes públicos que desempeñan un papel destacado y fundamental, como la seguridad pública..."¹⁵⁹.

Una investigación en 2.007 reveló que en Estados Unidos, única superpotencia y motor de la economía mundial, la pobreza extrema afecta a casi 16 millones de personas y creció a un ritmo comparable con los países del tercer mundo, extendiendo la brecha social como nunca en los últimos 32 años¹⁶⁰. No se requiere demasiada sagacidad para aventurar que, cuatro o cinco años más tarde y en medio de una economía globalizada, la situación actual es más grave todavía.

En relación a nuestro país, piensa Gregorio Kaminsky que, teniendo en cuenta la desigualdad social existente, el nivel de violencia que se vive es poco. Afirma que la seguridad va más allá de ser una problemática social y cultural. En relación a la provincia bonaerense dice "...el joven sale a robar un coche porque su madre le pidió 200 pesos y lo hace porque los desarmaderos le dan 200 pesos por el coche. Uno puede seguir el análisis para demostrar que además de social y cultural el problema es objetivamente económico. Por caso, si se cerraran los desarmaderos, los taxistas tendrían que pagar más del doble por un capot o

¹⁵⁷ Diario "Clarín", 25-09-2.005, citado por ELBERT, Carlos en "*Hacia una nueva política criminal*"(online, consultado el 22-9-2.006). www.eldial.com/publicador/doctrina/doctrina.asp?archivo=DC9A2.html&pie

¹⁵⁸ ALTVATER, Elmar; BIRGIT Mahnkopf. "*La globalización de la inseguridad. Trabajo en negro, dinero sucio y política informal*". (Editorial Paidós, 2.008).

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 263.

¹⁶⁰ US, Census Bureau, Mc Clatchy.(online) Igualmente el autor aclara que no es lo mismo ser "pobre" en EE.UU o en los países ricos de Europa que en una nación del tercer mundo. (consultado el 11/03/07) www.diariorionegro.com.ar

por una puerta, y no podrían hacerlo. Si le damos una vuelta veremos que hay robos porque hay desarmaderos, y eso abarata el precio del repuesto...”.¹⁶¹

En Argentina, según encuestas oficiales de marzo de 2.007, dos de cada tres argentinos estaban preocupados por la “seguridad”, lo cual hace un 66.7% de la población. El segundo de los temas que más preocupan al argentino, según la misma fuente, es la desocupación (39.4 %). Esto se acrecentó más aún en los años 2.008, 2.009, 2.010 y 2.011. A partir de aquí puede aseverarse que la seguridad ciudadana es una cuestión a tener muy en cuenta cuando se formula una política criminal.

Para Kaminsky, hace más de diez años que la cuestión de la seguridad precede en la opinión pública a temas como salud, empleo y vivienda¹⁶². Por otro lado, en un informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se resalta que los países de la región presentan hoy algunos de los índices de criminalidad más altos del mundo, resultando los jóvenes el grupo más afectado como víctimas y victimarios. Tanto es así que por primera vez en décadas en los países de América Latina la delincuencia ha desplazado al desempleo como la principal preocupación para la población.¹⁶³

Se ha definido a la seguridad ciudadana como “el conjunto de sistemas de protección de la vida y de los bienes del ciudadano, que dependen de las condiciones sociales, políticas e institucionales que garantizan el adecuado y normal desempeño de las instituciones públicas y organismos del Estado, el funcionamiento de la sociedad y la convivencia pacífica”¹⁶⁴. Oviedo agrega que la doctrina de la seguridad ciudadana se funda en el moderno Estado de Derecho y la vigencia del orden democrático. En ella, la seguridad ciudadana no es superior a la libertad, la justicia y la igualdad de los ciudadanos.

En el plano normativo, por ejemplo en el marco del “Sistema de seguridad ciudadana” de la república del Perú, se la define como “la acción que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, destinada a la convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y a la utilización pacífica de las vías y espacios públicos y también contribuir a la prevención de la comisión de delitos y faltas”.¹⁶⁵

¹⁶¹ (online, consultado el 28-02-2.011) www.lamananadelneuquen.com.ar

¹⁶² (online, consultado el 19-07-10), p.15. www.diariorionegro.com.ar

¹⁶³ LOZADA, Martín, “Seguridad ciudadana, democracia y legalidad”. (online, consultado el 02-06-10), p.20. www.diariorionegro.com.ar

¹⁶⁴ Tudela Patricio, citado por Enrique OVIEDO en: “*Democracia y seguridad ciudadana en Chile*”. (online, consultado en octubre 2.010), p.337. <http://168.96.200.17/ar/libros/violencia.oviedo.pdf>

¹⁶⁵ Art.2, ley 27933. (online, consultado en octubre 2.010) www.miniter.gob.pe/article

Un concepto más restringido de “seguridad ciudadana” sería “el sentimiento de confianza de la población de no verse expuesta a hechos de violencia física...a la razonable expectativa de preservar y conservar los valores más estimables, tales como la vida, la libertad personal, la integridad corporal, la libertad sexual”¹⁶⁶. De lo último, puede extraerse que hay dos aspectos a considerar como contenido del concepto. Por un lado, el aspecto objetivo de la seguridad ciudadana: la probabilidad real de que una persona sufra un hecho de violencia y; por el otro, una dimensión subjetiva de la seguridad ciudadana: la percepción individual o social acerca de la posibilidad de ser objeto de dicha violencia.

El investigador sobre el tema “inseguridad”, Gabriel Kessler, sostiene que las dos dimensiones son inseparables, dado que la inseguridad tiene siempre una parte de demanda insatisfecha dirigida al Estado sobre lo que se considera un umbral de riesgos aceptables, y eso necesariamente es subjetivo aunque no lo hace menos real. Agrega que en Argentina (y en América Latina) la relación entre la percepción de inseguridad y el delito efectivo es aproximadamente el doble. Cada punto de delito en un territorio tiene un efecto de multiplicación en cuanto a la inquietud que genera en sus habitantes. Lo denomina presión ecológica. La preocupación por el tema aumenta un poco después que aumenta el delito. Y aun cuando el delito baje tal preocupación se mantiene estable. Refiriéndose a la situación en algunos países de la región, Kessler expresa que por ejemplo Santiago de Chile registra tasas de homicidio enormemente más bajas que Bogotá, pero en la última ciudad mencionada se tiene la percepción de que la situación mejoró y el temor descendió. La explicación de esta paradoja la encuentra en que en Santiago de Chile (y también en Buenos Aires y Montevideo) hay una idea mítica de que en el pasado no había delito y ello fundamenta que, con tasas más bajas de delitos que en otras ciudades, la preocupación por el contrario es muy alta.¹⁶⁷

Admitiendo, de todas maneras la seguridad ciudadana como un problema en la Argentina y en los demás países de la región, corresponde describir ahora cuál ha sido la política criminal que se ha implementado para enfrentar el problema.

Elbert afirma que el cambio más notable en materia de política criminal ha sido el abandono del monopolio estatal de la violencia, debido a que la privatización de servicios esenciales hizo del control de la seguridad, un servicio costoso, que debe adquirirse en el

¹⁶⁶ Mera Jorge, citado por Mauricio DUCE en “*Políticas públicas, libertad provisional y seguridad ciudadana en Chile*”. (online, consultado el 18-1-2.007), pp. 1-18. www.derechopenal.com.ar/archivos.php?op

¹⁶⁷ “La relación entre percepción de inseguridad y delito efectivo es el doble”, entrevista en diario www.pagina12.com.ar del 23-08-2.010.

mercado. Afirma que al ser reducida la proporción de ciudadanos con buen poder adquisitivo, dos tercios de los habitantes de los países latinoamericanos quedaron librados a su suerte.¹⁶⁸

Se puede decir que ante el problema de la seguridad, la tentación de los gobiernos y de gran parte de la ciudadanía, es acudir al sistema represivo. Analizando la cuestión en pleno año 2.010, Eugenio Raúl Zaffaroni piensa que además de la criminología académica existe otra que él denomina “criminología mediática”, la cual tiene una base de causalidad mágica pero que es muy importante porque es lo que determina el comportamiento cotidiano de la gente y de los políticos y para esta criminología “la seguridad” es estar seguros de que “no me van a matar en un robo”. A tal criminología atribuye la cultura del enemigo y el pánico moral en nuestro país actual. Según este eximio penalista y criminólogo la cuestión de la seguridad no es investigada. No se invierte en investigar. Han politizado el discurso y todo el mundo se maneja con esa criminología mediática. Así mismo, expresa que muchos políticos progresistas no se dan cuenta de que el riesgo de esta criminología mediática es el hecho de tener una característica extorsiva. Afirma que la solución técnica existe pero no en los tiempos políticos. En consecuencia, y como no hay políticas de Estado, a nadie le importa lo que va a ocurrir dentro de seis años porque no va a estar, dicen: “neutralizo este acoso cediendo algo” y allí llegan leyes disparatadas con lo cual empeoran todo.¹⁶⁹

En Chile, existe consenso en que una de las principales respuestas pasa por restringir los sistemas que permiten a procesados y condenados obtener la libertad o cumplir su condena en un régimen de libertad.¹⁷⁰

También nuestro país sabe de esto obviamente, por cuanto el conocido “fenómeno Blumberg” trajo aparejado reformas al Código Penal, en algunos casos de muy discutida constitucionalidad. Así, se modificó el régimen de libertad condicional (art.14, CP, impidiendo la libertad condicional a reincidentes y a condenados por delitos de los arts.80, inc.7, 124, 142 bis penúltimo párrafo, 165 y 170, penúltimo párrafo) y el sistema de punición del concurso de delitos (leyes 25.892 y 25.928). Sostiene Jorge De La Rúa que fue una legislación dictada sobre el tambor de guerra de Blumberg con soldaditos legisladores que

¹⁶⁸ ELBERT, Carlos. “Hacia una nueva política...”.

¹⁶⁹ ZAFFARONI, Raúl. “En Argentina hay un grado de seguridad jurídica aceptable”. (online) Entrevista, (consultado el 24-08-2.010) www.sur.elargentino.com/notas

¹⁷⁰ DUCE, Mauricio. “*Políticas públicas, libertad provisional y seguridad ciudadana en Chile*”. (online, consultado el día 18-01-2.007) p.1. www.derechopenal.com.ar/archivos.php?

ágilmente sancionaban las normas¹⁷¹. No fue un plan realista ni con consensos previos entre las provincias y la nación, los legisladores se vieron coaccionados a votar cualquier cosa para salir del atolladero, contemplados severamente por Blumberg, quien, cronómetro en mano, criticaba a los lentos y a los tibios como si los diputados fuesen sus mandatarios privados.¹⁷²

A pesar de ello y tal cual era sabido de antemano, tampoco se solucionó el problema. Entre muchos rechazos puede destacarse el de Daniel Erbetta: “la política criminal y de seguridad de un país no puede ser el resultado de reacciones emocionales o espasmódicas. Todos compartimos el dolor de tantos hermanos golpeados por estos repugnantes crímenes, queremos el juicio y castigo de los culpables pero no podemos caer en la trampa que ha dominado esta cuestión. Estas políticas no pueden diseñarse por televisión. Se dirá que los políticos no saben enfrentar el problema pero sería una grave irresponsabilidad caer en el fácil expediente de atender cualquier reclamo sólo para tranquilizar a la gente haciéndole creer que el Estado se ocupa de sus problemas. No se trata de decir lo que la gente quiere escuchar. Cien mil o un millón de firmas no pueden neutralizar la necesidad de advertir sobre las falsas recetas. Porque no es la primera vez que frente al aumento de los delitos y el impacto de algunos crímenes aberrantes se postule como correlato la necesidad de incrementar la violencia, de aumentar las penas, reducir el límite de edad para los menores, conceder más facultades policiales, etc. Viejas recetas de probado fracaso”¹⁷³. La seguridad ciudadana es un tema complejo, pero es simplificar la cuestión identificar el problema con lo referente a la agresión delictiva a sectores con capacidad de consumo, cuando solo el tránsito automotor provoca más muertes anuales que toda la delincuencia homicida y que varias enfermedades graves en su conjunto.¹⁷⁴

Las leyes sancionadas por el Estado, a partir de Blumberg, están preconcebidas en la idea de que las causas de la inseguridad se motivan exclusivamente en las acciones personales de los autores. Además de esto, podemos agregar que la teoría estrella devenida de la libertad de mercados, la globalización, ha traído consigo al “hombre global”, definido por el criminólogo precitado como aquél que ya no es ciudadano sino que sólo tiene relevancia mediante su poder adquisitivo, su capacidad de consumo y, eventualmente, su protagonismo

¹⁷¹ DE LA RUA, Jorge. “Cuestiones de Política Criminal en la legislación penal”. (en: “*Reforma Penal y Política Criminal. La codificación en el estado de derecho*” AA.VV. Editorial Ediar. Edición 2.007). p.197.

¹⁷² ELBERT, C. Op. cit.p.3.

¹⁷³ Citado por Andrés J. D’ALESSIO, “La política criminal en Argentina. Entre la razón y el miedo”. (en: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Editorial Lexis Nexis, agosto 2.004), p.6.

¹⁷⁴ ELBERT, C. Op. cit. p.6.

público. Como es de suponerse aparecen nuevas formas de criminalidad puesto que aparecen otras oportunidades para delinquir. La libre competencia, la nueva industrialización exportadora, el narcotráfico, el tráfico de armas, delitos económicos cometidos a partir de la economía legal, el aumento en la corrupción administrativa, etc, además de castigar sobre todo al que menos tiene, se ha convertido también en una especie de “inseguridad globalizada” y sobre lo cual se observa una gran ausencia de políticas estatales.

Las políticas criminales fundadas únicamente en la “huida del legislador hacia el derecho penal”, como lo llama Bustos Ramírez, conoce finalmente como único resultado visible la explosión carcelaria que, como es sabido, no soluciona el problema de la seguridad ni tampoco cumple con la idea de “resocializar” al condenado o procesado. Al respecto Maier agrega: “...si alguna vez estuvieron en algún zoológico, los animales tienen más espacio que las personas en la cárcel...” y “...la cárcel es el comienzo de una carrera criminal, guste o no guste. Lo mejor es poder irse...”.¹⁷⁵

En general, el alejamiento de políticas criminales razonables en nuestros países se relaciona, en gran proporción, con el acudimiento a fórmulas de endurecimiento normativo y a medidas restrictivas que son importadas desde Estados Unidos; tómese, por, ejemplo, la imposición de penas por cientos de años. También la llamada política de “tolerancia cero” del alcalde de Nueva York Rudolph Giuliani (1.994), es considerada por algunos como una solución autoritaria y represiva, sin embargo quienes la defienden sostienen que el concepto principal es más bien de prevención y promoción de condiciones sociales de seguridad. No se trataría de “linchar” al delincuente ni de incentivar la prepotencia policial por cuanto, respecto a los abusos de la autoridad, también debe aplicarse la “tolerancia cero”. O sea, se trataría no de aplicar “tolerancia cero” sobre la persona que delinque sino hacer valer tal “tolerancia cero” frente al delito mismo. Todo tendría origen en crear comunidades limpias, ordenadas, respetuosas de la ley y de los códigos básicos de la convivencia social humana. Desde el punto de vista criminológico, los defensores de esta posición expresan que es equivocado atribuir a la pobreza las causas del delito y que, por el contrario, se ha probado que las acciones delictuales son mayores donde el descuido, la suciedad, el desorden y el maltrato son mayores.

¹⁷⁵ MAIER, Julio. “Hay que operar una reducción fuerte del Código Penal”. Entrevista en: “La voz judicial”. (en: *Revista del Colegio de Magistrados, Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, octubre 2.009), p. 24.

El jurista chileno Miguel Soto Piñeiro, al ser consultado sobre la coincidencia de la dirigencia política en su país respecto a que la “mano dura” debe ser la respuesta en materia de seguridad ciudadana, respondió “...se hace referencia a la mano dura, a soluciones como “tres strike y out” que en su versión chilensis es “la tercera es la vencida”, una estrategia en política criminal que viene de Estados Unidos. Su nombre hace referencia al juego de béisbol. Si el bateador fracasa tres veces en batear la pelota, a la tercera vez sale eliminado. O sea, en materia penal, dos condenas anteriores y la tercera representan una condena a presidio perpetuo. Lo que se ha tratado de trasladar a Chile es el modelo político criminal anglosajón, lo cual en buena medida se ha logrado. Estados Unidos es el país del mundo que mayor cantidad de gente tiene presa per cápita, y Chile es el país de Latinoamérica que mayor cantidad de gente presa tiene per cápita. En los últimos cinco años se ha duplicado el volumen de población penal en nuestro país. Ahora, si se ha duplicado la población penal sin que se produzca una sensación de mayor seguridad, debe ser porque el duplicar los presos no consigue el efecto buscado...”.¹⁷⁶

En nuestro país, piensa De La Rúa, la mayoría de los operadores del sistema judicial (jueces, abogados, juristas, legisladores, etc.) carece de conocimientos serios, profundos y sistemáticos sobre política criminal, aunque todos hablen y opinen. En razón de ello no es posible encontrar entre nosotros un concepto único de política criminal. Según el penalista cordobés la raíz de por qué se ha cultivado tan poco en la materia debe buscarse en lo acontecido con posterioridad a la “batalla” librada contra el positivismo determinista de raíz italiana a cargo del reconocidísimo Sebastián Soler. Sencillamente porque, cuando la dogmática Soleriana triunfa tan categóricamente sobre el positivismo sociológico, se profundiza entre nosotros un camino de estudio dogmático, de estudio normativo, se estudia el sistema jurídico y se hace realmente porque Soler demostró cómo se lo necesitaba para enfrentar ese momento: inseguridad jurídica, condicionamiento científico del positivismo, falta de manejo sistemático de elementos estructurales de una teoría del delito, todo esto hacía que el derecho penal fuera poco estable. Esta línea dogmática siguió con los principales penalistas, sean positivistas jurídicos, como Núñez, normativistas, como Fontán Balestra o Frías Caballero, o finalistas. Es decir, a partir de allí todo fue dogmática pero con escaso desarrollo en criminología y política criminal. Respecto al tema, Soler creía que el derecho

¹⁷⁶ “La mano dura es populismo”. (online) (en: diario *La Nación*. 18/09/2.005) (consultado el 17-01-2.007) www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20050917/pags/20050917194807.ht

penal es lo que es, la ley. Y la política criminal lo que debe ser, no lo que es, con lo cual la política criminal sería el estudio de la mejora de la ley. Actualmente hay otras corrientes, De La Rúa adhiere a la de Zipf, consistente en afirmar que dogmática penal y política criminal están entrecruzadas no separadas, la política criminal alimenta a la dogmática y ésta, a su vez, orienta o acota a la política criminal¹⁷⁷. La relación de la política criminal con la dogmática ya era analizada incluso por Von Liszt cuando advertía que “el derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal”.¹⁷⁸

En este marco, el proyecto de ley propuesto, establece que se promoverá desde el Ministerio Público Fiscal la investigación en el campo de la política criminal de la provincia, se elaborarán estadísticas respecto de delitos, además de proponer a las autoridades administrativas medidas de prevención de los hechos punibles.

Sobre la cuestión de la seguridad en Argentina, expresa Kaminsky que aún no se sabe qué es (la seguridad) y de ahí que se esté investigando el tema. Cree que este desconocimiento conduce a que todavía no pueda formularse un plan nacional de seguridad. Desde su óptica, el llamado “Plan de seguridad democrática” liderado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es un documento muy valioso pero no es un plan de seguridad en sí mismo sino un llamado de atención sobre el vacío de los planes nacionales de seguridad. Así mismo, sostiene que las referencias al tema se hacen en base a una sensación o sentimiento de inseguridad y es una apreciación mas subjetiva que objetiva; siendo entonces bastante difícil decir si hay mayor o menor inseguridad ya que se trata de impresiones donde no hay valoraciones reales, teniendo mucho que ver en esto los medios y su inducción en la problemática.¹⁷⁹

La referencia de Kaminsky está dirigida al documento “Diez puntos de acuerdo por la Seguridad Democrática”, suscripto hacia finales del año 2.009 por distintos legisladores nacionales y provinciales, variadas ONGs, profesores y distintos actores del sistema penal, entre otros. El consenso abarcó cuestiones fundamentales referidas a la seguridad como: 1- el papel del Estado frente al problema del delito; 2- el engaño de la mano dura; 3- la responsabilidad del Estado; 4- una concepción integral de la seguridad; 5- gestión democrática de las instituciones de seguridad; 6- necesidad de desactivar las redes del delito

¹⁷⁷ DE LA RUA, Jorge. “Cuestiones de Política Criminal en la legislación penal” (en: “*Reforma Penal y Política Criminal. La codificación en el estado de derecho*”. AA.VV. Editorial Ediar, 2.007), pp.199/200.

¹⁷⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “*Introducción al Derecho Penal*”. (Editora Jurídica Cono Sur, 1.989), p.197.

¹⁷⁹ KAMINSKY, Gregorio. (online) Entrevista (consultado el 28/2/2.011) www.lamananadelneuquen.com.ar

para reducir la violencia; 7- gestión policial no violenta en el ámbito público; 8- sobre el papel de la justicia; 9- sobre el cumplimiento de las penas en un Estado de Derecho (se advierte que son cerca de sesenta mil las personas privadas de libertad) y 10- sobre la necesidad de arribar a un nuevo acuerdo para la seguridad en democracia. Como introito en la discusión de la cuestión se escribió que “...las respuestas estatales autoritarias e ineficientes frente al delito y la fuerte dosis de exclusión y violencia que domina el debate público y orienta muchas de las acciones del estado en la materia, exigen una discusión abierta y pluralista, capaz de alcanzar acuerdos básicos sobre políticas democráticas de seguridad que atiendan las legítimas demandas de la sociedad...”

Kaminsky sostiene que la seguridad merece una política pública de igual nivel que la educación y la salud pero que el Estado no se hace responsable de la problemática que acarrea la seguridad. Una muestra de ello es que la formación de los custodios de la seguridad la hacen ellos mismos y eso está mal.¹⁸⁰

Podemos decir que tampoco esa “inseguridad ciudadana” puede ser solucionada si se espera que el cambio provenga del Estado y de sus organizaciones oficiales. Es absolutamente insuficiente. Deben participar el Estado y sus tres poderes, pero también las comisiones vecinales, la iglesia, las asociaciones profesionales, el empresariado privado, las agrupaciones gremiales, los medios de comunicación, entre otros, dado que es un problema de todos. Sobre esto, se ha expresado en la Declaración de Viena que “...toda medida eficaz de prevención del delito y justicia penal requiere la participación como asociados y protagonistas, de los gobiernos, las instituciones nacionales, regionales, interregionales e internacionales, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, y los diversos sectores de la sociedad civil, incluidos los medios de información y el sector privado...”¹⁸¹

A su vez, en el punto 25 se dice : “...reconocemos que las amplias estrategias de prevención del delito en los planos nacional, regional y local deben abordar las causas profundas y los factores de riesgo relacionados con la delincuencia y la victimización mediante la adopción de políticas sociales, económicas, de salud, educacionales y judiciales. Encarecemos la elaboración de esas estrategias, conscientes del éxito demostrado de las iniciativas de prevención en numerosos estados y confiados en que la delincuencia puede reducirse aplicando y compartiendo la experiencia colectiva...”

¹⁸⁰ *Ibídem.*

¹⁸¹ Punto 13 de la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia frente a los retos del siglo XXI. En el X Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente.

En nuestro país se conocen algunas experiencias comunitarias y vecinales, pero las acciones de participación ciudadana se deben multiplicar a fin de mancomunar esfuerzos y evitar entre todos llegar a los extremos de violencia que se registran, por ejemplo, en México y Río de Janeiro. Kessler advierte que en América Latina hay un déficit de políticas innovadoras, una orfandad de pensamiento, de una reflexión de política de seguridad que sea acorde a un problema grave pero que también sea respetuosa de los derechos humanos y de la función de reintegración que tiene el estado. Por el contrario, señala que hay experiencias interesantes en Canadá o en algunos países escandinavos que se alejan de la cuestión punitiva y que resultan eficaces.¹⁸²

A nivel nacional puede mencionarse la implementación de la policía comunitaria en la ciudad de Mendoza en agosto del año 2.000, dependiendo su aplicación de la Municipalidad de Mendoza, dentro del marco normativo establecido por la ley provincial de seguridad pública de la provincia de Mendoza Nro.6.721. A partir de la creación de la policía comunitaria se establecieron contactos con sectores también municipales como deportes, cultura, salud, defensa civil y también con organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, con el fin de visualizar objetivos en común y establecer tareas que puedan llevarse a cabo en conjunto, ya sea en actividades cotidianas como de recreación-contención para los jóvenes, como así también asistencia en emergencias y catástrofes¹⁸³. Otra experiencia de participación comunitaria es la desarrollada en Córdoba, iniciativa de una ong (El Ágora) que contó con la colaboración de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, públicas y privadas, implicadas en el establecimiento de la paz y seguridad ciudadana. El proyecto comenzó en noviembre de 1.996 con el primer congreso sobre seguridad urbana “Hechos y propuestas en relación con la seguridad urbana”, dirigido a áreas representativas de la comunidad, vecinos y sus representantes, profesionales; mandos de la policía y de la policía de tráfico, artistas, periodistas, escritores y representantes del gobierno. A través del dialogo abierto y la mediación se obtuvieron como resultados la creación de mecanismos innovadores en barrios de Córdoba, con intercambios de métodos de trabajo que permiten tratar los problemas cotidianos que afectan a la seguridad urbana. Los objetivos trazados fueron reforzar el ejercicio de la ciudadanía; promover el intercambio de ideas; organizar foros de debate que contribuyan a disminuir la sensación de inseguridad; potenciar

¹⁸² KESSLER, Gabriel. “La relación entre percepción de inseguridad y delito efectivo es el doble”. Entrevista en: diario “Página 12” del 23-08-10).

¹⁸³ http://bel.unq.edu.ar/modules/bel/bel_see_exper.php?id=167&Op(p. 94) experiencia.

metodologías creativas dirigidas al desarrollo de alternativas en la resolución de los problemas y transformar la estructura, la administración y la actividad de la justicia y de las fuerzas policiales.¹⁸⁴

Cabe entonces enfatizar que, si la seguridad es un problema de todos, también lo es del Ministerio Público, organismo que hasta ahora ha eludido el tema, expresando sus componentes -en gran mayoría- que los problemas de la inseguridad son originados por un sistema que no está hecho por los fiscales, siendo éstos meros operadores. Ante el serio cuestionamiento por parte de la comunidad al Ministerio Público, en cuanto a la marcada insensibilidad frente a las demandas de la misma, se ha respondido invocando viejas nociones que hacen que su responsabilidad se limite a la resolución de los casos de acuerdo con la ley.¹⁸⁵

Igual respuesta exhiben los integrantes del Ministerio Público cuando se les requiere una rendición de cuentas. Argumentan que dicha responsabilidad no forma parte de sus funciones ni obligaciones. Sin embargo, surge claramente del contexto que el Ministerio Público no puede ni debe eludir su responsabilidad en materia de seguridad ciudadana.

En el mismo informe precitado, la CIDH señala que en los países de la región el Poder Judicial, **el Ministerio Público**, las fuerzas de seguridad y el sistema penitenciario no han desarrollado las aptitudes necesarias para responder eficazmente, mediante acciones de prevención y de represión legítimas, al crimen y la violencia. Además, la CIDH advierte sobre déficits en áreas de especial complejidad: la atención de las víctimas de la violencia y el delito, la privatización de los servicios de seguridad, la gobernabilidad de la seguridad ciudadana, la profesionalización y modernización de las fuerzas policiales y la intervención de las fuerzas armadas en tareas de seguridad ciudadana¹⁸⁶. Más explícito aún sobre el papel político criminal del Ministerio Público y la Policía es Alberto Binder en su última obra sobre la temática.¹⁸⁷

¹⁸⁴www.elagora.org.ar/site/seguridad.htm

¹⁸⁵ DUCE Mauricio; RIEGO Cristian. “Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina”. En el *Seminario Interamericano sobre modernización de la persecución penal en América Latina*. Mar del Plata, Buenos Aires, 2.005. (Publicación del Centro de justicia de las Américas -CEJA-,2.005). p.33.

¹⁸⁶ LOZADA, Martín. “*Seguridad ciudadana, democracia y legalidad*” (online, consultado el 02-06-2.012) www.diariorionegro.com.ar

¹⁸⁷ “...no hay una clara conciencia de la existencia de la política criminal y la vieja concepción de que es el “deber ser” del derecho penal ha contribuido a que muchos creen que en sus países ella no existe, por más que tengan frente a sus narices a decenas de miles de personas encarceladas. Es cierto que ninguna política tiene un control total de los sistemas que genera. La sola existencia de instituciones tan fuertes como la policía, los servicios penitenciarios y las fiscalías, cada una con sus propias reglas de actuación, hace que los naturales factores entrópicos de todo sistema se acentúen por desidias políticas de aislamiento institucional y

En Neuquén, principalmente en la ciudad capital, el tema “seguridad” también genera muchos temores en la población, aunque en realidad la situación es enormemente distinta a otros lugares poblados del país; sosteniendo recientemente el Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia (ILSED) que tal dimensionamiento ha sido importado del conurbano bonaerense y que los factores serían, entre otros, los siguientes: a) un incremento de hurtos y robos y de violencia en la conflictividad interpersonal desde la década del ‘90; b) la reconfiguración socio demográfica y urbanística de la ciudad de Neuquén y una consecuente sensación de vivir en “una ciudad distinta a la que solía ser hace unos años”, en cuanto el crecimiento poblacional se superpuso con costumbres y dinámicas de relación interpersonal propia de ciudades pequeñas o pueblos en los que hechos delictivos violentos se conservan como infrecuentes en la memoria colectiva; c) el consumo de información a través de medios televisivos nacionales que lucran con la inseguridad y la reproducción local de la línea editorial de los diarios porteños; d) el crecimiento del mercado de la seguridad privada; e) las angustias enraizadas en la incertidumbre sobre el futuro socio-económico y f) la legitimación y proliferación de espacios de vida y recreación en el encierro y la respectiva retroalimentación de los temores, del individualismo y de la cultura del enemigo¹⁸⁸. Este organismo critica la respuesta de los sucesivos gobiernos provinciales a esta demanda ciudadana. Así, se relata que se ha dejado de lado en el año 2.004 una línea reformista y modernizadora de la policía provincial, nacida a principios del año 2.002 con la colaboración de la Universidad de Barcelona, y que comprendía además la reforma integral del sistema de justicia penal y la propuesta de creación del servicio penitenciario provincial. Tal intento de reforma fue suplantado por un modelo de seguridad importado, costoso por los gastos realizados en armamento e infraestructura de monitoreo y comunicaciones pero sin visión estratégica en cuanto a formación en política criminal, y que por lo tanto desnudó la incapacidad institucional de conducción política del sistema de seguridad. La única política oficial visible que mostró el sistema fue la saturación de efectivos policiales en zonas visibles

descoordinación. En especial son factores de “desorden” el Ministerio Público y la policía. La “conciencia” político criminal de ambas instituciones es bastante débil, si es que se puede hablar de conciencia de las organizaciones. O, lo que es lo mismo, su “práctica” y su “memoria institucional” político criminal es endeble. Esto genera la idea de que el sistema penal navega al garete, lo que muchas veces es cierto, porque ninguna de las dos instituciones formula con claridad un programa político criminal que permita darle rumbo al sistema penal. De hecho debemos tomar nota que el Ministerio Público es una institución que apenas está apareciendo en América Latina, desde el punto de vista político criminal, y que las policías todavía están atadas a modelos antiguos y militarizados, totalmente inidóneos para el desarrollo de la moderna política criminal de un Estado democrático...” en “*Análisis Político Criminal*”. (Editorial Astrea, 2.011), pp.236-237.

¹⁸⁸ KOSOVSKY, Darío. “*El desgobierno de la seguridad en Neuquén*”. (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.pensamientopenal.com.ar/01092010/actualidad04.pdf

de demanda. La llamada “policialización” de la seguridad. Actualmente, al seguir faltando un liderazgo político criminal estratégico, el sistema policial desempeña en forma deficiente quehaceres ajenos a su función (como la custodia de personas privadas de libertad o la gestión de conflictos sociales) y que requieren saberes específicos, con una doble consecuencia: la desprofesionalización del personal y el desvío de la mirada de la criminalidad compleja regional. Sobre lo último, en Neuquén, seguirían haciendo pie sin demasiados obstáculos redes criminales regionales (con eslabones operativos en General Roca, Cipolletti y Bahía Blanca entre otras localidades cercanas) dedicadas a la compraventa y explotación de personas, al tráfico de drogas, al robo de vehículos y autopartes, al lavado de dinero con los correlativos fraudes a la administración pública y al tráfico de patrimonio cultural protegido.

De acuerdo a la mencionada descripción del ILSED, transcurrido el año 2011, la situación ameritaría que Neuquén aproveche las ventajas comparativas que ostenta respecto de muchas provincias para abordar este tipo de problemas. Trazando un panorama más que sombrío, sobre el final se escribe que hay una carencia de gestión política sobre seguridad, que la conducción de la totalidad del sistema está a cargo de la Jefatura de Policía, organismo que acumula atribuciones de control social, y complementado con la orientación de la política criminal del Ministerio Público y la falta de coordinación con el sistema de seguridad federal y con los de las provincias vecinas. Así, el poder político se desentiende de dar respuesta al reclamo tan candente de la inseguridad y los voceros de la opinión pública reciben respuestas fáciles y digeribles (criminalizar la pobreza) a problemas complejos.¹⁸⁹

El mismo documento sostiene que la situación en nuestra provincia es “manejable” en lo que hace a la dimensión “problemáticas delictivas” locales, el territorio acotado en que se desenvuelven, los niveles delictivos relativamente bajos que aún existen, los tiempos y los recursos con que se cuenta para atender el fenómeno. Resulta claro que para revertir este cuadro se necesita del aporte de toda la comunidad conforme lo recomienda la Declaración de Viena.

El Poder Ejecutivo debiera aportar la estructura de gobierno civil para el diseño e implementación de la política de seguridad. Pero como se sostuvo en el capítulo respectivo, es esencial un verdadero programa de prevención que permita ocuparse sobre las causas de los delitos y no sobre sus consecuencias, con la participación organizada de control social informal (escuelas, comisiones vecinales, iglesias, organizaciones no gubernamentales, etc.).

¹⁸⁹ *Ibidem*, p.4.

Desde el ILSED se han esbozado algunas claves para implementar políticas locales de prevención social del delito: se trata de programas municipales, con monitoreos, que persiguen promover la integración social de adolescentes y jóvenes inmersos en procesos de alta vulnerabilidad social, procurándose reducir su participación en acciones delictuales. Así, promueve la construcción de proyectos de vida que no impliquen prácticas violentas y/o delictivas; se promueve el conocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales; se incentiva la inclusión a grupos, organizaciones e instituciones que favorezcan a la integración social y a una mejor calidad de vida; a fortalecer las redes de apoyo; a favorecer el acceso a la justicia; a promover formas de resolución pacíficas de conflictos y se estimula la vinculación con y/o la continuidad en el sistema educativo formal.¹⁹⁰

En lo que respecta al Ministerio Público, deberá notarse la puesta al tanto del organismo sobre la existencia y marcha de aquellas experiencias más relevantes, conforme las particularidades de cada región de la provincia, por cuanto conocer y trabajar en lo posible sobre la prevención posibilitará realizar una política de persecución penal racional. Todo esto permitirá que el sistema realice un diagnóstico eficiente sobre la violencia y la inseguridad, con lo cual la respuesta estatal a la demanda será con seguridad también eficiente.

3.4. El problema de la corrupción administrativa. Rol del Ministerio Público.

La corrupción reconoce distintos abordajes, pero no hay yerro si afirmamos que se trata de un problema estructural, moral, de organización, que afecta modos de generación de riqueza, valores y que produce nefastas consecuencias -económicas pero también institucionales- en la ciudadanía toda; se trate de la administrativa o de la corrupción existente en todo lo vinculado al poder, en ámbitos públicos y privados (tan mezclados entre nosotros), en donde son comunes los sobornos, los cohechos, los tráficos de influencias y todas las figuras delictuales conocidas. Esto es un mal extendido en toda la región y en gran parte del mundo, aunque en Argentina alcanza niveles realmente preocupantes, lo cual torna necesario

¹⁹⁰ www.ilsed.com.ar (consultado en segunda quincena de enero de 2.012)

que el sistema judicial contribuya a resolver este tan importante problema de la corrupción de los funcionarios públicos y allegados al poder.

De acuerdo a guarismos proporcionados por Transparencia Internacional en diciembre de 2.009, al cabo de evaluaciones de expertos y de encuestas de opinión, Argentina se encuentra entre los países con más alto nivel de percepción de corrupción. Sobre un total de 180 países ocupa el lugar 106, en tanto que contando 31 países de América ostenta un indecoroso puesto 23, siendo superado en la región solamente por Bolivia, Nicaragua, Honduras, Ecuador, Paraguay, Venezuela y Haití. Nuestro país (con 2,9) se encuentra mucho más cerca de la situación de los países más corruptos (Somalia: 1,1; Afganistán: 1,3; Sudán: 1,4; Irak: 1,5; Uzbekistán: 1,7; Haití: 1,8) que de aquellas naciones catalogadas como menos corruptas por la misma fuente: Nueva Zelanda (9,4); Dinamarca (9,3); Suecia y Singapur (9,2) o Suiza (9). E inclusive lejos también de la media (Costa Rica: 5,3). Un año después, la misma fuente, pone en conocimiento público los datos de una encuesta denominada “Barómetro 2.010 de la corrupción mundial”, séptima del mismo tipo realizada desde el 2.003, de la cual surge que el 62 % de los argentinos cree que la corrupción empeoró en el país, en tanto el 8 % piensa que disminuyó y un 30 % evalúa que la cuestión sigue igual.¹⁹¹

Conocido el informe presentado por la misma ONG en diciembre de 2.011, aparecen como los países más corruptos Somalia, Corea del norte y Birmania, en tanto que los menos son Nueva Zelanda, Dinamarca y Finlandia. Sobre un total de 182 países, contando una puntuación del 0 al 10, los países latinoamericanos mejor posicionados son Chile (en el puesto 22, con 7,2 puntos) y Uruguay (en el puesto 25, con 7 puntos). Los peores clasificados de la región son Venezuela y Haití (en las ubicaciones 172 y 175 respectivamente), en tanto Argentina continúa desaprobada con 3 puntos sobre 10 y ocupa, junto a México, el puesto 100.¹⁹²

Alejandro Salas (director para las Américas de Transparencia Internacional), comentando la situación de Chile y Uruguay, señala que ambos países “neutralizan la percepción de que la corrupción es una cuestión cultural”, en tanto que comentando la situación de los países de América Latina que se encuentran en la posición extrema, expresa que resultan un campo “muy fértil” para la corrupción la presencia de un Poder Ejecutivo muy fuerte, que limita la autonomía de las otras instituciones, como ocurre cuando se cuenta con

¹⁹¹ www.transparencia.org.es (consultado en segunda quincena de enero de 2.012)

¹⁹² [Ibíd.](#)

un Poder Judicial que responde de manera fuerte a la “autoridad central” o a “autoridades electorales condicionadas por autoridades políticas”.¹⁹³

Los actos corruptos tienen lugar generalmente en épocas de crisis socioeconómica pero también se registran en períodos de prosperidad y son tolerados por los gobernados (todos sabemos lo arraigado del “roba pero hace”), son -las corruptas- prácticas sumamente dañinas pero asimiladas por la sociedad entera, la mayoría acepta la corrupción como algo que está, con lo que hay que convivir y que nada se puede hacer. Es más, mayoritariamente las personas piensan que “así somos” y “así funcionamos”.

Héctor Ciapuscio sostiene que la mayoría de la gente piensa con justicia que la corrupción es un fenómeno repudiable, pero pocos quizá estén enterados de que algunos escritores abogaron antes y otros lo hacen actualmente, para convencernos que desde la economía la corrupción no es algo enteramente negativo y, más aún, que puede considerársela como un hecho necesario y útil al progreso social¹⁹⁴. Ciapuscio recuerda a Bernard Mandeville (holandés del siglo XVIII) famoso entre los economistas por “la fábula de las abejas”, opúsculo que sintéticamente expresaba que una sociedad honesta es una sociedad estancada, mientras una corrupta es dinámica porque en ella hay una incesante circulación de bienes y de estatus. En los tiempos que corren, el sucesor de Mandeville sería Gaspard Koenig, quien a través de su libro “Las discretas virtudes de la corrupción” expresa que la corrupción es un fenómeno injustamente reprobado y del cual, sin embargo, somos más deudores que víctimas. Carga también contra los enemigos tradicionales de la corrupción tildándolos de gente que travisten el resentimiento propio con la exigencia de justicia y de verdad, un género cuyas pasiones se han adormecido y, sintiéndose inútiles a sus conciudadanos, toma venganza exhortándolos a practicar una virtud aburrida. Una vida moderada, intocada por la corrupción, para Koenig no procura respeto alguno porque no produce poder alguno. Al referirse a los gobiernos, y coincidiendo con Mandeville, señala que un poder no corrupto es uno vacío, formal, sin eficacia. Para que un gobernante pueda imponer la propia voluntad necesita abrirse a los otros, arreglar las diversas influencias, construir redes ofreciendo pequeños o grandes favores, cambiar una parte de sí mismo. Un poder honesto, transparente, atado a principios será débil por naturaleza¹⁹⁵. Sostiene además, que los grandes hombres históricos casi siempre

¹⁹³ www.espanol.rfi.fr/sociedad/2011 y www.zonafranca.mx/transparencia (consultados en segunda quincena de enero de 2012)

¹⁹⁴ Diario “*Río Negro*” 21-02-2011, p.17. (www.diariorionegro.com.ar)

¹⁹⁵ *Ibíd.*

son malos hombres, desde Séneca hasta Nixon y desde Pericles hasta Napoleón (autor del juicio “todo hombre tiene un precio, sólo hay que encontrar cual es”) la corrupción se ha paseado a sus anchas por la historia de los grandes personajes y ha ido, generalmente, de la mano del poder. Reconoce igualmente que la corrupción de los que gobiernan es algo mucho más perversa que la de los agentes privados de la sociedad, porque al deterioro de la ejemplaridad pública se agrega el hecho de que los fondos que manejan son de propiedad social.¹⁹⁶

Es innegable el silencio social frente a los casos de corrupción administrativa con contenido patrimonial, aunque generalmente la prensa mantiene el problema en el centro del escenario político. En síntesis, ante el fenómeno de la corrupción el ciudadano común en su gran mayoría adopta dos posturas, ambas con idéntico efecto: el mantenimiento de este verdadero flagelo y la impunidad. O se la calla aceptándola o al menos tolerándola, o bien se la justifica al mejor estilo del doctor “Pangloss” de aquella célebre novela (“Cándido”) que Voltaire escribiera refutando al filósofo Gottfried Leibniz, partidario de la teoría del mejor de los mundos posibles¹⁹⁷. Es decir, se justifica la corrupción tomándola como algo “natural” del mundo que nos toca vivir, el cual no es perfecto pero seguro es “el mejor posible”.

La situación descripta tiene lugar a pesar de previsiones constitucionales y legales que reprimen la corrupción. El convencional constituyente de 1.994 estableció en el art.36 de la Constitución reformada que “...atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”. Similar el art.9 de la constitución provincial (aunque sin el “que conlleve enriquecimiento”). También dice el art.36 de la carta magna nacional “El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”. Es decir, como señala Gelli, la reforma constitucional de 1.994 hizo visible en la Constitución uno de los problemas más graves de las democracias en general y de la Argentina en particular.¹⁹⁸

Bolivia, otro país latinoamericano con alto índice de corrupción, contempla en su Constitución del año 2.007 una cláusula que impone como deber de todos los bolivianos “denunciar y combatir todos los actos de corrupción” (art.108.8), la cual propondré agregar a la constitución de Neuquén, dada su pertinencia, atento la importancia que le atribuyo a la

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ FEINMANN, José Pablo. “*La filosofía y el barro de la historia*”. (Editorial Planeta, 2.008), p.76.

¹⁹⁸ GELLI, María. Op. cit., Tomo I, p.513.

falta de conciencia en general sobre el problema de la corrupción. La constitución del país del altiplano también declara la imprescriptibilidad de los fraudes económicos al Estado cometidos desde el ejercicio de la función pública y la no admisión del régimen de inmunidades (art.112), todas disposiciones mantenidas en la reforma constitucional del año 2.009.¹⁹⁹

En el plano normativo, nuestro país (por ley 24.759, B.O. del 17/01/97) aprobó lo dispuesto en la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada el 29 de marzo de 1.996 en Caracas, Venezuela, en el marco de la “Conferencia especializada sobre el proyecto de Convención Interamericana contra la Corrupción” realizada por la Organización de los estados americanos. Los estados parte se comprometen a combatir la corrupción en todas sus formas, realizando los esfuerzos que resulten necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas. En igual sentido, cumpliendo con la manda constitucional, el Congreso de la Nación sancionó la llamada ley de Ética Pública (25.188, B.O. 01/11/99), la cual prevé los deberes y pautas de comportamiento ético en la función pública; exige una declaración jurada anual de bienes e ingresos; dispone un régimen de incompatibilidades, estableciendo una prohibición absoluta de recepción de dádivas por parte de los funcionarios públicos.

También merece destacarse la sanción de la ley 25.246, creadora de la Unidad de Investigación Financiera (UIF), organismo público autárquico, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de capital importancia para el abordaje de los delitos de “lavado de dinero”, lo cual fuera requerido tanto por la Convención de Viena como por la recomendación del Grupo de Acción Financiera (GAFI), creado por el grupo de los siete países más industrializados del mundo (G7), desde donde se elaboraron propuestas de cooperación internacional para luchar contra el lavado de dinero. La referida ley fue recientemente actualizada con la modificación de la normativa referida a la prevención del encubrimiento y lavado de activos de origen delictivos y de financiación del terrorismo (ley 26.683, publicada el 21 de junio de 2.011).

Tampoco puede soslayarse la creación de la Oficina Anticorrupción (OA), en la órbita del mismo Ministerio, la cual por disposición de la ley 25.233 (B.O.14/12/99) elabora y coordina programas de lucha contra la corrupción en el sector público nacional, contando con competencia para requerir la colaboración de organismos públicos y privados en tareas de

¹⁹⁹ (online, consultado en segunda quincena de enero de 2.012) www.bolivialinda.com/support-files/boliv

investigación y de policía y fuerzas de seguridad; para disponer exámenes periciales y para ejercer directamente la acción penal. Esta última, sin perderse de vista que su pertenencia al Poder Ejecutivo socava su independencia a la hora de investigar a funcionarios importantes. Por último, pero en la órbita del Ministerio Público Fiscal se encuentra la fiscalía de investigaciones administrativas, cuyas facultades están establecidas en el art.45 de la ley orgánica de Ministerio Público: promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada y, de las empresas, sociedades y todo otro ente en que el estado tenga participación; efectuar investigaciones en instituciones o asociaciones que tengan como principal fuentes de recursos el aporte estatal y también denunciar ante la justicia los hechos que como consecuencia de las investigaciones practicadas sean considerados delitos.

Feinmann hace referencia a una frase que Marx²⁰⁰ pronunciara en 1.843: “hay que hacer la opresión real aún más opresiva, agregándole la conciencia de la opresión; hay que hacer la ignominia aún más ignominiosa, publicándola”. Sobre ello explica el filósofo argentino: “...una cosa es tener hambre y otra cosa es tener conciencia de que se tiene hambre. Una cosa es padecer la injusticia y otra cosa es tener conciencia de la injusticia que se padece. Ahí es cuando la razón y lo fáctico, la materialidad, se unen y se genera un hecho acaso transformador de esa realidad. No hay posibilidades de transformar ninguna realidad si no hemos tomado conciencia de ella y no hemos asumido que esa realidad no puede ser, debe cambiar”²⁰¹. Concatenando esto al problema de la corrupción, diremos entonces que la sociedad toda, el día que además de conocer la corrupción tome conciencia que ella, tal cual se expresa en el Preámbulo de la Convención Interamericana, socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como también contra el desarrollo integral de los pueblos; la prevendrá, la detectará, la denunciará, la sancionará y la erradicará. Sería, qué duda cabe, también una verdadera “revolución”. Claro que todo lo dicho vale (y mucho) para Neuquén.

En tanto lo último no ocurra, el Ministerio Público sí debe tomar conciencia de la magnitud del problema y realizar acciones tendientes a mejorar la situación. En principio, debe contribuir a hacer realidad la independencia del Poder Judicial ejerciendo las facultades con las que legal y constitucionalmente cuenta, ante cualquier interferencia del poder político

²⁰⁰ Según Feinmann en “Crítica de la Filosofía del derecho de Hegel”. En “*La filosofía y el barro de la historia*”. (Editorial Planeta, 2.008), p.76-77.

²⁰¹ FEINMANN, José Pablo. Op. cit., pp.76-77.

o del Tribunal Superior. Si la justicia es independiente, su acción es decisiva para luchar contra la corrupción pública. Luego, la fiscalía debe tratar de revertir la percepción actual de la ciudadanía sobre el papel del sistema judicial en la corrupción existente en las otras áreas del estado. Poco importa si externamente se piensa que la impunidad reinante ante la existencia de sobornos, enriquecimientos ilícitos y demás, tiene lugar porque desde la misma justicia se toma parte en esos actos corruptos o porque simplemente la conocida ineficacia judicial debe ser trasladada también a este tipo de ilícitos o porque no existe la independencia judicial. Da igual. Cualquiera de las tres respuestas llevan al mismo resultado: la ciudadanía no cree en la justicia (ni nacional ni provincial) y una de las razones es que en el común de la gente hay un extendido y justo sentimiento de que los poderosos gozan de privilegios que los hacen prácticamente intocables. Las estadísticas respaldan totalmente ese parecer generalizado. En Neuquén son escasísimas las investigaciones que se han desarrollado en los últimos cinco años en delitos de corrupción. Es decir, hay impunidad y cuando ello sucede la corrupción se reproduce.

Mi propuesta normativa intenta aportar herramientas al Ministerio Público para enfrentar con posibilidades de éxitos la persecución de los corruptos, a la vez que impulsaría una oportunidad para generar credibilidad en la sociedad. La nueva organización de la fiscalía le dará mayor capacidad y mejores métodos para investigar ese tipo de conductas.

No hay margen para dudar que las resoluciones más importantes de corrupción, son tomadas en el poder político y al más alto nivel. La legal discrecionalidad ostentada por un Gobernador o un Ministro con poder, conlleva tomar decisiones económicas en volúmenes de dinero a gran escala. Es evidente entonces, que es muy complicado para un fiscal acceder a la prueba de cargo. En su libro “La corrupción siempre es perversa”, Alejandro Rojo Vivot trae a colación una afirmación del ex- fiscal federal Luis Moreno Ocampo: “cuando ocurre un homicidio hay sangre, pistas y un cadáver, y el problema de la justicia es hallar el asesino. En un delito de corrupción todo es distinto: todos saben -el investigador, el juez y, sobre todo, la sociedad y los periodistas- quién es el responsable; el problema es demostrar que hubo un crimen, que se cometieron acciones ilegales”²⁰². Sería una hipocresía ocultar otro seguro obstáculo a enfrentar por el fiscal, cuyo vencimiento más que de aportes normativos dependerá de la convicción y actitud del funcionario: el poder del investigado. Con más razón si participa del gobierno al momento de desarrollarse la pesquisa. Son muchos los medios con

²⁰² ROJO VIVOT, Alejandro. “La corrupción siempre es perversa”. Entrevista. (en: *Diario Río Negro*, 17-04-09), p.23.

los que contará para tratar de impedir, obstaculizar o desacreditar la investigación. Pero igualmente los tendrá el gobernante que ya no está y resulta imputado en hechos de corrupción. En Neuquén suele creerse (y habría que estudiar sino en todos lados) que un Gobernador o un Ministro con peso dejan de tener poder luego de abandonar el gobierno. No es así. Los poderosos no dejan de serlo de un día para el otro, no es lo mismo perder el gobierno que perder el poder.

Durante los años 2.010 y 2.011 llegaron desde otras partes del mundo buenos y recientes ejemplos de lucha de la justicia contra la corrupción. Uno de los casos se registra en Pakistán, cuya Corte Suprema dejó sin efecto una ley de amnistía que dejaba impunes a funcionarios del gobierno del presidente Asif Ali Zardari, lo cual trajo aparejado que hasta los ministros del Interior y Defensa sean citados para declarar, dentro de una lista que supera los dos centenares de funcionarios paquistaníes que han sido incluidos en una lista de sospechosos a los que se ha prohibido salir del país²⁰³. En pleno enero de 2.012 el gobierno pakistaní mantiene un duro enfrentamiento con las autoridades judiciales en vista del pedido de reapertura de una investigación por lavado de dinero, contra el mismo presidente Zardari.²⁰⁴

Otro caso, tan inédito como importante, se registró en Francia, en un largo proceso que culminó el 15 de diciembre de 2.011 con la condena a Jacques Chirac (presidente galo, entre 1.995 y 2.007) a dos años de prisión por hechos cometidos en época en que ostentaba el cargo de Alcalde de París (década de 1.990, previo a acceder a la primera magistratura). La noticia que recorrió al mundo indica que los fiscales franceses se obstinaron en absolverlo y que el proceso se alongó debido a la inmunidad penal que jugaba a su favor. Los delitos por los cuales los jueces lo condenaron consistieron en desvíos de fondos públicos, adquisición ilícita de intereses y abuso de confianza. También fueron condenados siete de sus colaboradores, entre ellos el ex diputado Jean de Gaulle, nieto del general Charles De Gaulle.²⁰⁵

Quede claro también que cuando un funcionario público da “prioridad” al trámite de un particular y recibe a cambio dinero; o cuando se pagan importantes sumas en alquileres de inmuebles destinados al funcionamiento de la administración pública y tienen lugar los llamados “retornos”; o cuando dentro del área de la obra pública se resuelven licitaciones (o

²⁰³ www.rionegro.com.ar día 5-02-10.

²⁰⁴ www.lagaceta.com.ar/nota de 12-01-12.

²⁰⁵ www.proceso.com.mx del 23-12-2.011.

contrataciones directas) millonarias, sobrevaluadas, está participando el sector privado de la actividad de corrupción pero allí con seguridad nunca se encontrarán pruebas (salvo confesión de parte, como fue el caso de la electrónica alemana “Siemens”) y, la responsabilidad de las personas físicas o empresas ajenas a la administración, se determinará a través de la falta que se haya podido acreditar al funcionario involucrado.²⁰⁶

El fiscal tendrá acceso a información que le permitirá coleccionar datos para llegar con buenos resultados en su investigación. Todos los organismos dependientes del poder administrador deberán suministrarles datos a su requerimiento. Sobre todo los de control. Y estos cuerpos deberían también estar integrados por gente competente y con compromiso. De lo contrario la existencia de los mismos solamente denota una apariencia cuando en la realidad no aportan nada. El Ministerio Público deberá ordenar su agenda tendiente a conocer los resultados obtenidos por las autoridades que controlan las políticas públicas, con los cuales coordinará acciones tendientes a detectar per se los casos de corrupción.

Todo esto seguramente no terminará con la corrupción, para ello se necesitaría un compromiso serio del poder político no avizorado hoy, o que operara la mencionada “revolución” de la sociedad, pero a no dudar que permitirá castigar a varios corruptos y mejorar ostensiblemente la desdibujada imagen de la justicia actual, descreída e ineficiente; donde el uso de determinada tecnología como grabaciones y cámaras ocultas, utilizadas por investigaciones periodísticas o privadas e inducidas, son mucho más útiles a la hora de descubrir los actos de corrupción que las investigaciones judiciales.

De ahí que para el segmento propongo un agregado a la Constitución provincial del Neuquén, en la parte de los Principios, considerando las obligaciones de los ciudadanos en Bolivia.

²⁰⁶ Sobre la historia de “Siemens”, puede verse el completísimo libro de Hugo Alconada Mon, “*Las coimas del gigante alemán. La historia secreta de Siemens, los DNI y los gobiernos argentinos hasta los Kirchner*”. (Editorial Planeta, 2.011).

Capítulo IV

Cuestiones y presupuestos procesales fundamentales

4.1. La imparcialidad y la objetividad en la tarea del Ministerio Público

En primer lugar señalaré que no debe confundirse el principio de objetividad con el de imparcialidad. El último tiene rango constitucional pero está reservado estrictamente a la labor de los organismos jurisdiccionales. El sistema constitucional argentino (arts.18 y 75, inc.22, CN) establece sin reservas que la función de perseguir y acusar (facultad de la fiscalía) es diferente e independiente de la de juzgar y punir (a cumplir por la magistratura). Dentro del proceso penal, imparcialidad significa no asumir atribuciones acusatorias ni de persecución ni de defensa del imputado. La imparcialidad judicial no estuvo resguardada en las constituciones políticas ni en el derecho de los tratados hasta aproximadamente la mitad del siglo XX.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) estableció el 10 de diciembre de 1.948 que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), del mismo año dispuso que: “toda persona acusada de delito tiene derecho a ser

oída en forma imparcial y pública...” (art. XXVI, Segundo párrafo). No podría dejar de mencionarse el Convenio de Roma de 1.950, instrumento que estableció que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial...”. Esta Convención creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), organismo que se pronunció en los señeros casos “Piersack vs. Bélgica” (1.982) y “De Cubber vs. Bélgica” (1.984). También las llamadas Reglas de Mallorca (Palmas de Mallorca, 1.990/1.992) establecen que “los tribunales deberán ser imparciales. Las legislaciones nacionales establecerán las causas de abstención y recusación. Especialmente, no podrán formar parte del tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa...”.

El Ministerio Público Fiscal actuará con objetividad (al menos la buscará) pero será “parcial” porque defenderá primordialmente los intereses sociales y de la víctima. En la otra vereda se encontrará el abogado defensor quien siendo también “parcial” defenderá la posición de su cliente. Y en medio de ellos, imparcial, se encontrará el juez (de garantías, si es en etapa investigativa preparatoria y, de juicio, si se superó aquella) quien elevará a juicio, sobreseerá, condenará o absolverá, según la convicción que en él hubieran creado las pruebas de cargo o descargo producidas. Así funciona un verdadero sistema acusatorio, con jueces imparciales, sin magistrados supliendo la actividad de las partes, menos aún en el juicio.²⁰⁷

Lo dicho, empero, no significa que la fiscalía no merituará las probanzas que favorezcan al imputado. Según Claus Roxín²⁰⁸, el Ministerio Público no fue concebido en su función unilateral de persecución (como en el sistema angloamericano) sino como custodio de la ley (como se ve, cobra importancia también aquí lo señalado por Rusconi y tratado en el Capítulo III). Esto quiere decir cuidar que ninguno de los derechos procesales sea menoscabado. Hace mención el maestro alemán a un dictamen de Federico Carlos de Savigny de 1.846: “...el fiscal ocupa una posición que lo obliga tanto a la protección del acusado como actuar contra él...”. En definitiva, el fiscal preparará o sostendrá una acusación basado en las pruebas recogidas y se ajustará a ellas en sus requerimientos o conclusiones, sean favorables o contrarias al imputado y en modo alguno estará obligado a acusar o impugnar resoluciones absolutorias. No obstante lo dicho por Roxin, en Estados Unidos es un principio de la mayor importancia la obligación que tiene el fiscal de dar a conocer a la defensa la prueba que pueda

²⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. “*Derecho y Razón*”. Segunda edición. (Editorial Trotta, 1.997), p.581.

²⁰⁸ ROXÍN, Claus. “Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público”. (en: “*El Ministerio Público en el proceso penal*”. AA.VV. (Editorial Ad.-Hoc, 1.993). p.40.

atenuar o excluir la responsabilidad del acusado. Basta con trasladar tal información al representante del interés opuesto. Él se ocupará de valorar ese elemento y, de ese modo, determinará si su incorporación al procedimiento es conveniente. Se trata, además de una señal por el interés del imputado, que evita el ingreso autoritario al procedimiento de aquello que el Estado, sin consulta, considera favorable para el interés de su contraparte²⁰⁹. En el proyecto de ley orgánica propuesto, ocultar información a las partes significará para el fiscal haber incurrido en “falta grave”.

No obstante lo sostenido precedentemente, puede decirse que gran parte de los procesalistas más representativos del llamado sistema mixto, llegado a nuestro país a través de su instauración en Córdoba en 1.939, negaban al Ministerio Público Fiscal carácter de parte en el proceso. Era definido como un órgano requirente, como “un sujeto imparcial de la relación procesal”. Es el caso de Alfredo Vélez Mariconde, seguidor de la doctrina italiana, en particular de Vincenzo Manzini. Así puede verse que desde aquellos años trasunta cierta confusión terminológica respecto al uso que se da a los principios de “imparcialidad” y “objetividad”, utilizándose en algunos casos otro principio (el de legalidad) para afirmar que el Ministerio Público Fiscal debe ser “imparcial”. Tampoco faltan quienes, apoyados en el principio de legalidad, reclaman que el Ministerio Público Fiscal debe ser “objetivo” y no “imparcial”. También Ricardo Levene (h) y Jorge Clariá Olmedo sostenían que la fiscalía era un órgano que debía actuar con criterios de imparcialidad, aunque el primero le reconocía el papel de “parte”²¹⁰. Otro gran maestro italiano, Francesco Carnelutti, sostenía que el fiscal no era parte en sentido material aunque podría serlo en un sentido meramente formal o instrumental²¹¹. Por su parte Werner Goldschmidt mencionaba el deber de “imparcialidad” por parte del fiscal aunque agregaba que “hace falta más imparcialidad en el juez que en el fiscal”.²¹²

Personalmente, creo que Fleming sintetiza correctamente la relación Ministerio Público parte o no y Ministerio Público imparcial o no cuando señala “...toda la composición que retacea al acusador público su condición de parte, pivotea sobre un terreno en el que, a la

²⁰⁹ GORANSKY, Mirna. Op. cit., p.388.

²¹⁰ DI GIULIO, Gabriel Adrián. “La objetividad del Ministerio Público Fiscal”. (online) Ponencia al *VI Congreso Nacional de Derecho Penal Garantista*. Azul, 2.004, (consultado el 28-03-2.005), p.2.
www.eldial.com/suplementos/procesal/doctrina/pr050328-c.asp

²¹¹ GUZMÁN, Nicolás. “La objetividad del Fiscal (o el espíritu de autocrítica” (en: *Revista de Derecho Procesal Penal*, La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal-III”. Rubinzal Culzoni, 2.008-2). p.205.

²¹² BERTOLINO, Pedro J. “Un bosquejo del criterio objetivo en la actividad del Ministerio Público Fiscal”. (en: *Revista de derecho procesal penal. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal-II*. Editorial Rubinzal Culzoni, 2.008-1. Edición 2.008). p.48.

usanza del derecho procesal penal continental europeo, se concibe al fiscal como un órgano situado junto al juez, compartiendo con él la búsqueda de la verdad desde un punto de vista ecuánime. Si se pretende ir hacia un modelo acusatorio, de proyección profunda, tal concepción debe ser dejada de lado, pues la premisa fundamental es en este aspecto admitir la presencia de un proceso de partes, donde el fiscal se desplaza desde su sitio tradicional para ubicarse frente a la defensa, dando lugar a un juego de fuerzas que deja al juez en la auténtica posibilidad de ejercitar su facultad decisoria de manera imparcial. No puede en realidad hablarse de imparcialidad del fiscal, en tanto a esta condición se le asignen los contenidos que fueron ya mencionados para describirla como cualidad necesaria de los jueces...”²¹³. Como sintetizara una ponencia en el XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal: “...la imparcialidad debe regir la actividad del juez; mientras que la actividad de los integrantes del Ministerio Público Fiscal se debe regir por una actuación conforme al criterio objetivo con pleno respeto del principio de legalidad constitucional...”²¹⁴

Al respecto Di Giulio reafirma que aunque “objetividad” e “imparcialidad” se parezcan, no son lo mismo. La imparcialidad se relaciona con el juzgamiento e implica neutralidad previa a la resolución. Una vez que el juez debe pronunciarse analizando el caso debe inclinarse por alguna de las partes dejando de ser neutral para transformarse en “alterutal”²¹⁵. La objetividad, en cambio, no se reduce al juzgamiento y no se corresponde con la neutralidad sino con la realidad de los objetos o con la ausencia de ingredientes subjetivos que puedan alterar el acceso al objeto. La imparcialidad es una cualidad axiológica mientras que la objetividad es de carácter ontológico o a lo sumo gnoseológico²¹⁶. Por lo demás, sería imposible conciliar una supuesta “imparcialidad” del fiscal si, al mismo tiempo, le imponemos la carga de la prueba para acusar al imputado.

Las razones esgrimidas por Fleming han ocasionado que esta confusión a la que hago referencia se trasladara incluso al plano normativo cuando se definen los criterios de actuación del Ministerio Público, aunque la gran mayoría de los Estados latinoamericanos

²¹³ FLEMING, Abel; LÓPEZ VIÑALS Pablo. “*Garantías del imputado*”. (Editorial Rubinzal Culzoni, 2.008), p.569.

²¹⁴ GODOY B., María E. citada por ALMEYRA, Miguel A. “La imparcialidad judicial” (en: *Suplemento del XXII Congreso de derecho procesal*. Paraná, Entre Ríos, 2.003. Publicado por autoridades del Congreso en 2.003). p.23.

²¹⁵ Lo atribuye el autor a Adolfo Alvarado Velloso en DI GIULIO, Gabriel Hernán. “La objetividad del Ministerio Público Fiscal”. (online) Ponencia al *VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Penal Garantista*, Azul, 2.004. (Consultado el 28-03-2.005), p.3.
www.eldial.com/suplementos/procesal/doctrina/pr050328-c.asp

²¹⁶ *Ibidem*, p.3.

(como se vio en el Capítulo 2.1) hacen referencia a la objetividad y no a la imparcialidad a seguir por el organismo. En el caso de las provincias argentinas corresponde señalar que no hay un temperamento unívoco en ese sentido. Considerando que esta previsión (la del deber de objetividad en el Ministerio Público) está íntimamente ligada a la función que cumpliría en un régimen acusatorio prescindiré de comentarios sobre leyes orgánicas que guardan silencio sobre el particular (caso Salta o la ley nacional 24.946) o que prevén la objetividad como la de Río Negro (art.17.b) por cuanto el sistema procesal que opera es el mixto o inquisitivo reformado.

Respecto a los Estados provinciales que aplican regímenes acusatorios actualmente puede apuntarse que siguen mi propuesta en tal punto las leyes orgánicas de provincia de Buenos Aires (art.73), Chubut (art.1.b), Santa Fe (arts.3.1 y 12), Mendoza (art.3, inc.4) y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art.2). Las leyes orgánicas de Córdoba y Chaco (ambas en art.3) encargan actuar bajo los principios de “imparcialidad” al Ministerio Público. Tucumán, cuyo Ministerio Público está comprendido en la ley orgánica del Poder Judicial (Nro.6.238), sostiene el criterio “objetivo” para el organismo en el art. 92.2 pero inmediatamente (art.92.3) ordena al fiscal respetar el principio de “imparcialidad” entre otros. La Pampa, última de las provincias argentinas en aplicar, desde mediados de 2.011, el régimen acusatorio (aunque el Código databa del año 2.006, ley 2.287), contempla su Ministerio Público dentro de la ley de organización del Poder Judicial (Nro. 2.574) pero no hace referencia al tema. Catamarca (ley 5.097) seguidor del código procesal cordobés en cuanto a los lineamientos, establece en el art.70 la objetividad a seguir por el organismo, rigiéndose orgánicamente por la ley del Poder Judicial (Nro. 2.731) que en el art.44 regula sobre el Ministerio Público pero no contiene previsiones sobre lo estudiado. Entre Ríos, con un sistema procesal acusatorio que se aplica territorialmente en forma progresiva (ley 9.754), en el art.56 se refiere al criterio objetivo a guardar por el fiscal aunque la ley orgánica (ley 9.544) en el art.32 enumera entre los principios a respetar por la fiscalía el de “imparcialidad” en tanto la Constitución de la provincia (art.207) establece que el organismo actuará con objetividad e imparcialidad.

De todas maneras, una investigación nunca será absolutamente objetiva, de allí la precaución “se buscará” tal objetividad. Así, por cuanto el fiscal como todo investigador, o director de una investigación, no observará “toda la realidad” que lo rodea sino solo aquella que le interesa para confirmar o refutar la hipótesis de trabajo que se hubiera fijado una vez

conocido el hecho y planteado al inicio. Anota Bovino: "...cuando el fiscal estadounidense, en el curso de la investigación preparatoria para el juicio, encuentra prueba para eliminar o atenuar la responsabilidad del imputado, no tiene obligación de producir esta prueba en el juicio. Pero la jurisprudencia ha establecido que el fiscal debe notificar al defensor sobre la existencia de esta prueba, si no desea correr el riesgo de que la condena que pueda obtener sea anulada. La decisión jurisdiccional entiende, simplemente, que no puede esperarse una persecución "objetiva" por parte de quien es, precisamente, encargado de perseguir. En su lugar, se limita a enviar una señal clara a los fiscales; si en su actividad persecutoria ocultan prueba que puede servir a la defensa, la condena, si es obtenida, será revocada, porque el fiscal impidió que la otra parte presentara el caso del modo más conveniente para el interés de su cliente."²¹⁷

Todo esto resulta lógico si nos atenemos a las enseñanzas provenientes de la corriente relativista (Tomás Khun) que niega toda posibilidad de investigaciones completamente objetivas: siempre habrá incidencias de aspectos sociológicos, económicos, culturales y psicológicos²¹⁸. Esto nos conduce a otro gran problema del proceso penal: la llamada "verdad real" o "verdad material" que gobierna todos los comentarios doctrinarios y jurisprudenciales dentro del sistema mixto. Es sabido que el proceso acusatorio trabaja con otra idea de verdad: la llamada verdad judicial. Ferrajoli cita a Nietzsche sobre el particular. También lo hace Foucault cuando explica que el conocimiento al que llega el juez es el resultado de una confrontación, un efecto de superficie. Es como un resplandor, una luz que se irradia aún cuando sea el producto de mecanismos o realidades de naturaleza diversa, es allí cuando retoma al filósofo alemán graficando la situación como "una centella que brota del choque entre dos espadas" pero que no es del mismo hierro del que están hechas las espadas²¹⁹. En ese orden, la "verdad real" será una idea orientadora, que debe verse necesariamente reflejada en las sentencias condenatorias que afirman que un hecho existió y, al mismo tiempo, la "objetividad" de la investigación será una idea guía que debe verse reflejada en el modo de actuación del fiscal durante la realización de la pesquisa²²⁰. La verdad obtenida, en el lenguaje de Ferrajoli, será una verdad "judicial".

²¹⁷ Citado por GORANSKY, M. en: "Hacia un Ministerio Público eficaz, eficiente y democrático". (Editores Del Puerto, 2.008), p.388.

²¹⁸ GUZMÁN, N. Op. cit., p.213.

²¹⁹ FOUCAULT, Michel. "*La verdad y las formas jurídicas*". Quinta reimpresión (Editorial Gedisa, 1.998), p.22.

²²⁰ GUZMÁN, N. Op. cit. p.224.

En definitiva, el fiscal deberá ser objetivo y también respetará a ultranza los principios de buena fe, lealtad e igualdad de armas y el derecho de la defensa de aprovechar la actividad investigativa del estado. Se ha escrito que el fiscal debe actuar en forma desinteresada y que debe atenerse a la “realidad objetiva” para, llegado el caso, incluso no acusar.²²¹

Podemos ampliar citando a Leticia Lorenzo: “...el Ministerio Público se rige por el principio de objetividad, lo cual implica que no es acusador a rajatabla sino que debe asumir responsabilidad de esclarecer los hechos y, en caso que el imputado no sea responsable, cesar en su persecución. Sin embargo, esto no puede confundirse con la obligación de esquizofrenia de parte de la fiscalía: no podemos pretender que el fiscal cumpla la tarea de acusar y defender al interior del proceso. Consideramos que desde el momento en que la acusación solicita una medida cautelar, está tomando posición en el sentido de creer que la persona imputada ha cometido un delito y, por tanto, su tarea debe orientarse a recolectar elementos que sirvan para probar esa hipótesis, no a defender al imputado”.²²²

Finalmente, respecto al tema, no puede soslayarse que la Corte Suprema de Justicia Nacional ha receptado el principio de objetividad del fiscal. En autos “Quiroga Edgardo Oscar” (23/12/04), en el voto del Dr. Juan Carlos Maqueda se enseña que “...cabe tener en cuenta que a pesar de que el Ministerio Público Fiscal es una de las “partes” en la relación “triangular” en la estructura de nuestro sistema criminal, sus integrantes tienen el deber de actuar con objetividad, ello implica que deben procurar la verdad y ajustarse a las pruebas legítimas en sus requerimientos o conclusiones ya sean contrarias o favorables al imputado” (considerando 30, *fallos* 327:5863). También el Tribunal Oral Federal en lo Criminal Nro.1 de Córdoba: “...El Ministerio Público no resuelve, es una de las partes del proceso penal y por lo tanto no le es exigible la imparcialidad que solo deben ejercer necesariamente los jueces...” (Caso “Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/ privación de libertad, imposición de tormentos agravados y homicidio agravado”, resolución del 31/02/08). En estas actuaciones, el acusador público se excusó por entender afectada su “objetividad funcional”. La excusación fue rechazada por el tribunal, señalándose un “exceso de celo” en el funcionario, si bien destacando sus cualidades morales y jurídicas.²²³

²²¹ BERTOLINO, Pedro. Op. cit. pp.51-52.

²²² LORENZO, Leticia (y otro). “Manual de litigación penal en audiencias de la etapa preparatoria”. (online) Bolivia, 2.009. (consultado en octubre de 2.010), p.58. www.scribd.com/doc/57457983/manual-de-litigacion

²²³ BERTOLINO, Pedro. Op. cit. p.49.

4.2. El principio de oportunidad procesal. Herramienta fundamental para lograr el uso racional de los recursos estatales.

Como principio el Ministerio Público se encuentra impedido de dejar de investigar cuando tenga motivos para hacerlo o de acusar si existen pruebas de cargo o, de cualquier forma, favorecer la impunidad del delito. No obstante lo dicho, en el proyecto de ley orgánica propuesto, se contempla la facultad de aplicar algún principio de oportunidad reglado, esta posibilidad fue introducida en el flamante Código de Procedimiento Penal sancionado en diciembre de 2.011 (ley 2.784, publicada el 13/01/2.012), conforme lo han establecido prácticamente todas las provincias que han reformado últimamente tal normativa formal. Señalo que, en mi opinión, aunque muy respetable obviamente, es errónea la postura de quienes alegan la imposibilidad legisferante de las provincias y traen en apoyo la existencia del principio de legalidad (art.71 del Código Penal), razón por la cual -aducen- es potestad exclusiva del Congreso de la nación legislar sobre la cuestión (art.75, inciso 12, CN).

Tal como lo he explicitado en “El régimen del ejercicio de la acción penal en el centro de la polémica”²²⁴, cabe recordar que, de acuerdo a lo establecido por la Constitución Nacional, las provincias no han delegado en la nación su régimen de organización de justicia; “... Históricamente el poder federal se ha apoderado de la regulación central del ejercicio de la acción penal, debido a que siempre se la entendió como una parte del Código Penal (artículo 71 de ese cuerpo legal) cuyo dictado está entre las atribuciones que la Constitución Nacional ha preservado al Congreso de la Nación (prevista en el artículo 75 inciso 12)”. “Nunca se teorizó sobre la cuestión. Se aceptó como verdad absoluta que las provincias no tenían tal facultad en materia de regulación de la acción penal”.

Con mucho esfuerzo, revisando obras de los más destacados penalistas, con posterioridad al dictado del código penal de 1.922, encontramos escasas referencias al tema en Sebastián Soler, en su “Derecho Penal Argentino”, quien justifica que toda persecución penal debe ser legislación federal, concordando con la solución en 1.922. Fundaba su postura en que la nulidad (propio de las acciones) es la sanción más característica del derecho procesal. De ahí que, para él, era imposible realizar una escisión.”

²²⁴ TRINCHERI, Walter Richard. “*El régimen del ejercicio de la acción penal en el centro de la polémica*”. Doctorado Universidad de Mendoza, año 1.998, en el módulo “El nuevo derecho público provincial”. Aprobado en diciembre del año 2.000.

“Otro fino jurista, Raúl Eugenio Zaffaroni refutó a Soler y reconoció que no existen argumentos teóricos para que el Código Penal contemple el régimen de la acción, aunque por otras razones termina igualmente justificando que ello esté regulado en el Código Penal. Expresa Zaffaroni que el ejercicio de las acciones pertenece al Derecho Procesal y es uno de los capítulos más importantes. Sin embargo, entiende que de todas maneras debe justificarse que su regulación surja del artículo 71 del C.P. porque, de lo contrario, se violaría un principio constitucional muy importante: el de la igualdad ante la ley. Según el autor citado, el tratamiento distinto al régimen de la acción por parte de los Estados provinciales produciría una gran desigualdad entre los ciudadanos”.

“El argumento del destacado profesor cae a poco que se advierta, haciendo una rápida repasada por los códigos procesales de las provincias, que la desigualdad a la que él alude existe hoy de todas formas, si meritamos que un santafesino puede ser juzgado con un código inquisitivo puro, en tanto que muy cerca de allí (en la provincia de Buenos Aires, en la de Córdoba o en la de Tucumán) otro imputado, perseguido penalmente por la comisión de un mismo delito, será procesado bajo un sistema acusatorio”.

“Si bien el constituyente de 1.853 atribuyó al Congreso de la Nación la facultad de dictar el Código Penal (actual inciso 12 del artículo 75), algunos constituyentes advirtieron que la constitución de Filadelfia, fuente de la que abrevaron, dejaba en cada estado la facultad de dictar los códigos, atento el sistema federal que se adoptaba. Se impuso una postura contraria (la vigente en la Constitución Nacional hoy) que permite al Congreso de la Nación dictar los llamados códigos de fondo, entre ellos, el código penal. El fundamento era que si se permitía que cada provincia se dictara su propio código (como los estados en Norteamérica) devendrían consecuencias gravosas para el país. Ello por cuanto entendían que, debido al momento histórico que se vivía, Argentina necesitaba con premura un solo cuerpo legal que rigiera para todos sus habitantes. Igual pensamiento puede extraerse de las conclusiones a las que arribaba sobre la cuestión Domingo Faustino Sarmiento, quien no veía con agrado seguir en este punto a los americanos del norte porque, principalmente, muchas provincias se encontraban “despobladas” y otras eran “atrasadísimas”, lo cual impediría que cada provincia sancionara su código”.

“Además de lo expuesto, los antecedentes penales basales del dictado del Código Penal de 1.922 tampoco contemplaban el régimen del ejercicio de la acción. Carlos Tejedor, en su proyecto de 1.866 (como se ve cercano temporalmente a la carta magna) no introdujo el

régimen del ejercicio de la acción penal, lo cual era para él Ley de Forma. Esta apreciación fue realizada por Tejedor en su “Curso de Derecho Penal”, incluyendo dentro del capítulo “leyes de forma” todo el régimen de las acciones”.

“En el prólogo del código penal de 1.887 se explica que el articulado no cuenta con la regulación del ejercicio de las acciones penales, porque aquellas son relativas al procedimiento, son resorte de las autonomías locales. El proyecto de 1.881 tampoco contenía el ejercicio de las acciones penales. El primer ordenamiento de normas penales del país, la importantísima ley 49, tampoco contenía la regulación de las acciones”.

“No podemos soslayar en todo esto el peso del pensamiento de Rodolfo Rivarola (redactor de los proyectos de 1.891 y 1.906, que sirvieron para fundar el código penal que nos rige en la actualidad, en vigencia desde 1.922) en cuanto expresa su convencimiento consistente en que la nación afianzaría mejor la justicia que las provincias. Contrariado, señala que la reforma constitucional de 1.860 hizo ineludible el mantenimiento de las justicias provinciales, lo cual significó un atraso al ansiado progreso de la organización judicial”.

“Creía Rivarola que el afianzamiento de la justicia, prometido en el preámbulo de la constitución, requiere que toda la justicia sea nacional y desaparezca para siempre esta distinción, que se cree necesaria al sistema federal, de los múltiples órdenes de tribunales que impiden la justicia en lugar de realizarla. La inclinación hacia el sistema unitario por parte de Rivarola era enteramente compartido por otro importante jurista, José Matienzo (otro de los redactores del proyecto de 1.891). Matienzo desconfiaba de los poderes judiciales de provincia. Hasta tal punto era ello así que proponía una reforma constitucional que devolviera a los poderes nacionales las facultades quitadas con la reforma de 1.860”.

“El proyecto de 1.906 fue más allá todavía de lo propuesto en el proyecto de 1.891 (el primero en incluir en el Código Penal el régimen de la acción, según lo reconoce el mismo Rivarola). En 1.906 se realiza una modificación fundamental considerando el de 1.891: se cambia la palabra -del artículo 71- “pueden” por “deben” y la frase queda redactada “...deben iniciarse de oficio todas las acciones penales...” de donde viene toda la interpretación posterior hasta el día de hoy, es decir, que el régimen de la acción corresponde al poder federal porque forma parte del código penal”.

“Como se observa de la síntesis histórica realizada, las provincias fueron vedadas arbitrariamente de la facultad de regular el régimen de la acción penal, porque las razones de la regulación en el Código Penal desobedecieron el mandato del constituyente quien, en el

artículo 5, garantiza a las provincias la autonomía para administrar su justicia. Y regular el ejercicio de la acción penal es una cuestión netamente procesal que forma parte de las facultades que cada estado provincial tiene al diseñar su política criminal”.

“Sin duda que la consecuencia más perjudicial, devenida de considerarse el ejercicio de la acción penal como resorte del Congreso de la Nación, consiste en una suerte de reinado del llamado “principio de legalidad” (es decir, el funcionario a cargo de la promoción de la acción penal debe ejercitarla siempre). Esto impide que los Estados provinciales diseñen una política criminal adecuada, buscando la eficiencia en el servicio de justicia penal, debido a que la fiscalía se ve impedida de prescindir de la persecución de los hechos de menor importancia, para orientar la mayor cantidad de recursos en los delitos que más gravemente afectan a la sociedad, pues debe investigar “todo”. Como consecuencia lógica de ello, tenemos que no se investiga “todo”: se culmina realizando igualmente una selección, pero esta es arbitraria, discrecional, que -en la gran mayoría de los casos- aparece ante la sociedad con el ropaje de “extinción de la acción penal por prescripción”. Se trata de un disfraz “formal” que ha conducido (junto a otras motivaciones) a la justicia penal al desprestigio ante la sociedad”.

“Ahora bien, para lograr una persecución penal eficaz y una investigación adecuada de aquellos delitos que más afectan a la sociedad, el fiscal necesariamente tiene que contar con la facultad de disponer de la acción: es decir, deberá contar con la posibilidad de disponer del ejercicio de la acción pública, aplicar en definitiva el principio de oportunidad”.

“Ha quedado demostrado que, respetando a rajatabla el principio de legalidad, queda una inmensa cantidad de demandas de justicia sin resolver. Es imposible procesar todos los requerimientos, dilucidar todas las causas penales. Ante esto opera un mecanismo seleccionador, utilizándose los más diversos modos en esa selección, dependiendo en general de la discreción del funcionario de turno y sin atender ninguna política criminal razonable”.

“Por lo expuesto en el párrafo anterior, se impone aplicar el criterio de oportunidad en aquellos casos que lo aconsejen y que deben estar establecidos de antemano en la legislación procesal: principalmente aquellos casos de bagatela, o de desproporción entre la falta y el sufrimiento padecido por el imputado, o cuando hay renuncia de la víctima o composición de intereses entre las partes afectadas que tornen innecesaria la aplicación de la ley penal, dejada esta última como última ratio”.

“Como se observa de lo antedicho, la discusión sobre el régimen de la acción cobra importancia cuando se produce un gran cambio procesal penal que intenta dejar atrás el sistema inquisitivo, tomado éste como algo más que un simple modelo procesal, como una verdadera estructura del estado moderno con cultura jurídica inquisitiva (formalista, ritualista, medrosa, poco creativa, preocupada por el trámite y no por la solución del conflicto, memorista, acrítica). El cambio le da al Ministerio Público Fiscal un rol protagónico y aquél debe responder satisfactoriamente y, para ello, debe fijar una política de persecución penal sobre base de razones de política criminal que hagan, en definitiva, al logro de la mayor eficacia en la justicia penal”.

“Ha quedado claro que la previsión del tema en el artículo 71 del Código Penal es fruto de una fuerte centralización de facultades en el Estado nacional, propio de la época en que se produjo el dictado del código de 1.922, a pesar de surgir con nitidez que la naturaleza del ejercicio de la acción es formal o procesal”.

Así, la discusión sobre el régimen de la acción apareció hace poco más de una década con mucho vigor, atento la gran tendencia a dejar atrás el sistema inquisitivo como forma de modelo procesal penal. Abandonar el sistema inquisitivo para pasar a uno con características acusatorias (Portugal, Alemania, Italia y en nuestro país Córdoba, Buenos Aires, Tucumán, La Pampa, Chubut, Mendoza, Catamarca, Chaco, Ciudad Autónoma y Santa Fe, aunque no sea tal el orden cronológico) impone necesariamente modificar el régimen de la acción penal. En primer lugar, aparecen las nuevas funciones del Ministerio Público. El fiscal será el único encargado de instar la acción penal, con lo cual se suprime el principal rasgo del procedimiento inquisitivo: el juez de instrucción que investigaba, pero también juzgaba y defendía (obviamente, en este aspecto también debe considerarse el espacio ganado por la víctima en los últimos años en cuanto a sus facultades en el proceso).

El profesor Alberto Binder es quien ha realizado un profundo análisis del espinoso tema de la acción, principalmente desde el punto de vista de la política criminal. Sostiene este autor que la eficacia del cumplimiento de la legislación común (entre ella el Código Penal) es resorte de los estados provinciales, nunca del poder federal. Piensa que tanto Carrara como Chiovenda sostenían que era impropio hablar de acción penal pública ya que ella le corresponde exclusivamente a la víctima que es titular del derecho a la tutela judicial.²²⁵

²²⁵ BINDER, Alberto. “El régimen de la acción penal como derecho público provincial” (en: *Revista del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal*, San Martín de los Andes, año 1.999), pp.12-13.

Precisamente, en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1.999 llevado a cabo en San Martín de los Andes, tuvo lugar el recordado debate Binder-Maier sobre el régimen de la acción²²⁶. El Dr. Maier se mantuvo en la ocasión fiel a lo que escribiera en la exposición de motivos del Código Procesal Penal de Chubut (ley 4.566 del 9 de diciembre de 1.999), en la cual también negaba que la provincia pudiera legislar sobre la conciliación por ejemplo, sostenía que el régimen del ejercicio y la extinción de las acciones penales se encuentra regulado en el Código Penal y que "...la competencia legislativa del Congreso de la Nación no parece discutible..."²²⁷. Dicho sea de paso, el mencionado Código redactado por el Dr. Maier (ley 4.566), obviamente acusatorio pero con características únicas (por ejemplo, el art. 1º ya regulaba el juicio penal), fue reemplazado en el año 2.006 sin haber sido aplicado y, el código nuevo (ley 24, ex 5.478), prevé el criterio de oportunidad.

Luego de aquél encuentro científico de 1.999 pueden rescatarse el trabajo de Ricardo Mendaña en línea con el pensamiento de Binder²²⁸. Idéntica posición la de Fernando Zvilling²²⁹. Igualmente, Abel Fleming y Pablo López Viñals coinciden con tal postura²³⁰. También considera inconstitucional el artículo 71 del Código Penal Oscar Pandolfi, quien aborda en un interesante y recomendable estudio la cuestión de los criterios de oportunidad, suspensión de juicio a prueba y juicio por jurados.²³¹

El procesalista santafesino Jorge Vázquez Rossi (mucho antes de comenzada la polémica de fin de siglo que comentamos) dejaba abierta en su interpretación la posibilidad de establecer el principio de oportunidad en los códigos procesales, cuando diferencia que el "...deben iniciarse de oficio... (art.71 del Código Penal)" no significa que "en todos los casos"

²²⁶ LEDESMA, Angela E. "Proceso de reforma procesal penal y judicial. Momentos y ejes rectores", (en: *Revista de derecho procesal penal .El proceso penal adversarial*. Tomo II. Editorial Rubinzal Culzoni, 2.009). p.33, nota 53.

²²⁷ Exposición de motivos de Ley 4.566/99, pp.10-11.

²²⁸ MENDAÑA, Ricardo. "El sistema acusatorio y la inclusión legislativa de los criterios de oportunidad". (en: *Revista del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados y Procuradores del Neuquén* Nro.1. Publifadec, 2.003), pp. 117-135.

²²⁹ DE LA FUENTE, Javier E.; SALDUNA Mariana. "Principio de oportunidad y sistemas alternativos de solución de conflictos. La inconstitucionalidad de su regulación provincial". (en: *Revista de derecho procesal penal. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal- III*. Editorial Rubinzal-Culzoni, 2.008-2). p.89.Zvilling realizó en 1.999 una investigación histórica que establece las razones políticas e ideológicas que rodearon la redacción del art 71 del Código Penal (inédito, aporte agregado al anteproyecto de Código Procesal Penal para Neuquén, elevado a la Legislatura en el año 2.000 sin que recibiera tratamiento).

²³⁰ FLEMING, Abel; LÓPEZ VIÑALS Pablo. Op. cit. p.610.

²³¹ PANDOLFI, Oscar. "Tienen las provincias facultades constitucionales para legislar en materia de jurados, criterios de oportunidad y "probation"? La esencial inconstitucionalidad del art.71 CP." Lexis Nexis, D'Alessio A.- Bertolino P. (Directores), junio de 2.007, pp.1.047/1.071.

deba intervenir el funcionario ejerciendo la acción penal²³². Esta opinión es muy similar a la que De La Fuente y Salduna atribuyen a Carlos Chiara Diaz²³³. Los mismos autores²³⁴ comentan los criterios de Fabián Balcarce y José Daniel Cesano sobre el tema, quienes basados en los principios de subsidiaridad, mínima intervención y última ratio (Balcarce) y mínima intervención y racionalidad de la pena (Cesano), tampoco observan impedimentos para que convivan la mencionada disposición del Código Penal y el ejercicio de las facultades provinciales sobre la acción.

La posición contraria, esto es, que únicamente el legislador nacional puede incorporar los criterios de oportunidad, presenta dos variantes. Una argumenta que otorgar tal facultad a las provincias equivaldría a lesionar el constitucional principio de igualdad ante la ley e impediría la aplicación uniforme de la legislación penal en todo el país²³⁵. Con argumentos parecidos también José Cafferata Nores²³⁶. Mucho antes que ellos, y como quedase indicado anteriormente, tal era la posición del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Ahora bien, escribo “era” porque en la obra “Derecho Penal Parte General”, de autoría del mismo Ministro de la Corte Suprema junto a Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, se mantiene firmemente la naturaleza procesal de las acciones pero se afirma que “...las disposiciones procesales del código penal no son inconstitucionales, a condición de ser entendidas como garantías mínimas, propias de un marco que las leyes procesales provinciales pueden superar y perfeccionar...”²³⁷, con lo cual, si bien condicionada, se da una venia a las provincias para legislar sobre la acción.²³⁸

El restante argumento negativo de potestad legisferante a los Estados provinciales es el tradicional; el basado en que el régimen de la acción es de materia sustancial, que las provincias delegaron en la nación (queda regulado dentro del código penal y dictarlo es resorte del Congreso Nacional, art.75, inc.12, CN). Con ello comulgaba la doctrina clásica

²³² VAZQUEZ ROSSI, Jorge. “*Derecho procesal penal*”. Tomo II. (Rubinzal Culzoni, 1.997). p. 361.

²³³ DE LA FUENTE, Javier E.; SALDUNA Mariana. Op. cit., pp.89-90

²³⁴ *Ibídem*, pp.102-103.

²³⁵ *Ibídem*, p.110.

²³⁶ Conferencia pronunciada en el I Congreso Federal de Derecho Penal, 2,3 y 4 de mayo de 2.007, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

²³⁷ *Ediar*, edición 2002, p.168.

²³⁸ La posición de Zaffaroni es traída a colación para fundar un interesante fallo del Tribunal Superior de Ciudad Autónoma de Buenos Aires del día 27 de septiembre de 2.010, donde se revocó una resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas que había declarado Inconstitucional el art.204, inc.2 del Código Procesal Penal de CABA (que prevé la mediación penal), por entender que el legislador local había invadido materia del Congreso Nacional sobre la acción penal. En el fondo el mismo planteo de la postura que comentaré a continuación (Expte.Nro.6.784/9).

más prestigiosa en materia procesal²³⁹ y también penal (Ricardo Núñez, además del mencionado Sebastián Soler). En el plano jurisprudencial esta tesis ha sido seguida en algunas oportunidades por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, aunque en alguna otra ha aplicado la apoyada en el presente trabajo²⁴⁰. En la misma obra se hace mención a una postura considerada superadora, la de Dante Vega, quien sostiene la constitucionalidad de la inclusión del principio de oportunidad como excepción al de legalidad, trayendo a colación un principio constitucional de índole interpretativa: el pro hómine, en tanto que de esa forma se mejora la situación del imputado y la víctima²⁴¹. Sin embargo, ha sido refutada por Felipe Seiseddos, quien señala que tal principio ha sido receptado por la teoría general de los derechos humanos pero que el mismo no es aplicable al régimen de la acción. Funda ello en que ha sido construido para normas jurídicas de igual rango; entre diversos tratados de derechos humanos, o entre éstos y normas de base que le adjudiquen “jerarquía constitucional” pero no sería el caso porque “...una cosa es el inc.22 y otra la “reserva” del 12 conjugados con el art.31 de la Constitución de 1.853/1.860, igualdad normativa y subordinación no deben ser confundidas...Por último, y esto es decisivo, el “principio de oportunidad “no es en manera alguna un derecho humano, algo que atañe a la dignidad personal. Es meramente una norma de “organización” y, por lo tanto, dirigida a órganos del Estado...ya que regulan...la persecución penal...”²⁴².

Como se ve las dos posiciones, sostenidas por prestigiosos autores, algunos de ellos brillantísimos, son inconciliables, reposan sobre sólidos argumentos y, con posterioridad a aquél debate en San Martín de los Andes de 1.999, las aguas siguieron divididas y se conocieron nuevas posturas como quedó asentado (respecto a las ideas de Balcarce, Cesano, Vega) pero que no zanjaron las diferencias sobre la cuestión.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, prácticamente todas las provincias que últimamente han adaptado el proceso penal al régimen constitucional también legislaron sobre el régimen de la acción penal, siguiendo a Mendoza (art.26, CPPC) que ha sido señera (noviembre de 1.999) en ese sentido: la provincia del Chubut (art.44, CPPC); la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art.199, CPPC); Entre Ríos (art.205, CPPC); Santa Fe (art.19, CPPC); La Pampa (art.15, CPPC), Neuquén (arts.106 y 107, CPPC) y los proyectos del

²³⁹ Vélez Mariconde, Clariá Olmedo.

²⁴⁰ COUSSIRAT, J. (y otros). Op. cit. pp.125 y 128.

²⁴¹ *Ibidem*, p.128.

²⁴² SEISEDOS, Felipe. “¿A quién corresponde introducir el denominado principio de oportunidad?” (en: *Revista del Foro de Cuyo*, T.42, Editorial Dikes, 2.000).

Código Procesal Federal (años 2.004, 2.007 y 2.010), de Río Negro (2.005 y 2.011). Incluso la provincia de Buenos Aires lo había omitido originalmente y lo incluyó a posteriori (art.56). La provincia de Río Negro, aún con un código mixto, también lo tiene previsto (art.180 ter, CPPC).

En síntesis, puede afirmarse sin hesitación alguna que, al margen de las discusiones descriptas e insolubles, hace más de diez años que se reconoce el ejercicio de la acción penal como de estricta naturaleza procesal, estableciendo el régimen de la acción penal como Derecho Público provincial. Indudablemente razones de política criminal justifican seguir ese camino. En mi opinión, por lo expresado en el título elegido: se trata de una herramienta indispensable para racionalizar el uso de los recursos estatales. Si le sumamos que posibilitará sumar eficacia y eficiencia a la labor del fiscal, no imaginamos ningún código procesal que omita su previsión, sin perjuicio de dejar siempre a salvo las muy respetables opiniones divergentes.

4.3. La sociedad conflictual, el Ministerio Público y la víctima. Derecho a ser querellante con amplias facultades procesales. Asistencia y protección de las víctimas.

Para Binder lo llamado “criminalidad o fenómeno criminal” no es una realidad natural sino que es el entrecruzamiento de fenómenos culturales (conflictividad) y políticas estatales (procesos de criminalización). El distinguido procesalista sostiene que el proceso social está imbricado de conflictos. Es inimaginable una sociedad sin conflictos. Es casi una contradicción lógica, porque es impensable un proceso social sin cambio, sin movimiento, y ello implica consensos y rupturas de consensos, pluralidad de intereses, deseos y demandas insatisfechas, realizaciones y frustraciones, en fin todo el material de la naturaleza humana que nutre la idea del conflicto.²⁴³

²⁴³ BINDER, Alberto M. “Análisis político criminal”. Op. Cit. p.140-141.

La expulsión de la víctima del proceso remite a lo que Foucault ha denominado “confiscación de los conflictos”²⁴⁴. Obviamente, fue el Estado quien se apropió del conflicto con el declarado propósito de “proteger los bienes jurídicos”. En una época remota la víctima o su clan era dueña omnímoda de la etapa ejecutiva ulterior a la victimización y en el que la venganza constituía una llamada al cumplimiento de un derecho- deber del grupo, victimizado este emblemáticamente, de suerte que la ofensa venía a proyectarse sobre los miembros del clan, y los aglutinaba solidariamente a su sombra.²⁴⁵ La vindicta operaba como instrumento de férrea cohesión social, sobrepasando las internas disensiones de la amplia comunidad tribal. Este “imperio de la víctima” encontró dos límites racionalizadores en el talión y en la composición aunque solían aparecer como ejercicio de justicia privada, hasta que en los pueblos germánicos quizás se instala la idea de que la restauración de la paz social se logra por el “pacto resarcitorio entre la víctima y el ofensor”, razón por la cual los órganos de gobierno deben asumir la tarea de fijar las condiciones equitativas para la sustitución de la venganza²⁴⁶. El sistema penal fue abandonando progresivamente la idea de dar satisfacción a las víctimas para buscar la aplicación de un escarmiento al culpable. El derecho penal de daños, que ponía el acento en el perjuicio y su reparación se mudó poco a poco a un derecho penal de delitos²⁴⁷. Los delitos privados fueron paulatinamente desplazados por los delitos públicos, se “oficializó” la justicia y la compensación debida a la víctima fue reemplazada por la sanción pecuniaria y por la imposición de las “costas”. Este proceso de neutralización de la víctima se fue profundizando en la baja Edad Media, con una creciente intervención estatal y un aumento en la crueldad de las penas, al diluirse el fin reparatorio de la pena y acentuarse el criterio ejemplarizante. El sistema penal y la pena estatal se transformaron así, en instrumentos del control estatal directo sobre los súbditos y en herramientas de coacción y dominación en manos del Estado, en condiciones de uso aún sin necesidad de una queja externa, es decir sin el reclamo de una víctima.²⁴⁸

²⁴⁴ FOUCAULT, Michel. “*La verdad y las formas jurídicas*”. Quinta reimpresión. (Editorial Gedisa, 1.998). p. 76-77.

²⁴⁵ MENDAÑA, Ricardo J. “Víctimas, conflictos y el rol del Ministerio Público”. (online, consultado en abril de 2.012), p.9. www.procesal1-catedra2.com.ar/sites/doc

²⁴⁶ HERRERA MORENO, Myriam. “La hora de la víctima”, compendio de victimología. Edersa, 1.996, pp.28 y 32. Citada por Mendaña Ricardo J. “*Víctimas, conflictos y el rol del Ministerio Público*”. (online, consultado en abril de 2.012), p.9 www.procesal1-catedra2.com.ar/sites

²⁴⁷ MENDAÑA Ricardo J. “*Víctimas, conflictos y el rol del Ministerio Público*”. (online, consultado en abril de 2.012), p.9 www.procesal1-catedra2.com.ar/sites

²⁴⁸ Highton, Elena I., Alvarez, Gladys; Gregorio, Carlos G. “Resolución alternativas de disputas y sistema penal”. Editorial Ad-Hoc. Edición 1.998. p.44, citada por MENDAÑA Ricardo J. “*Víctimas, conflictos y el rol del Ministerio Público*”. (online, consultado en abril de 2.012), p.9. www.procesal1-catedra2.com.ar/sites

El Ministerio Público debe contribuir a que la víctima revalide su rol en el proceso. Para ello debe colocarse a su lado, asesorándola y resguardando sus derechos, para que la titular por excelencia del bien jurídico agredido sea protagonista verdadera de la solución final dada al caso, sin importar si se constituye o no en querellante. Al mismo tiempo es otra importantísima razón con que cuenta el Ministerio Público para aportar al acercamiento entre justicia y sociedad.

Además del advenimiento de la victimología²⁴⁹, que ha acentuado el reclamo de la participación de la víctima en el proceso, en el año 1.994 se reforma la Constitución Nacional y varios Tratados Internacionales adquieren idéntica jerarquía (art.75, inc.22, CN), entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyo artículo 25, y en forma categórica, establece el derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva. Aún antes de dicha reforma (2/10/92), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través del informe Nro.28/92 (ratificado luego con el informe Nro.29/92) sostuvo que "...en buena parte de los sistemas penales de América Latina existe el derecho de la víctima o su representante a querellar en el juicio penal. En consecuencia, el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autorizan como el argentino, deviene un derecho fundamental del ciudadano...". En el caso "Bulacio vs. Argentina" (ya en el año 2.003) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) realzó el derecho de las víctimas (y de sus familiares) a tener pleno acceso y capacidad para actuar en todas las etapas e instancias de las investigaciones. A propósito de ello, nuestra Corte Suprema nacional tiene dicho (antes y después de la reforma constitucional de 1.994) que los pronunciamientos de los organismos internacionales sobre derechos humanos constituyen pautas de interpretación de las normas de los Pactos. Así se expidió en "Ekmejdjian c. Sofovich" (7-7-92), en "Girolodi" (7-4-95) y "Bramajo" (12/9/96).

Ahora bien, teniendo en cuenta las disposiciones de los Pactos, los informes y disposiciones de sus organismos; la evolución que se ha registrado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (detallado en páginas posteriores); sin soslayar la vigencia de los principios de progresividad, irreversibilidad e interacción entre derecho interno e internacional en materia de Derechos Humanos; se ha llegado a sostener que la potestad de interponer recursos por parte de la víctima, constituida en querellante en el proceso penal, constituye uno de los contenidos de la garantía a la "tutela judicial efectiva" prevista en

²⁴⁹ ELBERT, Carlos A. "Manual básico de criminología". (Editorial Eudeba, 2.001), p.90.

dichos Pactos y; que la garantía de la “doble instancia” rige tanto para la sentencia definitiva como para los autos interlocutorios importantes amparando al querellante en su carácter de ciudadano, debiendo para el caso de sentencia definitiva armonizarse con la que protege al imputado contra el doble juzgamiento.²⁵⁰

Todo esto significó que la víctima recobrara su importancia en el proceso penal. Así, la gran cantidad de códigos de procedimientos sancionados en la región a partir de aquella época, entre sus principales lineamientos establecieron sin ambages el protagonismo de la víctima en los respectivos articulados, reconociéndole amplios derechos en materia del ejercicio de la acción penal. Es usual leer en muchos autores la recomendación de volver a Francesco Carrara, dada la actualidad que mantiene su obra. Por ejemplo, Edmundo Hendler, refiriéndose a la cuestión de la acción, expresa que el maestro de Pisa concluía sosteniendo que la acción pública es tradición de despotismo y que el sistema preferido es el que más se acerca al de acción privada o natural.²⁵¹

En el plano jurisprudencial nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó un fallo cuyas enseñanzas sobre el tema “víctima” y sus facultades procesales como querellante, sin duda alguna, se relacionan con el nuevo escenario que plantea la normativa supranacional adquirida, en conjunción con el implícito derecho a la jurisdicción que emerge del artículo 18 de la Constitución Nacional: es el muchas veces mencionado caso “Santillán, Francisco A.” (La Ley, 1.998-E-331). No se trata de quitar importancia a otros fallos del Alto Tribunal Federal que, en lo pertinente, siguieron idéntico sentido (“Del’Olio” del 7/11/2.006 o el muy conocido caso “Sabio” del 11/7/2.007); menos aún desconocer las distintas etapas por las que transitó la jurisprudencia del Supremo Tribunal, comenzando la primera en 1.965 (“Cincotta” *fallos* 262:144) en donde no se dio cabida a las pretensiones del querellante a pesar de la posición del entonces Procurador General, Dr. Ramón Lascano. En este caso la Corte vedaba la posibilidad de que el querellante apelara una absolución para lograr una condena criminal y sostenía que el recurso extraordinario no era procedente para esa parte, excepto cuando la causa afectase intereses de orden constitucional que excediesen los individuales. La segunda fase habría comenzado en 1.967 con el caso “Otto Wald” (*fallos* 268:266), ocasión en la que la Suprema Corte afirma que si a un sujeto la ley le otorga

²⁵⁰ SOLIMINE, Marcelo. “El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su facultad recursiva.

Derivaciones de los estándares fijados por la Comisión Internacional de Derechos Humanos y de las garantías de tutela judicial efectiva y doble instancia”. (Editorial La Ley, 2.005-A), p. 1375.

²⁵¹ HENDLER, Edmundo. Disertación en “*Las facultades del querellante en el proceso penal*”. Sabrina Namer Compiladora. (Editorial Ad Hoc, 2.008), pp.84-85.

personería para estar en juicio también estará amparado por la garantía del debido proceso, de donde deviene el derecho a obtener una sentencia fundada.

Luego de fallos como “Santillán” y “Del’Olio” pareciera transitarse una tercera etapa²⁵²; en la cual la víctima no puede ser excluida (por el legislador) del proceso como parte. La cuestión no sería si el querellante posee autonomía respecto del fiscal, sino si las leyes procesales pueden omitir su figura.²⁵³

“Santillán” debe ser realizado puesto que con posterioridad tribunales inferiores adaptaron sus resoluciones a tal temperamento. En dicho antecedente, la CSJN admitió que el pedido de condena, realizado por el querellante por un delito de acción pública, es idóneo para habilitar al tribunal de juicio a dictar una sentencia condenatoria, aunque el fiscal hubiese solicitado la absolución, y fundó tal decisión en el art.18 de la CN, considerándolo coincidente con el derecho que reconocen los arts.8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sobre el tema ha expresado el distinguido Cafferata Nores: “...el fallo nos dio pie para conjeturar que la Corte así lo decidió, quizás, porque comparte una muy importante corriente de pensamiento (en la que nos sentimos expresados) que postula que el derecho penal tiene por fin la tutela (subsidiaria) de los intereses generales de la sociedad (v.gr. Art.120 CN) penalmente simbolizados en los “bienes jurídicos”, pero que también debe tutelar los intereses concretos de la víctima, y en condiciones de igualdad, ya que el delito no es solo una lesión a un bien abstractamente protegido como tal por la ley penal (v.gr. “la” propiedad), sino que es también una lesión al derecho concreto del ofendido(v.gr. “Su” propiedad)...”.²⁵⁴

La prestigiosa Sala I de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, con el voto de los jueces Bruzzone y Elbert, en los casos “Ascolese” (30/12/2.003), “Szwarczer” (4/11/2.004) y “Storchi” (8/11/2.004), dispuso que la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia en “Santillán” resulta aplicable a todas las etapas del proceso, entendiendo que el proceso podía llegar a juicio oral y público ante el solo impulso del acusador privado. El primero de los jueces mencionados señala en una secuencia de su voto

²⁵² Todo esto prolijamente abordado por DE LUCA, Javier A. “La víctima en el proceso penal, modelo 2.007”. En: *“Las Facultades del querellante en el proceso penal”*. Sabrina Namer (compiladora). AA.VV.(Editorial Ad-Hoc, 2.008), pp.33-34.

²⁵³ CASTEX, Francisco menciona otros pronunciamientos de la CSJN sobre el tema abordado: “Toculescu” (fallos 260:115), “Quiroga”(fallos 327:5863), “Bernstein”(fallo del 29/4/08) y “Hagelin”(fallos 326:3268), “La autonomía del querellante en el proceso penal”. Suplemento extraordinario penal y procesal penal. Miguel Almeyra (director) AA.VV. (Editorial La Ley, septiembre 2.010). p.169.

²⁵⁴ CAFFERATA NORES. *“Derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva”*. (Editorial Astrea, 2.004), p.5.

que "...la capacidad de rendimiento del precedente "Santillán" retrotrae sus efectos a todos aquellos momentos previstos en el código en donde se requiere el impulso del Estado constituido en la parte acusadora; es decir: al comienzo de la instrucción...al final de la instrucción...y...por último en el ámbito recursivo correspondiente..."²⁵⁵. Y en una secuencia posterior: "...reproduciendo una tradición centenaria que rigió en nuestro país para los delitos de acción pública, es que se debe hacer extensivo el efecto que surge de "Santillán" también al momento en que, al comienzo del asunto, el Ministerio Público Fiscal considera que no se debe impulsar la acción (vgr. cuando se solicita la desestimación por inexistencia de delito, el archivo o la reserva, etc) o cuando entiende que no existe mérito para llevar el asunto a juicio...cuando hay un particular damnificado constituido en parte querellante y este impulsa la acción, sin perjuicio de la opinión del Ministerio Público Fiscal, la jurisdicción se ve obligada a analizar la viabilidad del pedido, correspondiendo a la querrela, en forma autónoma, impulsar los procedimientos al comienzo de un asunto...y al finalizar la instrucción...para obtener la elevación a juicio..." y, luego, "...si el máximo tribunal ha investido al acusador privado de la autonomía necesaria hasta el dictado de una sentencia condenatoria, dicha circunstancia lo habilitaría también a requerir la elevación a juicio...en disconformidad con el representante del Ministerio Público Fiscal, respecto de quienes solicitó el dictado del auto de sobreseimiento, legitimándolo para actuar de esta forma en solitario, desde el comienzo de una causa penal, o en la etapa de juicio, sin que sea necesaria la intervención del Ministerio Público Fiscal..."²⁵⁶

En una posición contraria, se ha argumentado que la doctrina que emerge de "Santillán" no corresponde ser extendida a otras etapas procesales, como la crítica instructoria o el inicio y desarrollo de la instrucción y que el hecho de que la víctima pueda intervenir ante el órgano jurisdiccional no debe ser confundido con un verdadero "derecho a querrelar" ya que la figura del querellante no cuenta con rango constitucional al no existir disposiciones de tal nivel que expresamente lo fundamenten²⁵⁷. Otros autores afirman que la reivindicación de la participación de la víctima en el proceso penal ha generado una suerte de bilateralidad en perjuicio de los derechos del imputado (Bernd Schunemann), con consecuencias negativas

²⁵⁵ NAMER, Sabrina.(compiladora). "*Las facultades del querellante en el proceso penal*". AA.VV. (Editorial Ad-Hoc, 2.008), p.340.

²⁵⁶ *Ibidem*, pp.341-342.

²⁵⁷ LANZÓN, Román P. "*La intervención de la víctima en el proceso penal y su ¿derecho? a actuar como querellante*". "El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos". Daniel Pastor (director). AA.VV. (Editorial Ad-Hoc, 2.009). p.250.

para el imputado en cuanto a la real vigencia de garantías como el in dubio pro reo, el principio pro hómine (Daniel Pastor), hablándose incluso de una carta magna a favor de la víctima (Jesús Silva Sánchez) y hasta de un “in dubio pro víctima” (Antonio Beristain).²⁵⁸

Sin duda que la cuestión sobre el rol del querellante en el proceso penal seguirá discutiéndose apasionadamente y por consagrados contendientes de uno y otro lado. Yo he tomado partido por quienes sostienen que el legislador no puede desoír la jurisprudencia mencionada y lo dispuesto por el plexo normativo de jerarquía superior (arts.18 y 75.22, CN; arts.8.1 y 25 CADH y art.14.1, PIDCP) y sancionar una normativa con amplias facultades; es más, tomando las enseñanzas de Carrara y Chiovenda, considero que el querellante debe tener autonomía inclusive para iniciar la investigación sin importar la posición que adopte la fiscalía. Anteriormente hemos mencionado y transcripto el art.120 de la Constitución Nacional, en esta ocasión se insistirá en que nada dice sobre la titularidad de la acción penal por lo que tampoco procede echar mano a tal argumento. Así lo entendió la Sala II de la Cámara Nacional de casación penal cuando ratificó “Storchi” (15/07/2.010, registro Nro.16.836) y la mayoría del tribunal afirmó “...a mi ver, y así lo dejé sentado en esta Cámara, a partir de “Santillán” resulta posible la actuación en solitario de la querella con miras a impulsar el proceso hacia el dictado de una sentencia condenatoria. Interpreto que si se ha dotado a esa parte de tamaña facultad como la de acusar durante el juicio a fin de obtener un pronunciamiento condenatorio también puede por añadidura llevar adelante, en solitario, otros actos de menor entidad, de impulso procesal. Simplemente, tan solo quien puede lo más puede lo menos...”.²⁵⁹

Ahora bien, el símbolo del desencuentro entre ambas posturas puede verse en el interesante y profundo contrapunto entre dos eximios procesalistas penales que no piensan igual sobre el tema, José Cafferata Nores y Julio Maier²⁶⁰. A pesar de esto no cabe confundir la postura de Maier con aquella totalmente refractaria que enarbolaban Vélez Mariconde, Soler, Jofré, Torres Bas, o R. Levene (h) sobre la intervención del querellante en el proceso penal. Cabe recordar que el último autor, por ejemplo, en la exposición de motivos del Código Mixto de Neuquén de 1987 expresaba: “siguiendo las líneas de la doctrina y la legislación más moderna, que rigen en Italia, Alemania y otros países, se suprime al querellante... hoy

²⁵⁸ Citados por CASTEX F. en “*La autonomía del querellante en el proceso penal*”. Suplemento extraordinario penal y procesal penal. Miguel Almeyra (director) AA.VV. (Editorial La Ley, 2.010), pp.169-170.

²⁵⁹ *Ibidem*. p.168.

²⁶⁰ NAMER, Sabrina, compiladora. “*Las facultades del querellante en el proceso penal*”. AA.VV. (Editorial Ad-Hoc, 2.008), pp.111-142.

inadmisible en materia penal, donde predominan conceptos de reeducación y defensa social, que el estado se ponga al servicio del interés pecuniario o de la venganza personal...”. Maier calificó de “incomprensible” este razonamiento pues la legislación de los países citados y la política criminal universal marcha por el camino contrario.²⁶¹

En el Código Procesal Penal recientemente sancionado en Neuquén (ley 2.784) se reconoce ampliamente el derecho de la víctima, como principio general (art.13), también cuando se la define (art.60), cuando se enumeran sus derechos (art.61) entre los cuales sobresale las facultades de querellar en igualdad de condiciones que la fiscalía (art.64) como asimismo en la etapa del control de las decisiones judiciales (art.227 y ss.). Sin perjuicio de todo lo expuesto hasta aquí sobre el carácter autónomo del querellante, a partir de “Santillán”, en la reforma neuquina se plasmó un límite, a favor del imputado, que por su importancia debe ser transcripto: art.66, “Acusación única. Unidad de representación. Cuando los acusadores fueran varios e invocaren identidad de intereses entre ellos, actuarán bajo una sola representación, la que se ordenará a pedido de parte si ellos no se pusieren de acuerdo en el plazo que se les fije. En aquellos casos en que la víctima se haya constituido como querellante, el juez sea a petición de parte con antelación, o a más tardar en la audiencia prevista en el art.166, convocará a las partes, a efecto de resolver las controversias que pudieren existir entre el Ministerio Público Fiscal y la parte querellante, sobre los discursos fácticos, jurídicos y estrategias probatorias. El imputado -siempre y en todos los casos- tendrá derecho a que se le enrostre una única acusación, debiéndose respetar estrictamente el principio de congruencia procesal, tanto en los aspectos fácticos, cuanto normativos. Si fuera indispensable para ello, el juez interviniente, tomará en cuenta la prevalencia de los intereses particulares o sociales generales según el caso, y ordenará la conformación de un litisconsorcio necesario. Y en caso de que no hubiere consenso en cuanto a la calificación y a las estrategias acusadoras, resolverá en forma definitiva la incidencia”.²⁶²

Aunque algunas facultades procesales de la víctima se discutan, igualmente su asistencia y asesoramiento debe ser uno de los grandes objetivos del Ministerio Público. Debe estar a su lado. Por supuesto, esta tarea debe ser cumplida con el auxilio de una oficina

²⁶¹ MAIER, Julio. “Derecho *Procesal Penal*”. Tomo II. Primera edición. (Editores Del Puerto, 2.003). p 643, nota 132.

²⁶² La audiencia del art.166 es la que se realiza en la etapa intermedia, en la cual la defensa hace el control de la acusación. Sobre el tema puede verse el trabajo de PANDOLFI, Oscar R. “El derecho del imputado a un acusador único” (en: *Revista de Derecho Procesal Penal*, “La defensa penal –II”, Rubinzal Culzoni, 2.010-2), pp.103-138

especializada cuya composición y funciones se encuentran establecidas en el proyecto propuesto.

El desplazamiento de la víctima dentro del proceso penal, producto de entender al delito como una infracción a la ley del Estado más que como un conflicto entre personas, ha devenido en que sea considerada como una denunciante al principio y luego, a los sumo, como un mero testigo. El camino a recorrer por la víctima, por las distintas dependencias judiciales -y policiales-, con posterioridad a accionar penalmente, produce confusión y una nueva victimización. Esto se suma al sufrimiento ya registrado al haber sido víctima del delito. La oficina de atención a la víctima también deberá coordinar la asistencia interinstitucional con organismos encargados de atender a personas en situación de vulnerabilidad, a fin de promover con esto a la creación de las llamadas redes interinstitucionales. Dar satisfacción integral a la situación de la víctima significa escapar a la uniforme salida de la investigación por cuanto en ciertos casos las posibilidades de éxito tomando esa vía son escasas.

Falta una institucionalidad del Ministerio Público que se encargue de diseñar y ejecutar políticas en materia de protección de los derechos de las víctimas. Esta institucionalidad debería ser capaz de administrar el sistema, es decir, de diseñar políticas y planes de ejecución a favor de las víctimas, recibir demandas de parte de ellas y coordinar respuestas con las diversas agencias estatales o privadas encargadas de su implementación específica. Esto lleva a crear un centro o unidad que asuma la responsabilidad de satisfacer de manera concreta las demandas de las víctimas. Esta Unidad de atención a la víctima, de composición interdisciplinaria, será ubicada en mi propuesta dentro del Ministerio Público. Esto posibilitará que el fiscal refuerce su compromiso con la víctima, genere confianza en la sociedad y contribuya a la paz social.

La problemática de la víctima excede lo jurídico y el fiscal deberá prepararse para dar respuestas ante ciudadanos disconformes con la forma en que se resolvió su caso. José Veizaga, fiscal jefe de la fiscalía local de Antofagasta (Chile) comenta sobre el particular: "...si bien aplicábamos el Código no veíamos caras ni corazones. La decisión de un archivo provisional puede estar muy bien tomada de acuerdo al Código y ser técnicamente correcta. Si la víctima está contenta o no es otro cuento y nosotros no nos hacíamos cargo de eso. El "usuario" se enojaba y nosotros decíamos que la decisión estaba bien aplicada jurídicamente, que hacíamos lo que correspondía hacer. Pero había que responder a ese reclamo; hoy

estamos en esa etapa. En lo que se refiere a los archivos provisionales, por ejemplo, al principio dábamos poca explicación a las víctimas acerca de nuestra decisión; ahora la instrucción es darle más tiempo; hay que explicarle mejor a la gente por qué se está tomando esa decisión. Para mejorar en ese aspecto establecimos un trámite -que no existe en el Código- por el cual las víctimas pueden presentar una solicitud de reapertura de la investigación. Al principio era un procedimiento verbal pero ahora ya preparamos un formulario. Esto significa que si la persona insiste en la necesidad de investigar, si nuestra explicación no le resulta suficiente, puede elevar esa solicitud y plantear diligencias o aportar antecedentes...uno como fiscal puede creer que la causa está bien archivada, pero si la persona insiste y presenta una solicitud de apertura, el fiscal tiene que conversar con esa persona. Hay que citarla y ofrecerle todo el tiempo que necesite hasta que comprenda nuestras razones o bien se le pone a su cargo la iniciativa en el tema: si, por ejemplo, me dice: “yo sé que el televisor que se llevaron está en tal parte”, entonces pido que me diga en qué calle y número, si no saben les pido que vayan sin que nadie se dé cuenta y consigan esos datos. Nos estamos tomando ese trabajo. Se presentan entre cinco y diez solicitudes de apertura por semana...”²⁶³

Un sistema complejo de funciones y servicios asegura la atención, información, protección y reparación de la víctima. No solamente brindar la asistencia legal y la psicológica y social sino, además, se debe trabajar en dedicar a la víctima una atención integral que comprenda medidas de protección efectivas, con medidas diversificadas orientadas a distintos tipos de víctimas. Cualquiera sea el diseño seguido fracasará si no se adopta un efectivo sistema de seguimiento y control.

4.4. Contribución del Ministerio Público al minimalismo penal. Utilización de las salidas alternativas. Justicia restaurativa

La conciliación y la mediación representan dos institutos que suponen la existencia de una víctima protagonista en el proceso penal y, además, una verdadera aplicación del derecho penal como última ratio, especialmente en delitos de mediana o mínima gravedad.

²⁶³ GORANSKY, Mirna. Op. cit. p.303.

Cafferata Nores²⁶⁴ vincula esto a una óptima distribución de recursos humanos y materiales, por parte del Ministerio Público. Expresa que la mayor concentración se deberá destinar a la investigación de los delitos considerados más importantes por su gravedad (criminalidad organizada, abuso de la función pública, entre otros.), en tanto que los de menor entidad podrán ser tratados mediante alternativas a la pena que favorezcan la resocialización del agente, teniendo en cuenta los intereses de la víctima, su reparación y la armonización del conflicto entre aquella y el victimario. El mismo procesalista señala que este objetivo requiere la aplicación de los criterios de oportunidad reglados que hoy acepta la legislación argentina. La conciliación es otra de las alternativas a la aplicación de la pena²⁶⁵. También en esta tarea el Ministerio Público estará asistido por una oficina especializada. La incorporación de la víctima, el personaje olvidado, al sistema penal traerá el equilibrio necesario. En general siempre que se ha legislado en la materia procesal penal prescindiendo de la figura del querellante, se ha recurrido a fundarlo en la necesidad de evitar la venganza privada²⁶⁶. Sin embargo se ha sostenido que en realidad “...el pretexto de limitar la venganza de la víctima o de suplir su debilidad sirve para descartar su condición de persona, para restarle humanidad. La invocación al dolor de la víctima no es más que una oportunidad para el ejercicio de un poder cuya selectividad estructural lo hace antojadizo y arbitrario...al degradar a la víctima a un puro signo habilitante del poder, el autor de una acción lesiva también queda reducido a un objeto sobre el cual se puede ejercer poder...”²⁶⁷

Se ha dicho también, que la mediación tiene un valor agregado al de la justicia a secas: el valor de la concordia y de la pacificación social²⁶⁸. Para ello indudablemente debe tenerse en cuenta a la víctima, al autor, a la reparación y a la comunidad en su conjunto. Se persigue así, la obtención de un nuevo modelo compuesto por “...una variedad de prácticas

²⁶⁴ CAFFERATA NORES, José. “*Cuestiones actuales sobre el proceso penal*”. (Editores Del Puerto, 1.998), pp.78-79.

²⁶⁵ De acuerdo a Binder, Alberto M., “la mediación es una negociación facilitada por un tercero, en donde son las partes las que protagonizan y deciden. El tercero no opina, no evalúa, no da consejos, no promueve una solución determinada”, en tanto que “en la conciliación el tercero opina y propone fórmulas de acuerdo”. Citado por FINOCHIETTI, María D., “Mediación, conciliación y sistema penal”. (en: *Revista XVI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos*, La Rioja 2.003), p.109.

²⁶⁶ LEVENE, (h) Ricardo. “Códigos procesales penales de las provincias de Neuquén (Ley 1.677) y de Río Negro (2.107)”. (Editorial Depalma, 1.987).

²⁶⁷ ZAFFARONI; ALAGIA-SLOKAR, “*Derecho Penal Parte General*”. (Ediar, edición 2002), p.229.

²⁶⁸ QUINTANA, María. “Mediación penal”. (online). En: *Proyecto de Ley de Mediación Penal para todo el ámbito nacional*. (consultado segunda quincena mes de enero de 2.012), p.19.
www.pensamientopenal.com.ar/16072007/leydemediación.pdf.

que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea retributivo, sea rehabilitativo...”.²⁶⁹

Las salidas alternativas a la pena de prisión surgen a partir de ciertos datos estadísticos que ilustran sobre la selectividad de nuestro sistema penal y lo preocupante de la situación carcelaria.

En cuanto a este último punto cabe señalar que hacia 1.998 la cifra de presos en el país orillaba los 30.000 o 32.000, en tanto que diez años después ese número era superado solamente por la provincia de Buenos Aires: 33.000 personas, con el 75 % de procesados; siendo el total a lo largo del país (en 180 cárceles) 66.000 personas detenidas (65 % procesados). Además del abuso en la utilización del instituto de la prisión preventiva (contrariando Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución Nacional misma) se ha comprobado sin mucho esfuerzo que la población carcelaria, además de ser “superpoblada”, en su inmensa mayoría, está compuesta por componentes de los sectores más vulnerables de la sociedad: estratos sociales excluidos, marginales, en su mayoría analfabetos y que, recurrentemente, reinciden en las conductas delictivas.²⁷⁰

El enfoque de “intervención penal mínima” fue una creación del grupo de la revista “*Dei delitti e delle pena*”, fundamentalmente de las concepciones de Alessandro Baratta y Luigi Ferrajoli²⁷¹, luego continuada por otros autores, que deben necesariamente ser distinguidos de los adherentes al llamado abolicionismo, en tanto este último movimiento planea la supresión misma del sistema penal.²⁷²

En Argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni y Julio Maier coinciden, en lo sustancial, en cuanto a la necesidad de operar una fuerte reducción del catálogo de delitos incluidos en el Código Penal. El procesalista, aunque pesimista de que ello ocurra, señala que el Derecho Penal debe ser guardado para casos realmente graves, que en su apreciación no son más de treinta o cuarenta, para los cuales quedaría reservada la aplicación de penas graves como la privación de libertad. El Código Penal sólo debería proteger bienes materiales tangibles que

²⁶⁹ Kemelmajer de Carlucci Aida, citada por MENDAÑA, Ricardo J.; ARIAS SALGADO Alicia. “El Ministerio Público y la atención primaria de la conflictividad penal”. (en: *Urvio*, revista Latinoamericana de seguridad ciudadana, Flaco, Ecuador, edición enero 2.008), p.25.

²⁷⁰ AZERRAD, Marcos E. “Conferencia sobre mediación penal”, (online) citado en proyecto de ley de Mediación Penal para todo el ámbito nacional, (consultado en la segunda quincena del mes de enero de 2.012), p.14. www.pensamientopenal.com.ar/16072007/leydemediación.pdf

²⁷¹ ELBERT, Carlos A. “*Manual básico de criminología*”. (Editorial Eudeba, 2.001). p.93.

²⁷² Caso Hermann Bianchi, Louk Hulsman, Nils Christie, Tomás Mathiesen, Sebastián Scheerer. Puede verse el libro de ANITÚA, Gabriel Ignacio “Historia de los pensamientos criminológicos” (Editores Del Puerto, 2.006), pp.431-442.

uno puede tocar, como la vida o la integridad física, lo demás debería desaparecer. Las conductas que dejarían de ser delitos pasarían, algunas, al ámbito de las contravenciones, otras podrían integrar el Derecho Civil, otras el Administrativo²⁷³. Por lo dicho, no cabe duda que el objetivo inmediato del Derecho Penal debe ser la búsqueda permanente de la paz social, la personalización del conflicto y la reinserción de la víctima en el mismo. Por su parte, Zaffaroni señala que en las últimas décadas se ha producido una transformación regresiva bastante notoria, con solo ver que del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a discutir entre reducción-expansión del poder punitivo.²⁷⁴

Además de la doctrina reseñada, y como alternativas para resolver conflictos penales, la mediación y la conciliación han sido receptadas por el derecho positivo en países de diversas culturas, y en distintas épocas. Así, por ejemplo, Estados Unidos de Norteamérica, con aproximadamente 300 programas de mediación, comenzó a aplicarla (California en primer lugar) en aquellos casos de inconductas graves de niños y jóvenes. Canadá resolvió aplicarla en el caso “Elmira”, cuando dos jóvenes propusieron reparar a las víctimas, luego que ambos, bajo los efectos de la droga, dañaron veintidós autos en una localidad de este país²⁷⁵. En España, concretamente en la ciudad de Valencia, existe un programa de mediación penal a través de la oficina de atención a la víctima y también hay mediación penal en Barcelona, con gran difusión de la mediación escolar, con participación de alumnos, maestros y padres.

Al igual que sucede con varias provincias argentinas, hay países que consagran la mediación y/o la conciliación mediante la instauración del principio de oportunidad procesal. Así, Guatemala (art.25), El Salvador (art.20), Alemania (arts.153 y 154 de la Ordenanza Procesal), Francia (art.41). En Brasil se introdujo el principio de oportunidad en el año 1.995 (ley 9.099), desde el cual se desprende que es facultad del fiscal disponer de la acción en determinados delitos pero condicionado a que exista reparación de la víctima.

En Argentina, merece destacarse el programa de mediación para delitos juveniles, en el ámbito de la agencia fiscal para delitos juveniles de la ciudad de Neuquén, a cargo del

²⁷³ MAIER, Julio B. “Hay que operar una reducción fuerte del Código Penal”. Entrevista (en: *La voz judicial*, revista del Colegio de Magistrados, Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Octubre 2.009).

²⁷⁴ Citado por SLOKAR, Alejandro W. “La reciente política legislativa penal en Argentina”. (en: *Reforma penal y Política Criminal. La codificación en el estado de derecho*”. AA.VV. Editorial Ediar, 2.007), p.142.

²⁷⁵ FINOCHIETTI, María Dolores. “Mediación, conciliación y sistema penal”. (en: *Revista de las XVI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos*, La Rioja, 2.003), pp.108-114.

centro de atención a la víctima del delito. También se debe destacar la experiencia en mediación penal para adultos en el departamento judicial de Mercedes, provincia de Buenos Aires²⁷⁶, debiéndose resaltar además el Centro de mediación del Colegio de Abogados de Mercedes, bastante tiempo antes que la provincia bonaerense sancionara la ley 13.433 (19/01/06) “Mediación Penal. Régimen de resolución alternativa de conflictos penales”. El procedimiento se encuentra a cargo de las oficinas de resolución alternativa de conflictos departamentales, las cuales a su vez dependen del Ministerio Público. Se establecen como principios del régimen: voluntariedad, confidencialidad, celeridad, informalidad, gratuidad y neutralidad o imparcialidad de los mediadores; además de requerirse el expreso consentimiento de la víctima (art.3). Está previsto para delitos patrimoniales penados con hasta seis (6) años de prisión y para conflictos de vecindad, familia y convivencia (art.6). También contempla la confidencialidad (art.14).

Por su parte, la provincia de Rio Negro sancionó la ley de mediación penal Nro. 3.987 el 22/09/05, en la cual se contempla la mediación con carácter voluntario como método alternativo a la resolución de conflictos para los delitos mencionados en el art.180 ter, incs.6 y 7 del Código de Procesal Penal, los cuales abarcan una gran cantidad de tipos penales por cuanto al establecer una pena máxima de quince (15) años de prisión o reclusión, quedan comprendidos, por ejemplo, todos los delitos contra la propiedad (incluidos robos agravados, abusos sexuales simples, abusos sexuales gravemente ultrajantes, abuso sexual con acceso carnal, etc.).

Chaco también ha dado lugar a la mediación penal, por cuanto sancionó la ley 4.989 (28-12-01) que define al instrumento mencionado como “el procedimiento que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo mediante una prestación voluntaria del autor a favor del lesionado, víctima u ofendido. Cuando esto no sea posible, no prometa ningún resultado o no sea suficiente por sí mismo, entrará a consideración la reparación frente a la comunidad. Las prestaciones de reparación no deben gravar ni al lesionado ni al autor en forma desproporcionada o inexigible” (art.2), limitándolo para delitos reprimidos con pena de prisión de hasta seis (6) años, culposos, como asimismo a los penados con inhabilitación o multa (art.4). A su vez, se excluye del régimen a los delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones (art.11).

²⁷⁶ MENDIOLA, Marcelo G.: “Mediación penal: una experiencia en marcha sobre un medio de resolución de conflictos que merece una legislación procesal específica”. (en: *Revista publicada en el marco de las XVI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos*. La Rioja, 2.003), pp. 87-93.

Al ser consultado sobre el desarrollo de la mediación penal en Argentina, Marty Price (especialista en justicia restaurativa en Carolina del Norte, EE.UU.) señaló que "...es uno de los desafíos más importantes que veo en Argentina y en la mayor parte de Sudamérica. Pero entiendo que el modo en que ésta se practica en Sudamérica es bajo un modelo de establecimiento de acuerdos, antes que en un modelo de justicia restaurativa o en un modelo de mediación transformadora. El fiscal (que puede o no ser un mediador capacitado) negocia acuerdos, enfocados o concentrados, principalmente, en la obtención de acuerdos financieros entre la víctima y el ofensor. Rara vez se da un diálogo "cara a cara" entre la víctima y el ofensor...pero considero que la mediación penal y sus ventajas son solo una pequeña semilla de la justicia restaurativa. En el modelo tradicional de justicia penal, la justicia apropiada está determinada por la correspondencia de la gravedad del delito con la severidad del castigo... este es un modelo centrado en el ofensor, en el que el crimen es fundamentalmente visto como una violación a leyes del Estado, y las víctimas solo tienen un pequeño rol, si es que cuentan con algún papel o voz en la resolución del delito que fue cometido contra ellas... la justicia restaurativa es un paradigma diferente en el entendimiento del delito y de la justicia. La justicia restaurativa mide la justicia por la extensión del daño sufrido por la víctima, el ofensor y la sociedad, si ha sido curado, reparado o restituido. Se enfatiza una responsabilidad del ofensor que sea activa, significativa y personal. Y que todos aquellos que han sido dañados por el delito, o que tengan participación en el resultado cuenten con una voz activa, si es que ellos lo desean, en la determinación y en la creación de la justicia para su caso concreto...desde que la "víctima directa" del delito ha sufrido los daños o pérdidas primarias, la justicia restaurativa está necesariamente enfocada hacia la víctima. Respecto de los ofensores, el paso hacia un resultado restaurativo se da tomando responsabilidad directa, significativa, personal frente a la víctima...entiendo que a veces la mediación penal es entendida como justicia restaurativa. Esto me preocupa, porque muchos de los valores esenciales de la justicia restaurativa no están contenidos allí...en algunas jurisdicciones los fiscales negocian los acuerdos resultantes de las mediaciones penales entre víctimas y ofensores de la manera tradicional usando su potestad de imponer el acuerdo. En tales casos, tanto la víctima como el ofensor pueden sentirse insatisfechos con el acuerdo alcanzado, pueden no sentir que el mismo sea realmente "su acuerdo", y no se sientan comprometidos a cumplir con sus obligaciones conformes al acuerdo..."²⁷⁷

²⁷⁷ Entrevista. (en: revista *OpeLegis* de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Entre

Analizando la diferenciación que realiza Price, cabe destacar que en el procedimiento de “mediación penal” que se realiza en Neuquén desde hace más de diez años, en el ámbito de la fiscalía penal juvenil (con un régimen procesal netamente acusatorio), se registra lo que el especialista norteamericano llama “justicia restaurativa”, toda vez que se da un acercamiento centrado en la víctima y en la que aquella y el ofensor pueden dialogar “cara a cara”. En esa ocasión el imputado tiene oportunidad de pedir disculpas y de ofrecer alguna reparación. O sea, la víctima y el imputado tienen oportunidad de expresarse libremente (también la víctima puede preguntar sobre cuestiones que solamente el ofensor puede responder) y, de tal forma, el acuerdo resulta más personal y las partes lo sentirán más “de ellos”, siendo entonces más probable que, tanto uno como otro cumplan con lo acordado. Cabe resaltar que si bien la participación en el programa es voluntaria y la asistencia letrada no es obligatoria, tanto el imputado como la víctima (en caso que también sea menor), concurren a la mediación asistidos por sus padres, quienes también firman el convenio. En definitiva, se busca acercar lo que el ilícito dividió, la reconciliación de la víctima con el ofensor.

Los estados provinciales que legislaron sobre la acción penal estableciendo el principio de oportunidad (ya mencionados al tratar tal tema), con similares redacciones, aplican tal principio si se produjo la solución del conflicto, y prevén que ello se deberá acreditar debidamente (por ejemplo, el art.26, inc.2 del Código Procesal Penal de la provincia de Mendoza).

En el nuevo Código Procesal Penal del Neuquén (ley 2.784, publicada el 13/01/2012), se prevén los institutos de la mediación y la conciliación (arts.106, inc.5 y 131, inc.3), además de lo que se establece como principio en el art.17: “Solución del conflicto: los jueces y los fiscales procurarán la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social. La imposición de la pena es el último recurso”.

Se ha llegado a proponer la implementación de la mediación penal en todos los poderes judiciales, trayendo a colación lo debatido y resuelto por la comisión de prevención del delito y justicia penal de las Naciones Unidas, en el 11^{er} período de sesiones llevadas adelante en Viena del 16 al 25 de abril de 2.002, lo cual no deja de ser un dato importante a tener en cuenta: a) *recordar* que en el mundo entero ha habido un significativo aumento de las

Ríos en el “1er. Congreso Internacional de Probation, Paraná, Entre Ríos, 2.008”. Editada en 2.008). p.19.

iniciativas en materia de justicia restitutiva; b) *recalcar* que la justicia restitutiva es una respuesta evolutiva al delito, pues respeta la dignidad e igualdad de todas las personas, favorece al entendimiento y promueve la armonía social; c) *destacar* que este enfoque permite a los afectados por el delito compartir francamente sus experiencias y sentimientos; d) *enfaticar* que este enfoque da a las víctimas la obtención de una reparación, sintiéndose más segura, pues intenta cerrar una etapa; y e) *reconocer* que el uso de la justicia restaurativa no menoscaba el derecho de los estados de perseguir a los presuntos delincuentes.²⁷⁸

Claro que la llegada de estos institutos de resolución alternativa de conflictos para los casos penales es resorte del Poder Legislativo y la mayoría de los últimos códigos procesales los contemplan. Reforzando las críticas ya hechas al fenómeno “Blumberg”, responsabilidad del Congreso de la Nación, queda claro que el mismo es continente de una verdadera inflación legislativa que obviamente va en dirección opuesta al minimalismo penal. Sin embargo, al menos en proyectos legislativos, el legislador nacional también advierte sobre la necesidad de incorporar la mediación a casos penales. Pueden señalarse los presentados por los diputados nacionales Castro, Bravo, Carrió y otros (Nro. 2.265-D-01); también el de los diputados Basteiro, Walsh, Pérez Suarez, Llambí, Cafiero y otros (Nro. 6.880-D-04). También otro de los diputados Liliana Bayonzo y Héctor Romero (trámite parlamentario Nro. 89, presentado el 11/07/02), otro del senador nacional Ramón Saadi (registrado con Nro.S.2.368/5). En igual sentido, el proyecto de Mediación Penal presentado por los diputados nacionales María del Carmen Falbo y Franco Caviglia (Expte. Nro. 7.455-D-2.002).

En marzo de 2.008 fue presentado otro proyecto, a cargo del entonces diputado nacional Oscar E. Massei, cuyo contenido comparto y estimo sería de suma utilidad en nuestra provincia. Contempla la creación de la mediación obligatoria frente a los conflictos sociales, procurando prevenir la violencia y gestionar estos con criterio democrático. Se proyecta crear una Comisión de Mediación, que funcionará en la órbita del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, y que intervendrá en los conflictos que reconozcan como causa reivindicaciones sociales, comunitarias, políticas, gremiales y estudiantiles, quedando incluidos los cortes de ruta, las movilizaciones populares, la interrupción del

²⁷⁸ SÁNCHEZ FREYTES, Fernando. “Implementación de la mediación judicial en todos los poderes judiciales”. Ponencia del XI Congreso nacional y I Internacional de capacitación judicial”, Resistencia, Chaco, septiembre 2.007.

tránsito terrestre, naval o aéreo, la toma de establecimientos públicos o privados, la ocupación de inmuebles y cualquier manifestación análoga (arts.1 y 2).²⁷⁹

Esta comisión intervendrá en los conflictos referidos y se labrará acta del resultado de la misma, la cual será remitida al juez competente (art.3, claro que con un proceso acusatorio el acta sería remitida al fiscal). El mismo proyecto, a la par de invitar a las provincias a formar en su ámbito comisiones de mediación análogas (art.7), propone incorporar como art.34 bis del Código Penal de la Nación un texto que prevé la exención de pena para las conductas vinculadas al conflicto, si la intervención de la comisión de mediación logró el arribo de un acuerdo y si no se ejerció violencia sobre las personas ni se utilizaron armas. Si la mediación no tuvo éxito, se hará una intimación ordenando el cese de las acciones que afecten derechos de terceros, y solo si la orden no es obedecida se podrá hacer uso de la fuerza pública para hacer cesar la comisión de los delitos (art.5). Se trata de una expresión del carácter subsidiario o de última ratio del derecho penal pero, además, de buscar una solución uniforme a este tipo de conflictos, por ejemplo los cortes de rutas, los cuales -más allá de su analogía- han tenido (y tienen) respuestas estatales absolutamente dispares, siendo aquellas tolerantes (generalmente con el descontento de terceros afectados por la medida) o intolerantes, con intervención de la justicia castigando tal accionar (es común citar en este segmento el fallo “Schifrin”, de la Sala I de la Cámara de casación penal del 3/7/02), lo cual genera debates interminables²⁸⁰ pero no aporta soluciones concretas siendo que tales conflictos se presentan a diario a lo largo y ancho del país.

Capítulo V

La organización del Ministerio Público

5.1. Principios que la deben regir

Este segmento ostenta muchísima importancia a la hora de pensar qué, lo que actualmente significa el Ministerio Público, debe ser cambiado radicalmente: su organización actual refleja la estructura de la organización de la judicatura, siendo esto otra decisiva razón por la cual el Ministerio Público Fiscal no incide ni aporta nada en la investigación penal y ni

²⁷⁹Cámara de Diputados de la Nación. Mesa de entradas, 4 de marzo de 2.008, Sec:D 1* 265 Hora 20.15.

²⁸⁰GARGARELLA, Roberto. “*Carta abierta a la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*”. (Siglo XXI editores, 2.006), pp.20-27.

quiera cumple función alguna en la preservación de la imparcialidad del juez. Implementar con éxito una reforma con pretensiones de hacer también un cambio cultural es muchísimo más difícil que lograr un cambio normativo. Los procesos de reforma que se han materializado en los últimos veinte años en nuestro país y en los de la región, han dado razón a Binder en referencia a la cuestión del “fetichismo normativista”: es común pensar que un nuevo código es una reforma de justicia cuando solamente es un instrumento para posibilitarla pero que reconoce otros componentes claves en los ámbitos culturales, organizacionales, económicos y de gestión.

Esto necesariamente implica una transformación organizacional. Hoy nuestros fiscales le prestan atención al trámite antes que a la solución de los conflictos. Hace algún tiempo (2.007) Panamá escribía en la exposición de motivos de su ley orgánica de Ministerio Público: “el modelo tradicional de las fiscalías está asociado al rol de un “fiscal tramitador”, donde el expediente aparece como el destinatario de la mayoría de los actos y esfuerzos, lo que ha llevado a un sistema judicial burocratizado en donde los rostros, las expectativas y los intereses de las personas se pierden y desdibujan”. También: “las unidades y plataformas de trabajo de los fiscales deben estar en condiciones de enfrentar el reto, desarrollando capacidad para la utilización de mecanismos de depuración temprana de casos, aplicar medios de resolución alternativos, litigar en audiencia en todas las etapas del proceso e investigar con profesionalismo y mayor celeridad”. Todo esto es enteramente aplicable a nuestra situación, tanto provincial como nacional.

Recordemos que nunca se prestó atención al problema de la cultura organizacional y ello ha posibilitado que la función de la fiscalía sea considerada como la de simple auxiliar de los jueces. Más aún, el Ministerio Público Fiscal ha quedado atrapado dentro del contexto del sistema inquisitivo y se ha arribado a una absurda inversión de roles de lo que debería ser la relación básica: es el juez (de instrucción) el que investiga y el fiscal dictamina sobre el valor de la investigación. Prueba de la organización refleja adquirida por la fiscalía es, por ejemplo, que existen fiscales de primera instancia, fiscales de cámara y, los miembros componentes de la institución, toman parte de la carrera de la magistratura. Todo esto ha posibilitado también, que las fiscalías sean agencias que funcionan sin comunicación entre ellas, generando actuaciones dispersas y obstaculizando cualquier control racional. Esto último es mucho más relevante que la individual autonomía funcional que logra cada fiscal en su diaria actividad ante “su” Juzgado. Hace falta recurrir a una anécdota contada por Julio

Maier para graficar el funcionamiento de las fiscalías y los tribunales: “les voy a contar como se comunican dos fiscales, el fiscal 23 y el fiscal 24, por ejemplo. Vamos a suponer que el fiscal 23 necesita algo que le puede proporcionar el fiscal 24; por ejemplo, un expediente administrativo donde conste la compra de un revólver, y supongamos que lo necesita, por alguna razón vinculada con alguno de sus casos. Cada uno tiene un caso -lo digo porque se confunde con legajo de papeles, y si desaparece ese legajo de papeles, no tienen más un caso-. Cómo hace el pedido? están ubicados uno al lado del otro; los separa una puerta que normalmente utilizan, por ejemplo, cuando uno le pregunta al otro qué va a hacer esa noche. Pero claro, cuando tienen que pedir una cosa vinculada con el expediente, el fiscal 23 le escribe una carta al fiscal 24 y se la da a un empleado suyo que la anota en un libro. Ese empleado también hace un recibo en otro libro que se llama libro de recibo. Con ese libro de recibo y la carta, el empleado sale de su oficina, da la vuelta y entra por la otra puerta a la fiscalía 24, allí un empleado firma en su libro de recibo, el primer empleado vuelve y deja el libro de recibo otra vez en la fiscalía 23. ¿Qué tiene que hacer el empleado de la fiscalía 24? Tiene que anotar en su libro de entradas que ingresó esa carta, y agregar una serie de indicaciones. Luego pone la carta en un cesto de papeles para que alguien la lea. Primero la lee un pinche, que proyecta, por escrito, algún tipo de decisión sobre esa carta; por ejemplo escribe: “no te voy a mandar lo que me pedís porque lo necesito yo”, o bien. “te voy a mandar lo que me pedís”. Esto se escribe de la forma que normalmente se usa para escribir las decisiones judiciales. Le lleva el escrito a su fiscal. El fiscal lo lee y, si le parece bien, lo firma. Vamos a suponer que no lo modifica, incluso que lo redacta él mismo. Esta decisión, en caso afirmativo, dirá: “escríbase a mi colega una carta diciéndole que acá tiene a su disposición lo que me pidió”. No terminamos, todavía tienen que proyectar esa nueva carta, porque hasta ahora solo tenemos una decisión que dice: “líbrese oficio haciendo saber a mi colega que es posible acceder a lo solicitado”. Ahora alguien tiene que proyectar ese oficio, esto demora tres cuatro días, escribir una carta no es tarea fácil. Una vez que está lista se la presenta de nuevo al fiscal y podemos suponer que el fiscal 24 cambia algo pero, al final, la firma. Con la carta firmada, el empleado lo anota en el libro de entradas y le da de baja a la otra anotación diciendo que ya contestaron y hacen un recibo en su libro de recibos para que lo firmen del otro lado de la puerta diciendo que recibieron la respuesta a la carta. Después todo eso sigue y sigue hasta que mandan a alguien a buscar eso que piden y todo este ir y venir dura meses y meses; esto es lo que hacen todos los días en tribunales y fiscalías. ¿Por

qué no se lo pide por teléfono? ¿Por qué no golpea la puerta? En el caso que se necesite una constancia; ¿por qué no limitarse a decir que el expediente lo tiene tal persona? Porque hay una desconfianza extrema y todos piensan que les van a robar el expediente. No hay forma de no seguir esos pasos. Ese funcionamiento burocrático nos confunde y nos hace perder de vista “el caso” creyendo que esa es la realidad y no lo que pide la ley que es que se persiga penalmente”.²⁸¹

Teniendo como norte la superación de la antifuncionalidad e irracionalidad de lo descrito, en el proyecto propuesto se plantea un Ministerio Público Fiscal con organización propia, con basamento en los principios de unidad, jerarquía y autonomía, además de preverla flexible para que puedan implementarse dinámicas políticas de divisiones de trabajo internas. Esto, a su vez, redundará en una notable mejoría en la optimización de los recursos de la institución y permitirá definir con precisión metas y objetivos.

5.2. Tercera propuesta: flexibilización, simplificación, desformalización, especialización

La estructura del Ministerio Público Fiscal debe ser dinámica, flexible y también especializada para lograr una mayor eficacia en la investigación. El fiscal ya no puede ser considerado un enciclopedista que debe conocer con detenimiento y, en la práctica todas y cada una de las materias que integran el catálogo penal. Por el contrario, debe tender a la especialización de su conocimiento. Más aún, la organización de los fiscales debe asemejarse más a la que tienen los abogados que forman parte de un estudio jurídico, que a la organización judicial. Es así porque la tarea del Ministerio Público Fiscal es distinta a la de los jueces y requiere distinta organización.²⁸²

²⁸¹GORANSKY, Mirna. “*Hacia un Ministerio Público eficiente y eficaz*”. Ponencia presentada en el “I Congreso Federal de Justicia Penal, UBA, 2,3 y 4 de mayo de 2.007”. Op. cit. p.13.

²⁸² El diseño organizacional del Ministerio Público de Ciudad Autónoma de Bs.As. tiene muy en cuenta esta temática, puede verse una explicación del funcionamiento del organismo en el trabajo de Barcia, Claudia; Boerr Jorge y Unrein Gabriel. “La reforma procesal penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Experiencia de innovación en el Ministerio Público Fiscal”. (en: *Primer encuentro nacional, Redex Argentina*. Editorial Advocatus, 2.009). pp.61-104.

La posterior subdivisión en grupos de las distintas agencias fiscales, según los objetivos trazados, será materia de una resolución del fiscal general, pero las bases han quedado descriptas en el articulado del proyecto propuesto. Relacionado con la especialización de las distintas agencias, Miranda Estrampes postula la creación de Unidades Multidisciplinarias de Investigación, supervisadas y coordinadas por un fiscal, que se integraría con profesionales de otras ramas, en función del tipo o categoría de delito a investigar, con un adecuado reparto de funciones, con expertos policiales, inspectores de hacienda u otros funcionarios públicos²⁸³. Señala que la creación de tales agencias junto a una adecuada informatización de los canales de comunicación solventaría la excesiva burocratización de las actuales solicitudes de ayuda a órganos estatales o públicos que realizan los fiscales. La experiencia demuestra que tales solicitudes retardan indebidamente la tarea investigativa.

La asignación de casos deberá ser horizontal o por flujo y no individual o por caso. Este último sistema implica que el fiscal, a quien se le ha asignado determinado caso, es el único que resuelve sobre el mismo y concurre a las audiencias que sus casos generan. Esto produce importantes espacios de tiempos muertos y no se aprovechan recursos humanos que una organización de trabajo horizontal sí posibilita²⁸⁴. La organización de la fiscalía debe estar preparada para dar una respuesta ágil a los nuevos requerimientos a los que será sometida, por ejemplo, en litigación: la habrá inicialmente (por ejemplo cuando se debata sobre la aplicación de alguna medida de coerción), durante alguna audiencia preliminar, también durante la etapa intermedia, en el juicio (con reglas totalmente opuestas a las que se observan en el juicio del sistema procesal mixto) y también durante la ejecución penal. El nuevo Código Procesal Penal del Neuquén fija normas muy claras sobre esto.²⁸⁵

²⁸³“*El fiscal como director de la investigación: retos y desafíos del nuevo modelo de investigación penal*” (online) Trabajo de investigación originado en ponencia impartida por el autor en el Curso Ministerio Fiscal y Policía Judicial dentro del Plan Extraordinario de Formación de Fiscales en Barcelona, octubre de 2.006. (consultado en segunda quincena de enero de 2.012) p.13. www.dijuris.com/index.php?page=shopproduct...id

²⁸⁴ DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian. “Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina”. En el *Seminario Interamericano sobre modernización de la persecución penal en América Latina*. Mar del Plata, Buenos Aires, 2.005. (Publicación del Centro de justicia de las Américas -CEJA-, 2.005), p.18.

²⁸⁵ Así, entre los principios del proceso se encuentra el de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplificación y celeridad -art.7-; todas las peticiones o planteos de las partes que deban ser debatidas se plantearán y se resolverán en audiencia oral y pública -arts.75 y76-; la imposición de las medidas de coerción se hará en audiencia previo escuchar a las partes -art.116-; en la etapa de la investigación preparatoria, cuando la fiscalía formule concretamente los cargos habrá una audiencia con el Juez y la defensa -art.133-; igualmente en la etapa intermedia - arts.168 y172- ; también en la etapa de control de las decisiones judiciales el Tribunal de Impugnación convoca a audiencia oral y pública para discutir oralmente los fundamentos de los recursos -art.245-; igualmente sucede con la ejecución penal -art.259 y ss-.

La fiscalía deberá contar con una oficina de atención temprana, encargada del servicio de guardia, del asesoramiento a usuarios y policías y de la derivación a la agencia fiscal que corresponda según la división a realizar por el fiscal general. La atención primaria en el ámbito del Ministerio Público, por una parte, busca solucionar los problemas de acceso a la justicia de las víctimas de los delitos y, por otra, se orienta a la administración de todas las respuestas institucionales que el organismo puede aplicar por sí, sin intervención de los órganos jurisdiccionales²⁸⁶. Será el primer nivel de acceso a la justicia por parte de la víctima. Claro que también se relaciona todo esto con la llamada “justicia de proximidad”, en donde la fiscalía debería desarrollar programas coordinados con la autoridad más próxima al ciudadano: el juez de paz, cuya función se ha desnaturalizado dentro de la actual administración de justicia.

Separada de la oficina anterior, actuará otra que evaluará, seleccionará y decidirá el destino de todos los casos ingresados al organismo. Así podrán existir casos para ser desestimados o archivados, otros podrán ser derivados a una agencia de gestión rápida (aplicación de soluciones alternativas, o de algún procedimiento abreviado) y otros que serán derivados a la agencia correspondiente para su investigación, en donde habrá gestiones procesales y operativas. Los alcances de la actividad primaria dependerán en gran medida de las necesidades de las víctimas, pero pueden distinguirse hasta tres niveles de intervención. Así, en un primer nivel pueden ser incluidos el asesoramiento, orientación, recepción de denuncias y atención inmediata en situaciones de conmoción. En un segundo nivel, la adopción de medidas de protección y de acompañamiento durante las instancias procesales. Por último, en el tercer nivel, la adopción de las decisiones tempranas sobre el caso, la realización de indagaciones previas, la promoción de soluciones consensuadas o la asignación del caso a un fiscal para que inicie la investigación²⁸⁷. Precisamente en Cuenca, Ecuador, dentro de la implementación del “Modelo de gestión de la justicia penal”, aproximadamente desde el año 2.006, el Ministerio Público comenzó a trabajar con una Unidad de Atención Temprana. Además de la búsqueda de mejoras en las respuestas al usuario, el modelo persiguió agilizar el procedimiento penal mediante la coordinación de las instituciones involucradas en actividades conjuntas.²⁸⁸

²⁸⁶ MENDAÑA, Ricardo J.; ARIAS SALGADO, Alicia. “El Ministerio Público y la atención primaria de la conflictividad penal”. (en: *Urvio*. Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana. Flacso, Ecuador, enero 2.008). p.26.

²⁸⁷ *Ibidem*, p.29.

²⁸⁸ *Ibidem*, p.29.

Sobre la imperiosa necesidad de desformalización y la supresión del expediente como condiciones para lograr un verdadero juicio oral, público y respetuoso de la imparcialidad reconocida constitucionalmente, he sostenido ya en el año 2.003²⁸⁹, que la única solución posible consistía en suprimir el expediente, pues éste es la unidad central de nuestro procedimiento penal y es donde se concentra la mentalidad hija de muchos años de rutinaria práctica, ritual y formalista, tal como la heredáramos de España en la época de la colonización. El protagonismo que ha cobrado históricamente en los sistemas mixtos el expediente, y la forma en que se colectó la prueba que contiene, lleva a expresar que los jueces de instrucción se han convertido en verdaderos tribunales de sentencia, influyendo con sus actos (mejor, con sus actas), y a pesar de que no debieran, en la decisión final²⁹⁰. Ahora bien, en los tiempos que corren, y aún en ordenamientos procesales que establecen resolver cuestiones de la investigación por audiencias, el expediente continúa representando un problema central y se continúa planteando su desaparición ya como un objetivo político para la reforma²⁹¹. Los autores plantean como regla orientativa del legajo desformalizado que llevará el fiscal en la investigación preparatoria el límite que impone el respeto a los principios de objetividad, celeridad y buena fe en la forma en que se acumula la información, a riesgo no solamente de violentar los principios mencionados sino también el derecho de defensa en juicio (p.326). Toman como ejemplo a no seguir lo regulado sobre el particular en la ley orgánica de Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires (a la que remite sobre el particular el Código de Procedimientos, art.284) que en los arts.74 y 75 dispone: “durante la investigación penal preparatoria se atenderá al principio de economía procesal en la recolección de pruebas, pudiéndose prescindir de la instrumentación de aquellas que se consideren innecesarias para requerir la elevación a juicio. Para la incorporación de la prueba y realización de diligencias no serán necesarias otras formalidades que las indispensables para garantizar la validez y entidad convictivas de los actos” (art.74) y “la prueba que se reserve el agente fiscal en la investigación penal preparatoria, dará lugar a la formación de un legajo que se individualizará, registrará, foliará debidamente y será secreto hasta la audiencia de ofrecimiento de prueba para la realización de juicio. En él se reunirán todas las anotaciones

²⁸⁹TRINCHERI, Walter Richard. “Desformalizar la investigación”. (en: *XXII Congreso nacional de derecho procesal*. Paraná, Entre Ríos 2.003. Tomo II. (Editorial Rubinzal Culzoni, 2.003), pp.239-240.

²⁹⁰CAFFERATA NORES, José (y otros). “Bases para el estudio preliminar de una reforma procesal penal en la provincia de Río Negro. Año 2.001” (inédito).

²⁹¹GARCIA YOMHA, Diego; MARTÍNEZ Santiago. “Lineamientos para una investigación desformalizada. El cambio cultural del expediente al legado de investigación”. (en: *Revista de Derecho Procesal Penal, La investigación penal preparatoria*. Rubinzal Culzoni, 2.011-1), pp.315-316.

relacionadas con la producción de diligencias por parte del Ministerio Público, evitando en todo en cuanto sea posible la confección de actas. Los interrogatorios de los testigos, peritos e intérpretes y demás actos susceptibles de ser reproducidos en la etapa de juicio deberán ser volcados en el legajo fiscal por simples anotaciones, en las que deberá consignarse, además de los datos personales del entrevistado, un resumen de sus manifestaciones” (art.75). La crítica realizada consiste en sostener que “se han utilizado los conceptos propios del registro de la desformalización de la investigación para el legajo de reserva de actuaciones y no en el legajo de investigación. Esto ha generado que se replique el expediente para la tramitación de la investigación y que se lleve, en paralelo, un legajo de reserva en el cual se resguardarán determinadas cuestiones que no son públicas para las partes, pues en él se desea proteger una información que puede poner en riesgo por ejemplo a un testigo o a la investigación (vg. escuchas telefónicas)” lo que permite observar que la fórmula utilizada por el legislador identifica el legajo con la reserva de la actuación y además el expediente sigue ocupando un lugar central en el proceso, con los mismos ritos que los sistemas inquisitivos o mixtos²⁹². Por último, se sugiere que la normativa respectiva disponga la creación de una “carpeta judicial” que contenga la actividad desplegada por los jueces (por ejemplo, la incorporación del auto de elevación a juicio) a fin de evitar cualquier solicitud de remisión del legajo fiscal por parte de la judicatura a la fiscalía, previsiones que son tomadas en el proyecto de reformas del código procesal federal (denominado proyecto “Albrieu”, Expte.4050-D-2.010) en los arts.59 y 200.²⁹³

Según Héctor Superti, la “oralidad”, a nivel ideológico interno del proceso penal, no tiene relación con el “sistema acusatorio”, más allá que algunos autores presenten ambos términos como sinónimos. Recurre a Adolfo Alvarado Velloso, quien distingue los principios procesales (directamente vinculados al sistema acusatorio) de las reglas procesales (método que se adopta para el debate) que no tienen incidencia determinante sobre el sistema. Abonando su tesis, el autor recuerda que los procesos inquisitivos de la Edad Media se resolvían oralmente y que, por el contrario, se puede observar que muchos sistemas procesales civiles, decididamente dispositivos (acusatorios), utilizan la escritura. Lo primero tiene que ver con una regla o forma de debate (discutir por escrito u oralmente) y lo segundo con el papel que se le adjudica a los sujetos esenciales del proceso (actor-imputado-juez). Nunca la oralidad es establecida de manera exclusiva como forma de desarrollar los juicios. En el

²⁹² *Ibidem*, pp.330-331.

²⁹³ *Ibidem*, p.333.

sistema escrito existe oralidad (los testigos declaran a viva voz) y en los procedimientos orales se utilizan documentos escritos (por ejemplo las actas de debate). Según Superti lo que determina si un juicio es escrito u oral es la prioridad que se le dé al acta respecto del acto o viceversa²⁹⁴. Con la oralidad se privilegia el acto respecto del acta. Las partes en sus alegaciones y el juzgador en su resolución pueden utilizar todo lo que percibieron en la audiencia, figure o no en el acta (es más, la mayoría de las circunstancias no van a constar en ellas). En cambio, el debate escrito atribuye mucho más valor al acta que a los actos que documenta²⁹⁵. De ahí aquello que “lo que no figura en el expediente no figura en el mundo”. En esa lógica, si en una audiencia un testigo hizo gestos o efectuó manifestaciones que no se consignaron en el acta respectiva, y al dictar sentencia el juez (que estuvo presente en la testimonial) las utiliza, estaría incurriendo en arbitrariedad por utilizar prueba que no figura en los autos²⁹⁶. No está demás recordar que siempre ha sido tema debatido en doctrina la cuestión de la oralidad y la escritura, aunque Guillermo Nicora afirma que en nuestro país la propulsión de la justicia es a tinta y no a saliva²⁹⁷.

Para lograrse un juicio público e imparcial, además de la transferencia de la investigación preparatoria al Ministerio Público, es ineludible la tarea de desformalizar la misma, para establecer un procedimiento más rápido, ágil y efectivo, que de manera real logre que el juicio público se constituya en el centro de la actividad judicial.

Dicho lo anterior, el acusador llegará a la instancia de juicio en donde pretenderá la condena del imputado acompañado de un reducidísimo legajo que solo contendrá información para producir prueba de cargo en ese estadio, en el juicio. En tal legajo obrarán aquellos elementos de prueba colectados de acuerdo a lo establecido para los actos definitivos e irreproducibles, que se podrán introducir al debate, de acuerdo a las excepciones establecidas en el Código de Procedimiento Penal. Nada más que eso²⁹⁸. El resto del legajo se compondrá de simple información. Se tratará de las identidades de los testigos o peritos que sólo

²⁹⁴ SUPERTI, Héctor C. “Imparcialidad del Juez. Los poderes del órgano jurisdiccional”. (en: *XXII Congreso nacional de derecho procesal*. Paraná, Entre Ríos, 2.003. Tomo II. Editorial Rubinzal Culzoni, 2.003). pp.245-246.

²⁹⁵ *Ibidem*, p.246.

²⁹⁶ *Ibidem* p.246-247.

²⁹⁷ Citado por GARCÍA, Yomha Diego; MARTÍNEZ, Santiago. “Lineamientos para una investigación desformalizada. El cambio cultural del expediente al legajo de investigación” (en: *Revista de derecho procesal penal. La investigación penal preparatoria*. Editorial Rubinzal Culzoni, 2.011-1); en donde inclusive se recuerda la polémica entre dos grandes procesalistas: Alfredo Vélez Mariconde (a favor de los juicios orales) y Mario Oderigo (defensor del juicio escrito), p.334.

²⁹⁸ El nuevo Código Procesal Provincial -Ley 2.784- establece en el art.182 que salvo lo atinente al anticipo jurisdiccional de prueba carecerá de valor cualquier prueba escrita que se pretenda introducir.

prestarán juramento y declararán en el juicio. O el nombre y apellido de aquél oficial de policía que hubiera sido responsabilizado para investigar cierto hecho y cuyo testimonio, prestado ante el tribunal de juicio, permitirá al fiscal explicar sobre las diligencias realizadas y cargar contra el acusado.

No debe perderse de vista que todos estos serán aportes a realizar desde el Ministerio Público, actor importante pero no el único dentro del nuevo modelo adversarial del sistema acusatorio, basado en audiencias²⁹⁹. Entonces, además de la reforma normativa sobre el sistema de enjuiciamiento, operará también un cambio sustancial sobre cómo se lleva adelante tal enjuiciamiento. Esto pone al desnudo, un tema complejo pero que resulta ineludible mencionar: el de la estricta separación de la función jurisdiccional de la administrativa; lo cual aplicado con fines de eficiencia implicará que los jueces abandonen para siempre las funciones administrativas, quedando en manos de una suerte de oficina judicial, encargada de organizar las audiencias, ordenar las comunicaciones, dictar las resoluciones de mero trámite, disponer la custodia de los objetos que se hayan secuestrado, dirigir al personal administrativo, entre otras tareas. Ahora bien, tampoco resultaría recomendable que tales “oficinas judiciales” sean comandadas por abogados, aunque es una alternativa como ha sido el caso del Chubut, que efectivamente aplica el nuevo sistema desde agosto de 2.006, y con bastante buen suceso³⁰⁰, debido a que la materia o el contenido del trabajo a realizar parecen más propios de un técnico en administración, como son los casos de Chile y el nuevo Código santafecino.³⁰¹

Claro que habrá resistencia de la judicatura a tales cambios, pues implicaría que cuestiones como: la administración eficaz y eficiente del tiempo del juez, la observancia de

²⁹⁹ Se ha escrito en ese sentido que “...uno de los problemas identificados en los procesos de implementación que iniciaron el tránsito hacia el acusatorio está dado por haber pretendido implementar un sistema oral con instituciones fuertemente organizadas en torno a la escritura. Y aquí no se trata de realizar juicios de valor sobre la bondad o maldad de los sistemas, sino que se trata de establecer que si una institución estuvo organizada alrededor del papel y alrededor del cambio normativo el mandato es organizarse alrededor de las audiencias, es imposible pasar de una metodología a la otra siguiendo los mismos parámetros de actuación...” Redex Argentina, 1er. Encuentro Nacional de capacitadores del Centro de estudios de las Américas -CEJA-. (Editorial Advocatus, 2.009), p.17.

³⁰⁰ Sobre el elogiado funcionamiento en gestión judicial chubutense puede verse el informe de BARROSO, Griffiths; NIETO DI BIASE, Marcelo. “Las oficinas judiciales de la provincia del Chubut”. (en: “Primer Encuentro Nacional. Redex Argentina”. Editorial Advocatus. Edición 2.009). pp.105-137. También BARROSO, Griffiths; NIETO DI BIASE, Marcelo. “La reforma procesal penal en Chubut. Implementación de una nueva gestión judicial”. (en: *Reformas de la Justicia en América Latina. Experiencias de innovación*. Publicación del Centro de estudios de justicia de las Américas -CEJA-, 2.010). pp.93-232.

³⁰¹ El nuevo CPP del Neuquén (L.2.784) prevé la Oficina Judicial y fija con precisión las funciones pero deja a la futura Ley orgánica de la Justicia Penal la composición y funcionamiento, art.39.

los horarios, el exceso de cuartos intermedios, las inasistencias sin justificativos de algunas de las partes, etc., serían todas situaciones que harían al manejo de la agenda judicial pero que estarían fuera de la injerencia de los jueces pues serían funciones administrativas ajenas a su competencia (estrictamente jurisdiccionales). Habrá lógicamente tensiones, pero se impone dar al tema la importancia merecida debido a que la gestión judicial es parte esencial y necesaria en una administración eficiente de justicia.

García Yomha señala que el cambio normativo sin el acompañamiento de nuevas prácticas, adecuadas al nuevo modelo, termina por alimentar críticas contra la ley procesal misma señalándose, como conclusión, que el código anterior funcionaba mejor. Es decir, debe operar un cambio integral que supere ampliamente lo normativo y, para ello, debe dejarse de lado el argumento recurrente de que el éxito que ha tenido esa transformación en otros lugares no puede lograrse en nuestro país. De acuerdo al citado autor, tales argumentos constituyen un problema porque consisten en afirmaciones que carecen de cualquier fundamento razonable o empírico, ejemplificando con una posición expresada por Luis César Otero en diciembre de 2.007, en la revista “Y considerando” Nro.79, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la justicia nacional: “se ha planteado la sugerencia de que los jueces se dediquen exclusivamente a dictar sentencias y que el funcionamiento de la estructura del tribunal se encuentre a cargo de administradores judiciales. No me parece acertada esta iniciativa, pues, sin perjuicio de que funcione en otros países como Chile, en nuestro país la idiosincrasia, cultura y organización judicial, desde sus albores, cuenta con la figura del juez que conduce toda la estructura administrativa y funcional que conforma un grupo de trabajo de funcionarios y empleados con una labor que se encuentra interrelacionada en todos los aspectos de la actividad jurisdiccional, formando eslabones en cuanto a las funciones y actividad que desempeñan, y que culmina con una actuación judicial sustanciada de acuerdo a parámetros delineados por el juez que se eleva para el dictado del decisorio definitivo. Una propuesta como la citada separa al juez y lo aísla exclusivamente a la función jurisdiccional, que si bien es lo más importante, no puede desentenderse del funcionamiento y prestación de la actividad integral del órgano judicial a su cargo. Este es un claro ejemplo de los límites de adoptar modelos que pueden ser eficaces en naciones con otra cultura, pero que fracasarán, según mi criterio, de trasplantarse a nuestro Poder Judicial”. Como señala el mismo García Yomha, aquellos países en que ha funcionado la delimitación de las funciones administrativas y jurisdiccionales reconocen idéntica cultura a la nuestra al ser productos de la llegada del

español al continente, además de haberse registrado el mismo problema en el proceso de cambio procesal³⁰². Nosotros podemos agregar que Chile comenzó su reforma procesal mucho tiempo después (entre cinco y siete años) que algunas provincias argentinas (Córdoba, Tucumán), dos años con posterioridad a otra (provincia de Bs.As.) y un año más tarde respecto a otro Estado provincial (Mendoza) y realmente debe reconocerse a los trasandinos la celeridad operada en la adaptación al nuevo sistema, e incluso varios de sus operadores se han convertido en capacitadores de vanguardia en toda Latinoamérica. Algo asombroso porque no podemos perder de vista que ellos, hasta octubre del año 2.000, se regían con un sistema que con humor describen como “inquisitivo reforzado” debido a que ni siquiera existía la fiscalía³⁰³. A partir de esta realidad, no cabe el intento de alegar idiosincrasia o cultura judicial u organizacional como obstáculo para encarar el cambio.

Sin embargo, amén de compartir la posición que defiende (por necesaria) la estricta separación descripta, no puede soslayarse que la eficiencia en la prestación del servicio de justicia a la ciudadanía está por encima de todos los operadores judiciales y bien vale intentar el cambio si está precedido de exitosos precedentes.

5.3. Importancia de la capacitación. La litigación como herramienta esencial en todas las etapas

El presente apartado aborda en primer término la permanente promoción, capacitación y especialización de todos los miembros del Ministerio Público; siendo resorte del Fiscal General la aprobación de los pertinentes programas orientados a formar los recursos humanos.

³⁰² GARCÍA, Yomha Diego, “La gestión de los tribunales como herramienta esencial para un funcionamiento eficaz del sistema judicial” (en: *Revista de derecho procesal penal. El proceso penal adversarial*. Tomo II. Editorial Rubinzal Culzoni, 2.009). pp.253-254.

³⁰³ Fue suprimida en la década del 30, concretamente en 1.927, lo cual es considerado por Julio Maier como un ejemplo de falta de hipocresía por el irrelevante papel que le aguardaría al Ministerio Público en una normativa de esas características, citado por GORANSKY M. “Hacia un Ministerio Público eficaz, eficiente y democrático”. (Editores Del Puerto, 2.008), p.213.

La tarea de planificar y materializar la capacitación en forma integral es una vieja asignatura pendiente en el mismo Poder Judicial. Desde siempre, la capacitación y perfeccionamiento de los magistrados y funcionarios ha sido fruto de esfuerzos personales.

Ahora bien, un Ministerio Público llamado a cumplir una función específica, con una estructura especializada y flexible, debe asumir esta tarea en forma obligatoria, permanente y coordinada. La capacitación debe ir acompañada de la previsión de una verdadera carrera del Ministerio Público Fiscal, a partir de que la especialización posibilita el ascenso en el ejercicio de funciones dentro de la institución, sin ser necesario que el funcionario mute a otros organismos con el solo fin de progresar en su carrera judicial.

Al respecto, señala Duce³⁰⁴ que un adecuado diseño de los programas de capacitación constituye un factor clave para apoyar las transformaciones esperadas. A menudo se toma conciencia de la importancia de la capacitación y se erogan fuertes sumas de dinero pero eso no significa que los programas ejecutados hayan sido los adecuados. El verdadero problema no pasa por falta de conciencia general sobre la capacitación ni falta de recursos, sino que los nuevos desafíos del Ministerio Público se enfrentan con herramientas e instrumentos de capacitación inadecuados, que reproducen lógicas instaladas en los sistemas de formación legal desde muy antiguo.

La capacitación requerida por los fiscales es una capacitación especial, que pueda ser utilizada para enfrentar los cambios y que, a su vez, pueda transformarse en una herramienta poderosa para apoyar esos cambios. En general, los programas de capacitación de los fiscales de América Latina han enfatizado primordialmente un análisis teórico o puramente doctrinario y no contextual de las nuevas normas legales. Se ha acentuado en programas que apuntan a que el fiscal adquiera conocimiento normativo de las nuevas reglas de juego, abundando en construcciones teóricas acerca de los principios que gobiernan el sistema adversarial pero eso es propio de la etapa programática de la reforma, no de la capacitación de sus actores. Además, generalmente se adoptan metodologías muy tradicionales con resalto de la clase magistral y la capacidad de memorización de los estudiantes.

³⁰⁴ DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian. “Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina”. En el *Seminario Interamericano sobre modernización de la persecución penal en América Latina*. Mar del Plata, Buenos Aires, 2.005. (Publicación del Centro de justicia de las Américas -CEJA-, 2.005), p.51.

El mismo autor chileno expresa que, en materia de capacitación, hay una lógica que ha sido ignorada: métodos de trabajo distintos requieren metodologías de capacitación también distintas. Es un cambio “de cultura” que llega a la capacitación.³⁰⁵

Es dable señalar que Neuquén transita por un atraso legislativo en materia procesal penal³⁰⁶, pero además tiene todo por hacer en capacitación del Ministerio Público; de manera tal que se impone que el organismo tome nota de las experiencias en otras fiscalías de la región, regidas ya con el sistema acusatorio, a fin de aprovechar los errores y no incurrir en ellos. De acuerdo a Miranda Estrampes la creación de escuelas de capacitación del Ministerio Público o escuela de fiscales, como centros responsables del diseño, elaboración, ejecución y supervisión de las políticas formativas del Ministerio Público constituye un instrumento óptimo para el logro de los objetivos del organismo.³⁰⁷

El cambio de rol del Ministerio Público en el nuevo sistema, conduce a trabajar sobre una capacitación que proporcione herramientas al fiscal para cumplir adecuadamente con su función (entre otras: destrezas en la litigación, evaluación y rápida toma de decisiones en las denuncias, internalización de las soluciones alternativas para resolver los conflictos). El sistema adversarial no se representa en una línea del escenario (conforme sucede con el modelo procesal inquisitivo), es decir, en etapas y extendiéndose en el tiempo de acuerdo a los estadios progresivos de convicción probatoria de los jueces. El sistema acusatorio plantea que a partir de los roles bien definidos de los actores, la estrategia de cada uno de ellos variará de acuerdo a los objetivos y fines que la actuación persigue. Parece oportuno aclarar aquí los términos “adversarial” y “acusatorio”, pues comúnmente se los utiliza en forma indistinta. Muñoz Neira aclara “que el sistema sea adversativo significa que la responsabilidad de investigar los hechos, de presentar pruebas y determinar la argumentación pertinente es de las partes adversarias” controlado por un juez. En tanto que el sistema sea acusatorio “significa

³⁰⁵ Se ha escrito: “...no es suficiente “planificar un curso” sino que la capacitación para la implementación de un sistema por audiencias debe entenderse como un proceso con una metodología específica orientada a situar a los operadores en la función que deberán cumplir de acuerdo a las reglas de una audiencia oral... también acarrea el desafío de dimensionar en su real posibilidad a la capacitación, como motor importante para la producción de un cambio cultural en las organizaciones, pero no como el único elemento a desarrollar sino como integrante de un conjunto de acciones tendientes al mismo objetivo: el logro de poner a funcionar un sistema por audiencias...” Redex Argentina, 1er. Encuentro Nacional de capacitadores del Centro de estudios de las Américas -CEJA-. (Editorial advocatus, 2.009), p.17.

³⁰⁶ Recién en enero de 2.014 comenzará a aplicarse el nuevo ordenamiento.

³⁰⁷ “*El fiscal como director de la investigación: retos y desafíos del nuevo modelo de investigación penal*”. (online) Trabajo de investigación originado en ponencia impartida por el autor en el Curso Ministerio Fiscal y Policía Judicial dentro del Plan Extraordinario de Formación de Fiscales en Barcelona, octubre de 2.006, (consultado en segunda quincena de enero de 2.012) p.31. www.dijuris.com/index.php?page=shopproduct...id

que la carga de probar la responsabilidad del procesado, más allá de una duda razonable, está en cabeza del acusador”³⁰⁸. También Jorge Coussirat rechaza la identidad de ambos términos puesto que una de las características esenciales del sistema adversarial es el principio dispositivo y, además, la naturaleza del rol de órgano acusador, notoriamente diferente al que juega dicho sujeto procesal en nuestros sistemas conocidos como acusatorios³⁰⁹. Aprovechando estas enseñanzas, diría que al estar íntimamente ligada mi propuesta al Código Procesal Penal (ley 2.784) y considerando correctas las observaciones del Dr. Coussirat, en realidad el sistema neuquino sería “acusatorio” (también adversarial en los supuestos en que la fiscalía tiene autorizado disponer de la acción y ejerce tal facultad) salvo que el caso de acción pública se dirimiera entre el imputado y una querrela autónoma sin fiscal (algo perfectamente posible a la luz de las previsiones de tal Código) y la acusación privada abandone la querrela alejándose del juicio, o no concurra a formular el alegato de acusación final, con lo cual estaría disponiendo de la acción y en tal caso reuniría también las condiciones el sistema para ser denominado “adversarial”.

En otro aspecto, quienes han seguido de cerca el funcionamiento de la reforma procesal en los países latinoamericanos, sostienen que la litigación no es solamente una nueva metodología sino otra lógica de enseñanza que difiere de la conocida hasta el momento y que debe complementarse (esta nueva idea gráfica de cómo funciona el sistema) con la capacitación tradicional (diseño legal).

Los últimos Códigos procesales sancionados (Chubut, Santa Fe, Ciudad Autónoma) cuentan con un diseño normativo que permite la realización de un proceso acusatorio/adversarial, conforme la exigencia de la Constitución Nacional. Los llamados Códigos acusatorios de “primera generación” (Córdoba, Tucumán e incluso provincia de Bs.As.) no tomaron en cuenta este recaudo normativo y, en consecuencia, nunca pudieron avanzar sobre reglas idóneas para realizar procesos realmente adversariales³¹⁰. Pero más allá

³⁰⁸ Muñoz Neira Orlando “Sistema Acusatorio en Estados Unidos: fundamentos constitucionales y panorama procesal, edición Legis, 2.006, pag.128 y 130. Citado por MARTÍN Germán Darío en “*Sistemas, defensas y la McDonalización del proceso penal*. Un dialogo entre el sistema procesal penal de Río Negro (Argentina) y el de Colombia”.(Publifadecs, Universidad Nacional del Comahue, 2.011), p. 42.

³⁰⁹ COUSSIRAT, Jorge. “Los plazos procesales y la investigación penal preparatoria”, (en: *Revista de Derecho Procesal Penal*. La investigación penal preparatoria. Editorial Rubinzal Culzoni, 2.011-1), p.85.

³¹⁰ No obstante ello, tales provincias, a quienes se les debe -sobre todo a Córdoba- haber dado la batalla sobre la “legalidad” del sistema acusatorio, están siendo objeto de distintos monitoreos para la implementación de programas de mejoramiento de la justicia penal. En relación a la provincia bonaerense leer el informe de Hazán Luciano y Iud Alan “Informe de evaluación del proceso de fortalecimiento del sistema acusatorio en la provincia de Buenos Aires. Plan de flagrancia”, Revista Redex capacitadores del CEJA, Advocatus, pp.161-

de la faz teórica (que debe ser conocida obviamente) está la parte práctica y sobre ello se debe poner el acento cuando se decide sobre los programas de capacitación. Claro que no solamente de la fiscalía sino de todos los involucrados, a riesgo de resultar juicios de baja calidad cuando no violatorios de garantías constitucionales.

Sabido es que la litigación reconoce dos partes esenciales: el diseño de la teoría del caso (que a su vez consta de la teoría jurídica, la teoría probatoria y la teoría fáctica) y su ejecución. Si se pone el acento exclusivamente en lo que es sin duda la etapa fundamental, el juicio, surgen algunos ejemplos para tener en cuenta a la hora de la capacitación: alegatos de apertura (aquí el litigante expone al juzgador la teoría del caso), cuestiones referidas al examen directo y al contraexamen (y las preguntas sugestivas), a las objeciones, al examen de los expertos (generalmente las partes, por falta de preparación en la materia respectiva, no interrogan al perito y solamente se limitan a lograr que ratifique el trabajo técnico realizado) y a la utilización de prueba material y documental.³¹¹

Sin embargo, el tema de la litigación merece debida atención desde el comienzo mismo del proceso. Al respecto afirma Leticia Lorenzo: “Este trabajo nos ha permitido detectar que la realización de audiencias en la etapa preparatoria es una cuestión que debe abordarse no sólo desde la especificidad de las medidas cautelares, sino también extendiéndose a otras posibilidades, como lo son la aplicación de las salidas alternativas al juicio o las solicitudes de nulidades por parte de los litigantes. Esto en función a que comprobamos que una de las cuestiones problemáticas de la actualidad procesal de nuestro país se da porque, ante la falta de experiencia en materia de litigación oral, hemos llevado a todas las audiencias a la misma dinámica, independientemente de la finalidad que cada una persiga. Así, lo que decíamos originalmente con relación a la audiencia de prisión preventiva como una forma de mini juicio, se hace extensivo a otras audiencias, donde en lugar de discutirse cuestiones específicas comienza a debatirse la responsabilidad penal del presunto autor como si se tratara de un juicio”³¹². Esto transforma las audiencias, según Lorenzo “...en una especie de mini juicio donde el juez comienza a conocer detalles y elementos probatorios

235 y sobre la provincia mediterránea, Mauri, Carolina, Rossi Ivana y Soria Patricia “La reforma procesal penal en Córdoba”, igual publicación pp.237-289.

³¹¹ FARSA, Pablo. “Juicio oral adversarial: sus posibilidades de realización en los sistemas normativos”. (en: *Revista de derecho procesal penal* .El proceso adversarial Tomo I. Editorial Rubinzal Culzoni, 2.008), pp.368-378.

³¹² LORENZO, Leticia; MAC LEAN Soruco Enrique. “*Manual de litigación penal en audiencias de la etapa preparatoria*”. (online) Bolivia, 2.009, (consultado en octubre de 2.010), p.5.
www.scribd.com/doc/57457983/manual-de-litigación

que sólo vendrían a cuento si estuviera juzgándose la responsabilidad penal o inocencia de la persona. Esto genera, en principio, tres inconvenientes importantes:

1. La litigación de medidas cautelares ha perdido de vista su finalidad última que es el desarrollo normal del juicio y se ha convertido en una discusión sobre la responsabilidad penal del imputado. El resultado final de la decisión sobre la aplicación de una medida restrictiva de libertad ha ocasionado que la información transmitida al juez y la calidad de su decisión excluyan de su argumentación que la aplicación de una medida cautelar sólo será razonable en la medida que la misma asegure el desarrollo normal del juicio con el menor perjuicio posible para el imputado.

2. La duración de una audiencia de medida cautelar es exagerada, con el consiguiente efecto negativo para la práctica jurisdiccional (otras audiencias deben suspenderse, el trabajo de preparación de la audiencia de medida cautelar es equivalente al trabajo de preparación de un juicio, las agendas de los juzgados comienzan a colapsar, se genera en definitiva, retardación de justicia).

3. El juicio, en lugar de ser la etapa central del proceso penal, se convierte en una teatralización de lo actuado, en la medida en que dado que la audiencia de discusión de la medida cautelar requiere tanta información, los litigantes comienzan a prepararse mejor para esa audiencia que para el espacio donde realmente debe discutirse la responsabilidad penal del presunto autor.

Esto nos lleva a plantear la necesidad de revisar estas prácticas y esbozar algunos criterios que consideramos necesarios en la actualidad del sistema procesal, a los fines de mejorar la calidad de nuestros procedimientos, dar a cada fase procesal la importancia que merece respondiendo a los fines que le son propios, y posibilitar que los litigantes asuman su rol con herramientas concretas que permitan una litigación de calidad, beneficiando al sistema en su conjunto”.³¹³

Como podrá observarse la dimensión del asunto es de suma importancia si se piensa en la situación actual del Ministerio Público neuquino, litigante dentro de un sistema procesal mixto, en donde la lógica adversarial prácticamente no existe pues netamente se resuelven los casos con el “expediente”. Sus componentes deberán capacitarse y comprender a la audiencia como metodología de trabajo y asumir las reglas implícitas de tal metodología. Básicamente sus argumentaciones versarán sobre proposiciones fácticas, sobre ello deberán

³¹³ *Ibidem*, pp.10-11.

profundizar y convencer y no tanto sobre los aspectos técnicos jurídicos por cuanto el juzgador conoce el derecho sobre cuya aplicación la fiscalía puede estar discutiendo con la defensa. Sostiene Lorenzo que aún en Bolivia, país con casi diez años de desarrollo de la oralidad en su procedimiento penal, es muy común observar cómo los litigantes confunden lo relativo al hecho en sí con el concepto jurídico.³¹⁴

Un fiscal que se precie de responsable conocerá el caso, lo analizará concienzudamente y elaborará su teoría del caso, sin perjuicio que con posterioridad conozca otros elementos que lo lleven a modificar su estrategia. Pero, aun así, nunca puede no tener su teoría del caso pues llegará el momento en que deberá optar entre investigar o no y, si elige lo primero, qué vías elegirá (buscará llegar a juicio o se inclinará por una salida alternativa) y qué herramientas utilizará. Cualquiera sea su elección no puede improvisar o perderá el caso con las consecuencias que ello puede acarrearle. No puede olvidar que el nuevo procedimiento incorpora publicidad en todas sus instancias de modo tal que asegure el control del ciudadano sin perjuicio de la propia custodia interna del organismo.

Esa ausencia de improvisación, el acusador la deberá demostrar litigando en las audiencias, donde deberá exhibir que ensayó su argumentación; que está atento a los argumentos del defensor y que ha verificado la información que utiliza, concurriendo con el respaldo documental cuando sea necesario.

5.4. El régimen interno. Las instrucciones.

Las instrucciones son necesarias para lograr la ansiada eficacia. Así, porque mediante ellas el Fiscal General se encargará de fijar la política de persecución penal, haciendo conocer a los restantes miembros del Ministerio Público los objetivos y los medios para alcanzar los fines establecidos. La organización jerárquica de la institución asegura la unidad de la misma. Es necesario que el organismo explique los objetivos de la política criminal como conjunto y no que cada integrante exprese lo propio.

³¹⁴ *Ibíd*em, p.21.

Ahora bien, en virtud de esto, aparecen las facultades para dictar instrucciones, que pueden ser dadas con efecto para todos los fiscales (generales) o bien para un fiscal determinado y sobre un tema que le incumba (particulares). Este tema es siempre muy discutido, principalmente cuando el inferior que recibe la instrucción no la comparte. Muchas veces se acepta el principio de unidad del Ministerio Público solamente en cuanto significa que cualquier funcionario que actúa en un procedimiento lo representa y todas sus acciones u omisiones le son atribuibles al organismo. Sin embargo se lo rechaza a la hora de considerar que ese principio de unidad le permite a un superior jerárquico del Ministerio Público sustituir a un fiscal o dictar una instrucción particular. En general el fundamento de tal repulsión es que la autonomía e independencia que ostenta la institución la tienen también cada fiscal en particular en la organización interna. Igual a los jueces. Entonces, en la práctica, habría tantos Ministerios Públicos como fiscales existan, no cabría hablar de unidad y la función fiscal exige ineludiblemente unidad de actuación y un fuerte nivel de subordinación jerárquica. Así, en rechazo de las instrucciones individuales se ha escrito que "...son incompatibles, lesivas para el Estado de derecho y vejatoria de la autonomía de los agentes fiscales las instrucciones particulares...".³¹⁵

Mirna Goransky, comentando la resistencia interna a algunos cambios impulsados desde la Procuración General de la nación, señala que la independencia orgánica, y su consecuente autonomía, ha sido entendida por un lado como autonomía respecto al resto de los poderes públicos (en ese sentido, no puede recibir instrucciones de ninguna otra autoridad, se le garantiza su presupuesto, etc.); pero, por otro lado, también como actuación independiente y sin injerencias de cada uno de los fiscales que integran la institución. Se confunden los conceptos: por un lado el de la independencia judicial y, por otro, el grado de autonomía necesaria de los fiscales para actuar, consecuencia de la asimilación que algunos propugnan entre jueces y fiscales³¹⁶. Ella misma transcribe una entrevista a Maier explicando el jurista el porqué de tanta confusión: "la razón profunda radica en esta teoría argentina, de la cual son responsables Alfredo Vélez y Soler -y no solo en Argentina sino que en casi toda Latinoamérica- que dispone que los fiscales sean órganos judiciales. Esto no es así en todo el mundo. En nuestro sistema se llega al extremo en los que hasta los defensores son órganos

³¹⁵ BAEZ, Julio. "El agente fiscal. Autonomía y posición frente a las instrucciones". (Editorial La Ley, 2.004-C, 1199).

³¹⁶ GORANSKY, Mirna. "Hacia un Ministerio Público eficaz, eficiente y democrático". (Editores Del Puerto, 2.008). pp. 26-27.

judiciales y, por lo tanto, tienen las mismas características que tienen los jueces, son nombrados igual que los jueces, son destituidos igual que los jueces, etc., cuando, en realidad, el defensor es como un maestro de escuela pública o como un médico de un hospital, es un individuo que pone el Estado para auxiliar a aquellas personas que no pueden acceder a ciertos servicios que se consideran elementales para la dignidad humana. Nada más que esto. Y por eso existen los hospitales, porque el Estado quiere que cierto nivel de salud sea accesible para todos; lo mismo pasa con la escuela pública. No hay duda que los defensores no son autoridades constitucionales; obviamente a ellos no les conviene dejar de ser lo que son, pero no tienen por qué ganar lo que gana un juez, ni ser destituidos siguiendo procedimientos similares, etc. Toda esta consideración hacia estos funcionarios como funcionarios judiciales ha permitido que ingresen en las constituciones y que tengan un status que no les corresponde. También esta es la razón por la que fiscales y defensores se sienten totalmente independientes y sostengan que a ellos no los puede mandar nadie. Esto es algo que siempre se sostuvo en el Ministerio Público. Sin embargo, una cosa es sostener que el principio de legalidad rige para ellos también y, por lo tanto son responsables disciplinariamente por no observarlo, y otra cosa es dar por tierra con el principio de unidad e indivisibilidad que debe regir la actividad del Ministerio Público. Pero así son las cosas y acá hay tantos Ministerios Públicos como fiscales existen, cada uno hace lo que quiere con sus casos. Es por eso, también, que se habla de competencia por turno de los jueces y, también, de los fiscales”.³¹⁷ En definitiva, existe también una diferencia entre la independencia del Poder Judicial y la autonomía del Ministerio Público a nivel interno por la naturaleza de las funciones que debe cumplir la fiscalía, que en el desarrollo de la persecución penal debe respetar los principios de unidad y coherencia. Es decir, lo que sería un obstáculo en la independencia interna de los jueces es indispensable para que el Ministerio Público sea eficiente y eficaz.

Respecto al panorama observado en las distintas leyes orgánicas del país, comenzaré por la de **Ciudad Autónoma de Buenos Aires**. En el art.5 segundo párrafo se prevé que el Fiscal General elaborará criterios generales de actuación de sus demás integrantes, los que deben ser públicos y comunicados por escrito a cada uno de ellos y simultáneamente a la legislatura y al Consejo de la Magistratura de la Ciudad. Estos criterios no pueden referirse a causas o asuntos particulares ni ser contradictorios con la misión de cada

³¹⁷ GORANSKY, Mirna. Op. cit. XXXIX.

integrante del Ministerio Público de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. Ello es reiterado en el art.18.4 cuando se mencionan las facultades del Fiscal General, aclarándose que tales criterios generales de actuación, elaborados anualmente, podrán ser modificados o sustituidos antes de cumplirse el año previa consulta con los magistrados actuantes de cada instancia. A su vez, en el art.19 de la ley orgánica de Ciudad Autónoma (“cumplimiento de instrucciones. Objeciones”) establece que cuando un magistrado del Ministerio Público actuare en cumplimiento de instrucciones emanadas del titular del área respectiva, podrá dejar a salvo su opinión personal. Agrega además que, el miembro del Ministerio Público que recibiere una instrucción que considere contraria a la ley, pondrá en conocimiento del titular del ámbito que corresponda su criterio disidente mediante informe fundado. A continuación, el régimen previsto en **Santa Fe**. La autoridad máxima del Ministerio Público de la acusación santafesino es el Fiscal General, responsable de la organización y funcionamiento del organismo (art.14). En línea de importancia le siguen los fiscales regionales, que son los jefes del Ministerio Público en cada una de las regiones en las que actúan (art.17). Entre los llamados órganos de apoyo a la gestión, se prevé el funcionamiento de una junta de fiscales, la cual estará presidida por el Fiscal General, quien no votará salvo caso de empate y estará integrada por los fiscales regionales (art.24). En lo atinente a las instrucciones, de acuerdo al art.18, inc.2, el fiscal regional tiene la atribución de impartir instrucciones generales y particulares a los fiscales y fiscales adjuntos (son quienes tendrán a cargo el ejercicio de la acción penal pública, arts.20 y 21 de la misma ley orgánica). La mencionada Junta de fiscales (art.24, inc.3) tiene como función ratificar, modificar o dejar sin efecto las instrucciones generales dictadas por el Fiscal General, cuando ellas fueren objetadas de conformidad con el procedimiento previsto. Los arts.32 y 33 de la ley completan el régimen previsto sobre el tema. El primero dice que el Fiscal General y los fiscales regionales tienen facultad para impartir instrucciones generales concernientes al servicio y al ejercicio de la función fiscal. Además, los fiscales regionales también podrán impartir directivas fundadas en orden a un asunto determinado. Los integrantes del Ministerio Público de la acusación controlarán el desempeño de los funcionarios jerárquicamente inferiores y de quienes los asistan. En los debates orales, el funcionario que asista a ellos actuará y concluirá según su criterio (art.32). Finalmente, el art.33 prevé que las instrucciones serán impartidas por escrito y transmitida por cualquier vía de comunicación. En caso de urgencia podrán ser impartidas oralmente, debiendo ser

garantizado su registro. En el caso del Ministerio Público de la provincia de **Córdoba**, como principio se autoriza a los fiscales a impartir instrucciones a los inferiores, aclarándose que los funcionarios que asisten a un superior jerárquico y los órganos inferiores, deben obediencia a sus instrucciones (art.4). En el título respectivo (IV) se establece que el fiscal que recibe una instrucción concerniente al servicio o al ejercicio de sus funciones se atenderá a ellas sin perjuicio de manifestar su posición personal. Si la considerase improcedente la hará saber al Fiscal General mediante informe fundado. Si el Fiscal General ratifica la instrucción cuestionada, la misma se deberá cumplir bajo su responsabilidad. En los juicios orales el fiscal actuará y concluirá según su criterio salvo que el Fiscal General disponga su reemplazo. Si por razones procesales esto no fuera viable, el Fiscal General podrá impartir instrucciones (art.13). En cuanto a la forma de impartir las mismas se prevé una similar a la de Santa fe (art.14). En cuanto a provincia de **Buenos Aires**, su ley orgánica establece que el Procurador General de la Suprema Corte es el responsable del adecuado funcionamiento del Ministerio Público, en cuyo ámbito ejerce funciones de superintendencia (art.12). En el artículo siguiente (inc.1) se prevé que le corresponde fijar las políticas generales del Ministerio Público y controlar su cumplimiento pudiendo dictar instrucciones generales a sus efectos. De acuerdo al art.21, inc.1 de la misma ley orgánica, los fiscales de casación pueden dictar instrucciones generales relacionadas con su cometido específico y con la organización y funcionamiento de la dependencia a su cargo. Por su parte los fiscales de cámara podrán impartir instrucciones generales y convocar periódicamente a sus adjuntos, agentes fiscales, fiscales adjuntos y funcionarios auxiliares para elaborar líneas de acción que tiendan a mejorar cada área (art.16, inc.4). Por último, los agentes fiscales están autorizados para impartir instrucciones generales y particulares (art.29, inc.3). Más adelante, en el Capítulo I de la sección referida a las normas operativas, la ley orgánica bonaerense regula la materia, estableciendo que las instrucciones generales del Ministerio Público se deben adecuar a las políticas de persecución penal establecidas, con el propósito de lograr mayor eficacia en el ejercicio de la función, pudiendo orientarse a la categoría de las cuestiones en litigio, aplicación de los diversos institutos de la ley de fondo y ritual y forma de simplificación y abreviación procesal (art.41). El art.42 establece que las instrucciones particulares o específicas serán impartidas de acuerdo a las instrucciones generales y estarán orientadas a un caso específico. Las mismas estarán dirigidas a la promoción y prosecución de la acción o investigación del objeto litigioso sin perjuicio de las excepciones al principio de legalidad que se establezcan en la ley de fondo.

Por último, la misma ley expresa que las instrucciones generales y particulares son de cumplimiento obligatorio para el funcionario a quien estuviera dirigida. Si se la considera arbitraria o inconveniente se hará saber ello a quien la emitió y realizará informe fundado (art.45). Si tal funcionario insiste la objeción se hará conocer al superior jerárquico, siendo éste quien resuelva. Si la actividad es impostergable deberá ser cumplida sin perjuicio del trámite de la objeción. Si a cambio puede ser postergada la actividad se suspenderá hasta tanto el superior resuelva. El art.46 fija la forma, ordenándose que las instrucciones generales sólo puedan ser escritas y con carácter público. En cambio, las instrucciones particulares podrán ser emitidas en forma oral salvo requerimiento de aquél a quien va dirigida. En **Chubut** (ley 94, ex ley 5.057), como principio general (art.1.d) se expresa que los integrantes del Ministerio Público actuarán según las instrucciones impartidas por sus superiores y según lo previsto en la ley. El jefe del organismo es el Procurador General, quien cuenta con la atribución de fijar la política general y criminal del Ministerio Público y los criterios para el ejercicio de la persecución penal (art.16.c). La función de ejercer la investigación fiscal está encargada a los denominados Fiscales Generales (art.25) y demás funcionarios inferiores (art.26); en tanto la supervisión de los anteriores la ejercen según la ley los llamados fiscales jefes (art.23). Estos últimos cuentan con la facultad de impartir instrucciones a los fiscales generales y a los funcionarios inferiores en consonancia con las directivas emanadas de la Procuración General (art.23.b). Más adelante, entre los arts.37 y 41 de la ley están establecidas las reglas a aplicar respecto a las instrucciones. Así, se dispone que en las audiencias y juicios orales el funcionario interviniente lo haga según su criterio, sin perjuicio de observar las instrucciones generales sobre la interpretación de la ley. En el artículo 41 se establece que cuando una instrucción objetada se refiera a un acto sujeto a un plazo o a un acto que no admite demora, el Fiscal General o el funcionario inferior que la objete la cumplirá en nombre del superior que la emitió, sin perjuicio del trámite de la objeción. Si la instrucción objetada consiste en omitir un acto sujeto a plazo o que no admite demora, el Fiscal General o el funcionario de fiscalía que la objete actuará bajo su exclusiva responsabilidad sin perjuicio del posterior desistimiento de la actividad cumplida.

Si las instrucciones provienen de los fiscales jefes o del Procurador General Adjunto, de ser consideradas improcedentes por quien la recibe podrá hacerse saber ello a quien la emitió. Si es ratificada, quien la objeta puede ocurrir al Procurador General si funda ello en ilegalidad (sean instrucciones generales o particulares atinentes al impulso de la acción

pública), en ilegalidad o inconveniencia si se trata de instrucciones particulares tendientes a poner fin a la acción pública. Si el Procurador General ratifica la instrucción objetada, la misma se cumplirá pudiendo el funcionario que la objetó dejar a salvo su criterio (art.38). Aquellas instrucciones que hubieren sido impartidas por los Fiscales Generales podrán ser objetadas por los funcionarios de fiscalía por razones de ilegalidad ante el fiscal jefe. Si se ratifica la instrucción ésta se deberá cumplir pudiendo el funcionario que la objete dejar a salvo su criterio (art.39). Las instrucciones que hubiese emitido el Procurador General podrán ser objetadas ante el Consejo de Fiscales que podrá ratificarlas, revocarlas o modificarlas (art.40). Cabe agregar que el referido Consejo de Fiscales está presidido por el Procurador General Adjunto e integrado además por cinco (5) Fiscales Generales elegidos democráticamente por los funcionarios del Ministerio Público y el coordinador de la asistencia a la víctima del delito. Por su parte la regulación de la Ley orgánica del Ministerio Público de **Entre Ríos** merece un comentario previo a ingresar en lo atinente a las instrucciones dentro del organismo. En el art.1 (ley 9.544) se declara con firmeza la independencia de la institución, en cuanto se establece que no habrá sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura. En el art.7 se introduce una previsión, desde mi punto de vista, interesante: "...el Poder Ejecutivo por intermedio del Ministro correspondiente podrá dirigirse al Procurador General...a fin de proponerle la emisión de instrucciones generales tendientes a coordinar esfuerzos para hacer más efectiva...la persecución penal". Resalto esto debido a que el Poder Ejecutivo, es el poder administrador de políticas por excelencia, y una previsión como la transcripta aporta a que, necesariamente, haya cierta armonía entre el diseño político criminal de la persecución penal llevada adelante por el Ministerio Público y las políticas del poder administrador. Nótese que se trata de una proposición sin las aristas que pueden verse, por ejemplo, en la ley orgánica de Guatemala (como se vio en el Cap.II) y que fuera declarada inconstitucional.³¹⁸

³¹⁸ Cuando en 1.986 Julio Maier proyectó aquel recordado Código Procesal Penal Nacional, descartado por el Congreso Nacional para sancionar en 1.992 el ordenamiento mixto que rige actualmente, también -en compañía de su entonces discípulo Alberto Binder- proyectaron la Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público. En el Capítulo 2 que trataba las instrucciones se destacaba el art.113: "relaciones con los otros poderes constitucionales: El Poder Ejecutivo por medio del ministro a cargo de la cartera de justicia, podrá requerir del Procurador General que actúe de determinada manera frente a un caso particular o general, explicando los fundamentos de su petición. Si el Procurador General admite el requerimiento, emitirá las instrucciones pertinentes; si lo rechaza, comunicará su decisión al ministro, explicando los fundamentos de su objeción. Si el Poder Ejecutivo decide insistir, solicitará la aprobación del Poder Legislativo, en cuyo caso la instrucción será obligatoria para el Ministerio Público". Vista la norma actual del art.120 de la Constitución Nacional, estimamos que hoy una previsión semejante correría igual suerte que la de Guatemala, si bien las

La ley orgánica entrerriana en su art.11 dispone que cuando un funcionario actúe en cumplimiento de instrucciones emanadas del procurador...podrá dejar a salvo su opinión personal. Si no lo hiciere compartirá con el emisor de la instrucción la responsabilidad del acto que realice. A continuación el mismo artículo señala que el integrante del Ministerio Público que recibiere una instrucción, si la considera contraria a la ley, pondrá en conocimiento del Procurador General su criterio disidente mediante informe fundado. Si la instrucción general objetada concierne a un acto procesal sujeto a plazo o que no admite dilación, quien la recibiere la cumplirá en nombre del superior. En cambio, si la instrucción objetada consistiera en omitir un acto procesal sujeto a plazo o que no admite dilación, quien lo realice actuará bajo su exclusiva responsabilidad, sin perjuicio del ulterior desistimiento de la actividad cumplida. El art.15.J de la misma ley faculta al Procurador General a expedir instrucciones a los integrantes del Ministerio Público y a evaluar las instrucciones que los mismos le formulen y controlar su desempeño. El inciso K del mismo artículo prevé que diseñará la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público. En el artículo 34, la misma ley, vuelve al tema de las instrucciones, señalando que en virtud de la organización jerárquica de la institución, sus integrantes podrán impartir a los inferiores jerárquicos las instrucciones que consideren convenientes al servicio para el ejercicio de sus funciones, en tanto ellas no colisionen con las que expida el Procurador General. En el art.35 se prevén aquellos casos en los cuales el Procurador General imparte instrucciones a los demás integrantes del Ministerio Público cuando aquellos lo han solicitado, a raíz de casos de extrema gravedad, de trascendencia pública o que presente dificultades particulares. También si existen criterios divergentes, contemplando el caso de una discrepancia del funcionario fiscal de que se trate con su superior inmediato. Por último en el art.36 se prevé la forma escrita para la emisión de las instrucciones, guardando la verbal si existe urgencia y dejándose constancia por escrito.

Finalmente **Mendoza**. En su artículo 23 la ley orgánica establece que el Procurador General (máxima autoridad del organismo) podrá impartir a los restantes miembros del Ministerio Público las instrucciones generales convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones. A su vez, los miembros del Ministerio Público Fiscal podrán impartir a sus subordinados, de acuerdo a sus atribuciones, las instrucciones particulares necesarias para el

instrucciones en el caso de aquél país son de carácter general. “Proyecto de Ley Orgánica Para La Justicia Penal y El Ministerio Público”, Secretaría de Justicia, Subsecretaría de Asuntos Legislativos, Bs.As, p.62.

cumplimiento adecuado de sus funciones. En el artículo 24 se prevé la “consulta”, considerándose ésta cuando el agente fiscal debe consultar de inmediato a su superior jerárquico en casos de especial gravedad, trascendencia pública o dificultades particulares. El funcionario consultado impartirá las instrucciones particulares pertinentes. Asimismo, cuando exista controversia sobre la interpretación de uno o más institutos de derecho sustantivo o procesal los magistrados del Ministerio Público podrán requerir al Procurador General las instrucciones generales pertinentes. En el artículo 25 se establece que las instrucciones generales serán de cumplimiento obligatorio para los funcionarios a quienes estuviera dirigida. Cuando se considere que la instrucción es arbitraria o inconveniente, se hará saber mediante informe fundado a quien emitiese la instrucción. Si éste insiste en la legitimidad o conveniencia de la misma, el inferior deberá cumplirla aunque pudiendo dejar a salvo su posición personal en desacuerdo. Si la actividad mencionada en la instrucción fuera impostergable deberá ser cumplida, sin perjuicio del trámite de la objeción. Si la actividad pudiera postergarse se suspenderá su cumplimiento hasta que el superior resuelva. En el artículo 26 se reglamenta la forma en que se impartirán las instrucciones, las que serán por escrito y transmitidas por los medios de comunicación que determine la respectiva reglamentación. En caso de urgencia podrán emitirse órdenes verbales de las que se dejará constancia por escrito inmediatamente.

La ley que organiza el **Ministerio Público a nivel federal (Nro. 24.946)**, con un régimen mixto como sistema procesal, regula el deber de obediencia y las objeciones en el art.31, redactado de la siguiente manera: “cuando un magistrado actúe en cumplimiento de instrucciones emanadas del Procurador General...podrá dejar a salvo su opinión personal. El integrante del Ministerio Público que recibiere una instrucción que considere contraria a la ley, pondrá en conocimiento del procurador...su criterio disidente mediante un informe fundado. Cuando la instrucción objetada concierna a un acto procesal sujeto a plazo que no admita dilación, quien lo realice actuará bajo su exclusiva responsabilidad, sin perjuicio del ulterior desistimiento de la actividad cumplida”. Conforme art.33 de la misma ley, el Procurador General de la Nación, como jefe máximo de la institución, cuenta entre sus atribuciones la de impulsar la acción pública ante la Corte Suprema en los casos que corresponda y dar instrucciones generales a los integrantes del Ministerio Público para que estos ejerzan dicha acción en las restantes instancias, con las atribuciones que la misma ley prevé (inc.b) y, además, disponer por sí o mediante instrucciones generales a los integrantes

del Ministerio Público la adopción de todas las medidas que fueran necesarias y conducentes para poner en ejercicio las funciones enunciadas por la ley que se comenta (inc.d).

Dada la importancia referida, y así surge del articulado propuesto, corresponde establecer la facultad de dictar instrucciones, tanto generales como particulares, las cuales generarán responsabilidad para el funcionario que las emite pero, al mismo tiempo, permitirán lograr objetivos generales y estratégicos del Ministerio Público. Aunque ello signifique reducir la autonomía “interna” de cada fiscal. Dice Bruzzone que tanto la unificación de los criterios de interpretación de la ley como la racionalización de los recursos para la persecución de los delitos, justificarían “ampliamente” el dictado de instrucciones.³¹⁹

Se torna necesario regular los mecanismos de objeción y revisión, para establecer un régimen de control democrático. La jerarquización se equilibra con un sistema de objeciones y de control que alcanza la legalidad de la instrucción dictada y también la inconveniencia.

5.5. La situación del Ministerio Público en Neuquén en el período 2.001/2.004

Fue un caso único en el país y de ahí que merezca ser destacado, además de resultar necesario para explicar esta parte de la presente propuesta. Aún regido por un sistema procesal mixto (amen de una parcial reforma legislativa en el año 1.996 que posibilitaba más facultades de investigación al fiscal y exclusividad en la tramitación de causas con autores ignorados) la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia impulsó profundos cambios en la organización del Ministerio Público, convalidados por decisiones de superintendencia del mismo Tribunal Superior de aquella época; los cuales tuvieron como horizonte mejorar el

³¹⁹“Las instrucciones de los fiscales”. (en: Revista *Penal y Estado*. Nro. 2. Ministerio Público. Editores Del Puerto, 1.997). p.221.

funcionamiento del sistema de justicia penal y preparar definitivamente el tránsito al sistema acusatorio. Con un fuerte control de una Fiscalía de cámara de la ciudad capital, se abandonó el sistema fiscalía – turnos, se dejó atrás la organización refleja con la judicatura, y se convirtieron todas en agencias fiscales especializadas coordinadas por una de ellas, la cual cumplía funciones de distribución del trabajo, atención de víctimas, guardias y situaciones de emergencias. Fueron tres (3) años de los que pueden recordarse como logros significativos: el establecimiento de una nueva modalidad de trabajo con la institución policial; el mejoramiento de la productividad del sector lográndose, a la vez, un mayor control de las causas radicadas en los juzgados de instrucción; también la implementación exitosa de una experiencia piloto con uno de los juzgados de la capital, que nos “acercaba” al acusatorio (consistía en que todas las causas originadas en policía previo llegar al juzgado de turno eran remitidas a la agencia fiscal que correspondiera) lográndose también implementar un mecanismo de orientación y asistencia a las víctimas con la instalación de una oficina especializada dentro de la estructura del Ministerio Fiscal.³²⁰

Ahora bien, así como un Tribunal Superior había dispuesto estos cambios, a través de Acuerdos en ejercicio de la superintendencia (no requerían cambios legislativos), en el año 2.004 se modificó sustancialmente la composición del Alto Cuerpo y, por la misma vía de Acuerdos, se neutralizaron (algunas, otras fueron ignoradas) las prácticas reformistas del período mencionado, sin retrotraer la especialización pero reduciéndola a algo de significado inocuo. Tanto que en febrero de 2.010 fue dejada sin efecto por un nuevo acuerdo del Tribunal Superior de Justicia, a requerimiento del fiscal del Cuerpo. Aun prescindiendo de este retroceso, igualmente aquellos logros (2.001/2.004) debían ser profundizados, pues ni la judicatura ni la defensa pública asumieron cambios de ninguna índole y en el seno de la propia fiscalía tampoco se había avanzado en la simplificación, en la desformalización y en la construcción de un sistema de información adecuado (que permitiera prescindir de los poco confiables datos provenientes de los juzgados), además de no poderse soslayar tampoco que el proceso solamente comprendió Neuquén capital, quedando pendiente su implementación en el resto de la provincia.

Volviendo a mi propuesta para el Ministerio Público neuquino, puede decirse que comenzando el año 2.012 la situación es muy similar a la del año 2.000. Sin embargo, la base

³²⁰ “Evaluación de la nueva forma de trabajo de las Agencias Fiscales con el Juzgado de Instrucción Nro.2. de Neuquén capital. Modalidad experimental”. (en: *Revista de las XVI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos*, La Rioja, 2.003), pp.125-135.

existente en cuanto a la cantidad de funcionarios con la que cuenta actualmente el organismo, teniendo en cuenta las características del nuevo Código Procesal Penal aprobado por la Legislatura provincial (ley 2.784), más el insoslayable cambio cultural a pregonar en todos sus integrantes, harían posible instrumentar un Ministerio Público eficiente y eficaz con el diseño organizacional que postulo, sin importantes erogaciones presupuestarias, argumento este último muy utilizado (desde adentro y desde afuera del Poder Judicial) para oponerse a la reforma procesal.

El Ministerio Público fiscal de la provincia del Neuquén, prescindiendo de los funcionarios de la fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, cuenta con 49 fiscales en total: 9 fiscales de cámara, 15 fiscales de primera instancia y 25 fiscales adjuntos. Estos últimos, si bien con categoría de secretarios de primera instancia, por medio de la ley provincial 2.339, contando con la delegación o ratificación de un fiscal titular, se encuentran facultados para realizar prácticamente los mismos actos que un fiscal titular: realizar todo tipo de requerimientos, contestar vistas, interponer recursos, representar al organismo en los debates (correccionales o criminales), realizar visitas de cárceles, entre otros. Como se advierte, en la práctica son fiscales titulares.

Si consideramos la población actual de la provincia (alrededor de 540.876 habitantes según el último censo nacional), debe decirse que se cuenta con 9,05 fiscales por cada 100.000 habitantes. Es una cifra adecuada para hacer frente a una reforma, al menos desde el punto de vista del recurso humano necesario para conformar el organismo. Es claro que el tema “recursos” es más amplio que la cantidad de fiscales (un Ministerio Público interdisciplinario demanda la incorporación de profesionales de otras áreas ajenas a la jurídica) pero aquella es parte casi esencial y, quienes se oponen, como dijera más arriba, generalmente fundamentan el rechazo en el tema “económico” y los gastos que irrogaría designar “tantos fiscales” por las nuevas funciones que se le encomendarían. Tampoco varía la situación si se considera que la provincia cuenta con cinco circunscripciones judiciales y se pondera el número de habitantes que cada una de ellas registra según el mencionado censo. Por ejemplo, el Departamento de Confluencia, con Neuquén capital y las localidades más pobladas, como Centenario y Plottier, cuenta con 333.041 habitantes, contándose en este Departamento con 31 fiscales, quedando un promedio de 9,30 fiscales cada 100.000 habitantes. La segunda Circunscripción (Cutral Co y alrededores) cuenta con 56.371 habitantes y 5 fiscales, lo cual arrojaría un promedio de 8,86 fiscales cada 100.000

habitantes. La tercera Circunscripción (Zapala y demás poblaciones cercanas) según el mismo censo tiene 61.432 habitantes y 5 fiscales, con un promedio de 8,13 fiscales cada 100.000 habitantes. La IV Circunscripción (Junín de los Andes y San Martín de los Andes, incluyendo Villa La Angostura y Piedra del Águila) cuenta con 61.003 habitantes y 5 fiscales, concluyéndose en la cifra de 8,19 fiscales cada 100.000 habitantes y, finalmente, la V Circunscripción (Chos Malal y poblaciones cercanas) que registran, según el último censo nacional 29.029 habitantes y 2 fiscales, arrojando el promedio de 6,88 fiscales cada 100.000 habitantes.

En los demás países de la región (todos con los nuevos códigos en marcha) la cantidad de fiscales cada 100.000 habitantes, de acuerdo a relevamientos realizados, es la siguiente: Bolivia 4,5 fiscales; Colombia 7,8 fiscales; Costa Rica 7,1; Chile 4,2; Ecuador 2,4; Guatemala 6,9; Paraguay 5,8; Honduras 5,4; República Dominicana 8; El Salvador 9,9 y Venezuela 5.³²¹

En el mismo documento, los autores se refieren a las cifras existentes en los países desarrollados con sistemas procesales de similar orientación, registrándose paridad con los guarismos latinoamericanos (claro que con la diversidad que también se observa en aquellos): Estados Unidos 10,5 fiscales cada 100.000 habitantes en ciudades que oscilan entre los 500.000 y 999.999 habitantes; Canadá 6,2 fiscales cada 100.000 habitantes; Alemania 6 y más abajo Italia: 3,73 fiscales y, ya en el extremo, Japón con menos de un fiscal cada 100.000 habitantes.³²²

Lo observado en este segmento sobre la situación en otras latitudes, permite alentar el cambio normativo propuesto en el Ministerio Público Fiscal neuquino sin ser necesarias nuevas fiscalías, bastaría con una correcta reasignación y distribución del trabajo entre las existentes actualmente. Por supuesto que tal reasignación alcanzaría al numeroso grupo de funcionarios con rango de secretario y prosecretario que existe en el ámbito de juzgados y cámaras, inclusive en el Ministerio Público.

Para cerrar el tema retomaré el Ministerio Público cuyo funcionamiento es más observado en los últimos tiempos: el de la provincia del Chubut. En relación a la cantidad de fiscales con las que debe contar el organismo para hacer frente al nuevo sistema, la estructura del Ministerio Público de la provincia patagónica precitada debe ser tenida en cuenta por sobre las de Santa Fe y Ciudad Autónoma.

³²¹ DUCE, Mauricio; RIEGO Cristian. Op. cit. p.11.

³²² *Ibíd*em, p.11.

La ciudad más poblada y conflictiva del Chubut es Comodoro Rivadavia que, con la suma de la ciudad de Rada Tilly, alcanza los 186.583 habitantes según el último censo nacional. La Circunscripción cuenta con 1 fiscal jefe, 7 fiscales generales y 15 funcionarios de fiscalía (más arriba describimos la organización de este Ministerio Público). De acuerdo a estos guarismos, el promedio de fiscales por cada 100.000 habitantes alcanzaría el número de 12. Otra Circunscripción, la de Esquel, alcanza casi los 100.000 habitantes si a la ciudad de igual nombre (40.000 habitantes) se le suman cifras de otras poblaciones aledañas que se extienden desde Lago Puelo a Chico. Se cuenta con 1 fiscal jefe, 4 fiscales generales y 7 funcionarios de fiscalía. Casi idéntica cifra de fiscales con las que cuenta en otra Circunscripción: Puerto Madryn, de 80.000 habitantes pero con alcance a 100.000 debido a las mismas razones que Esquel. En el caso de las dos últimas Circunscripciones, la cifra alcanza los 11 fiscales cada 100.000 habitantes. Ahora bien, debe considerarse una circunstancia importante que radica en las facultades procesales de los mencionados “funcionarios de fiscalía” (numerosos en las tres Circunscripciones, principalmente en Comodoro Rivadavia). Actúan siempre por delegación de los superiores y pueden intervenir en todos los actos procesales menos en los juicios (art.27 de la ley orgánica respectiva), lo cual en principio podría señalarse que mientras se mantenga tal limitación para tales funcionarios el recurso humano del organismo chubutense en general debería ser engrosado.

5.6. El Ministerio Público y la policía.

En su nuevo rol el Ministerio Público debe asumir la investigación. Debe huir de la visión sedentaria y de tramitador de expedientes que actualmente tiene de su trabajo, características de los modelos procesales mixtos.

La agencia de investigaciones, de acuerdo al proyecto propuesto, tendrá la esencial misión de encargarse de las averiguaciones en cada una de las agencias especializadas bajo la dirección de cada fiscal. Esta labor de apoyo a las agencias fiscales queda reducida estrictamente a lo que se denomina pesquisa. En razón de esto, el fiscal no debe investigar sino dirigir la investigación. Mendaña recuerda la definición de “dirección funcional” imperante en El Salvador: “se entiende por dirección funcional, el ejercicio de las facultades que corresponden al Fiscal General de la República orientada a dirigir, promover, supervisar e intervenir en todas las actuaciones de investigación de los diferentes delitos y coordinar y decidir sobre la remisión de lo actuado a las autoridades judiciales”³²³. Se ha dicho que si bien existe, en la mayoría de los países latinoamericanos, una investigación policial deficiente, ello tiene que ver con defectos en la dirección funcional y no en la administrativa.³²⁴

En lo personal, sobre todo teniendo en cuenta la situación en Neuquén, y aun reconociendo otras posturas que subordinan total y absolutamente la policía al Ministerio Público³²⁵, estoy de acuerdo con Maier en cuanto afirma que la calle siempre será “coto de caza” de la policía y respecto a los delitos convencionales que allí se cometen (robos, homicidios, etc.) el Ministerio Público será una suerte de intermediario entre la policía y el juez, atento a que realizará el primer examen de legalidad respecto al procedimiento realizado y, a cambio, tendrá un rol más protagónico en aquellos delitos más sofisticados, poco o no investigados por la policía, en los cuales aquella será generalmente auxiliar del Ministerio Público³²⁶. No obstante lo antedicho, y esto forma parte de mi propuesta, esta suerte de “mixtura” no impide que el fiscal desempeñe un papel protagónico en los llamados “delitos de calle”. Lo debe hacer porque es necesario para que la actuación de la policía no distorsione los objetivos políticos criminales que haya trazado el Ministerio Público. Se deben detectar y controlar tales desviaciones cuando se registren. En el artículo 69 primer párrafo del nuevo

³²³ MENDAÑA, Ricardo. “El Ministerio Público y la dirección de la investigación criminal”. (en: *Revista de derecho procesal penal*. El proceso penal adversarial. Tomo I. Editorial RubinzalCulzoni, 2.008), p. 224.

³²⁴ BINDER, Alberto. “*Política Criminal. De la formulación a la praxis*”. (Editorial Ad-Hoc, 1.997), p.177.

³²⁵ Eran las ideas de Savigny y Uhdén según recuerda Roxin en “Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal”, (Rubinzal Culzoni, edición 2.007), p.33. A propósito del caso alemán, Miranda Estrampes señala que a pesar de las previsiones del legislador de ese país cada vez más el procedimiento de investigación es dejado en manos de la policía, lo cual demuestra que no alcanza con la sola regulación legal en “El fiscal como director de la investigación: retos y desafíos del nuevo modelo de investigación penal”. (online) Trabajo de investigación originado en ponencia impartida por el autor en el Curso Ministerio Fiscal y Policía Judicial dentro del Plan Extraordinario de Formación de Fiscales en Barcelona, octubre de 2.006, (consultado en segunda quincena de enero de 2.012), pp.14-15. www.dijuris.com/index.php?page=shopproduct...id

³²⁶ MAIER, Julio. “El Ministerio Público en el proceso de reforma penal de América Latina”. (en: *Revista Pena y Estado* Nro.2. “Ministerio Público”. Editores Del Puerto, 1.997), p. 177.

Código Procesal Penal neuquino (ley 2.784) se le impone al Ministerio Público la función de dirigir la investigación y la actuación de todos los funcionarios que participen en ella. Más adelante se establece que “la agencia de investigaciones penales será auxiliar del Ministerio Público en todo lo atinente a la investigación y persecución de delitos. Su organización y funcionamiento será establecido por una ley especial. Sus integrantes ejecutarán sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales, sin perjuicio de la dependencia administrativa que les corresponda. La autoridad administrativa no podrá revocar, alterar o retardar una orden emitida por los fiscales o los jueces” (art.71). La última parte transcripta resulta fundamental para evitar que el Poder Ejecutivo pueda utilizar esta dependencia orgánica como subterfugio para controlar alguna investigación penal y poder interferir en su desarrollo y resultados.

Miranda Estrampes advierte que hay que evitar tanto “la policialización de la investigación judicial” (cuando el fiscal o el juez instructor según el régimen procesal son simples convalidadores de la completa investigación policial) como la “policialización de los fiscales” (esto cuando el fiscal limita los ámbitos de actuación de la policía y termina por convertirse en una especie de policía cualificado por sus conocimientos jurídicos). Cada institución debe tener su propio espacio de actuación. Sin perjuicio que el diseño de las líneas estratégicas de investigación corresponderá al fiscal (como director funcional de la investigación), la elección concreta de la técnica o técnicas de investigación es tarea policial, pues es la policía quien mejor conoce dichas técnicas y las posibilidades de éxito o fracaso en un determinado caso concreto. Esta, en el desarrollo de las tareas encomendadas por la fiscalía, debe contar con cierta autonomía técnica. Este concepto permite trazar la línea divisoria entre las facultades de dirección del fiscal y la labor eminentemente policial.³²⁷

El cuerpo policial proyectado, a desempeñarse en el ámbito de la fiscalía, deberá contar con recursos técnicos (informáticos, bases de datos, electrónicos, etc.) pero todo lo atinente a la tarea puramente criminalística (por ejemplo, laboratorio o balística o documentología) sería encomendado a la oficina de asistencia técnica respectiva.

La agencia de investigaciones, auxiliando a un Ministerio Público flexible, dinámico y especializado, deberá organizarse internamente también bajo esos pilares, a fin de obtener una mejor eficiencia operativa. La policía de investigaciones no debe ser confundida con la policía preventiva (dependiente administrativa y funcionalmente del jefe de policía)

³²⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. cit. p.17.

debido a que las funciones son completamente distintas y ambas deberán coordinarse para contribuir a que la fiscalía preste con eficacia su labor en el proceso. Se torna ineludible, otra vez, recordar palabras de Maximiliano Rusconi en este segmento, denominando la falta de separación de ambas policías como “promiscuidad funcional” y advirtiendo sobre los obstáculos que ello representa para el desarrollo de un sistema eficaz y garantista de investigación criminal: “...la tendencia autoritaria proveniente de la actividad preventiva invade a menudo las tareas de investigación procesal; las actividades preventivas arrastran a las funciones investigativas aumentando el nivel de autonomía en relación con el control del Ministerio Público y de la función jurisdiccional”³²⁸. De acuerdo a ello, toda intervención de la policía preventiva en la comisión de delitos deberá ser seguida por la inmediata entrega de la situación al fiscal, quien asignará la investigación del caso y se encargará de dirigirla. Allí se presentarán la gran cantidad de oportunidades para que se registre la necesaria coordinación entre ambas policías. No debe perderse de vista que la agencia de investigaciones no debe quedar aislada del resto del trabajo de la institución policial y, en caso de fallar la fiscalía en la coordinación, serán frecuentes los choques que se registrarán entre los componentes de un servicio y de otro.

La constitución de la agencia de investigaciones (o “policía judicial” como también se la denomina) ha generado problemas en cualquier país en que se pretendió su organización³²⁹. El criminólogo Elbert ha expresado que “...el problema central e insoluble de nuestros sistemas penales ha sido -y continúa siendo- la imposibilidad de estructurar policías realmente subordinadas al control judicial, en la investigación de los hechos criminales”³³⁰.

La pertenencia administrativa del organismo policial al Poder Ejecutivo trae aparejado que, en situaciones de tensión o de conflicto, el jefe policial termina obedeciendo la orden proveniente del poder administrador en desmedro de la judicial³³¹. A pesar de esto, es el régimen que rige en nuestro país, aunque no es así en Córdoba, en donde la “policía judicial” trabaja con dependencia administrativa del Ministerio Público Fiscal, siendo designados sus componentes por el Tribunal Superior de Justicia a propuesta del Fiscal General. Al resultar la

³²⁸ RUSCONI, Maximiliano. “Reformulación de los sistemas de justicia penal en América Latina y Policía”. (en: revista *Pena y Estado* Nro.3. Editores Del Puerto, 1.998), p.194.

³²⁹ CHICHIZOLA, Luis M. “El código procesal de la provincia de Buenos Aires”. (en: *Revista de las XVI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos*, La Rioja, capital, 2.003) p.36.

³³⁰ ELBERT, Carlos. “Ideología, corrupción y excesos policiales”. (en: *Revista Pena y Estado*, N°.3. Editores Del Puerto, 1.998) p.69.

³³¹ PÉREZ MARTÍNEZ, Roberto “La policía judicial en el estado democrático de derecho”. (en: *Revista Pena y Estado*, N°.3. Editores Del Puerto, 1.998), p.165.

cuestión policial un tema medular y muy susceptible cuando se analiza todo lo atinente a la política criminal, tanto a nivel federal como provincial, el tema “policía judicial” se encuentra siempre presente para evaluar procederes de la institución policial y proponerse cambios³³². También es noticia por estos días el compromiso que habría asumido el Gobernador Scioli, en la provincia de Bs.As., de enviar en los próximos día un proyecto de ley creando la policía judicial que dependería jerárquicamente de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia (art.2) y tendría competencia exclusiva en la investigación de los delitos contra la vida, contra la libertad y aquellos cometidos por funcionarios públicos y miembros de las fuerzas de seguridad (art.3.a) y aquellos que por su complejidad los fiscales dispongan su intervención (art.3.b)³³³. En Mendoza, la flamante subsecretaria de justicia provincial declaró públicamente que integra la agenda de temas a trabajar la creación de la policía judicial.³³⁴

El proyecto que propongo establece que si bien existirá una pertenencia administrativa a la policía provincial, dependiente del poder administrador, la dirección funcional del cuerpo estará a cargo de los distintos funcionarios fiscales con la reglamentación del fiscal general. Este fue el camino iniciado en Neuquén en el año 2.001 y, aún neutralizado, resultó exitoso y merece la oportunidad del reintento con bases más sólidas, la más importante es su previsión legislativa.

Los procesos de reforma procesal generalmente no han sido acompañados por cambios sustanciales y planificados de las organizaciones policiales ni éstas han tenido una participación relevante en la transformación del procedimiento³³⁵. Tal vez haya sido este el motivo y no otro, de los pocos frutos que ha rendido la relación fiscal-policía, en materia de eficacia en la investigación criminal.

³³² Miguel Kessler analiza lo acontecido en el ámbito federal con los intentos de poner en funcionamiento la policía judicial bajo la órbita de la Cámara Nacional de Casación - leyes 24.121 y 24.050-. El freno de la CSJN por razones presupuestarias (Acordada 1.929/97) y creación de una comisión para evaluar profundamente los aspectos, con invitación al Ministerio Público y al Ministerio de Justicia, que no funcionó. (online, consultado en la segunda quincena de enero de 2.012) www.unidosporlajusticia.org.ar/archivo/kessler

³³³ www.inecip.org (consultado en segunda quincena de enero de 2.012)

³³⁴ www.jornadaonline.com/mendoza_del_27/01/2.012 (consultado en segunda quincena de enero de 2.012)

³³⁵ MENDANA, R. “El Ministerio público y la dirección de la investigación criminal”. (en: *Revista de derecho procesal penal. El proceso penal adversarial*. Tomo I. Editorial Rubinzal Culzoni, 2.008). p.225.

Propuesta: constitucional y normativa

Proyecto de reforma a la Constitución de la provincia del Neuquén.

Se agrega un último párrafo al artículo 9 (“vigencia del orden constitucional”) que dirá: “es obligación de todo ciudadano denunciar y combatir los delitos de corrupción administrativa que aparejen perjuicio patrimonial al Estado y del que haya tomado conocimiento por cualquier vía”.

En la Tercera Parte (“Organización del Estado”)Se agrega un capítulo (el IV) al actual Título IV (Poder Judicial) que se titulará “Ministerio Público Fiscal” y que constará de los siguientes artículos:

“Art.1) El Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente instituido en el ámbito del Poder Judicial, que actúa con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad ajena a su estructura.

Art.2) El Ministerio Público Fiscal funcionará con autarquía. Su presupuesto, en tanto resulte adecuado y suficiente para el cumplimiento de su misión, no podrá ser modificado ni vetado total ni parcialmente.

Art.3) El Ministerio Público Fiscal estará integrado por el Fiscal General, los fiscales adjuntos y los demás órganos que fije la ley y su misión será realizar y ejecutar el diseño político criminal de la persecución penal de la provincia.

Art.4) El Fiscal General, los fiscales adjuntos y los demás integrantes del Ministerio Público serán designados y removidos conforme lo establezca la ley respectiva.

Art.5) El artículo 228 de esta Constitución quedará redactado de la siguiente forma: “para ser vocal, procurador general o defensor de menores, pobres, incapaces o ausentes del Tribunal Superior de Justicia, se requiere tener treinta (30) años de edad por lo menos y cinco (5) años de ejercicio efectivo de la abogacía o magistratura judicial o Ministerio Público; para ser juez de primera instancia, agente fiscal o defensor de menores, pobres, incapaces o ausentes se requiere tener veintisiete (27) años de edad por lo menos y dos (2) en el ejercicio efectivo de la abogacía o magistratura judicial o Ministerio Público. En todos los casos se requiere ciudadanía argentina y título nacional de abogado. Para ser secretario del Tribunal Superior de Justicia y de los juzgados de primera instancia se requiere tener ciudadanía argentina, veinticinco (25) años de edad por lo menos, título nacional de abogado, escribano y procurador y dos (2) años de ejercicio profesional o desempeño de cargo judicial”.

Art.6) En el artículo 236 de esta Constitución se reemplaza la palabra “fiscal” por “procurador general”.

Art.7) El artículo 239 de esta Constitución quedará redactado de la siguiente forma: “El Tribunal Superior de Justicia estará formado por cinco (5) vocales y su correspondiente procurador general y defensor de menores, pobres, incapaces y ausentes. La presidencia del cuerpo se turnará anualmente.

Los miembros del Tribunal Superior de Justicia, su procurador general y defensor de menores, pobres, incapaces y ausentes serán designados por la Legislatura con el voto de los dos tercios (2/3) de los miembros presentes, en sesión pública, a propuesta del Poder Ejecutivo. De igual modo se designan los conjueces del Tribunal Superior de Justicia que subrogan temporariamente a sus miembros, después del procurador general y el defensor de menores, pobres, incapaces y ausentes. Los demás jueces, agentes fiscales y defensores son designados por el Consejo de la Magistratura”.

Proyecto de Ley Orgánica de Ministerio Público de la provincia del Neuquén.

Título I – Disposiciones Generales

Artículo 1: Órganos y misión: el Ministerio Público será ejercido por el Fiscal General y los demás órganos contemplados en esta ley, con las funciones que en ella se establecen.

Tiene como misión diseñar y ejecutar el modelo político criminal de la persecución penal del Estado provincial.

El Ministerio Público no intervendrá en asuntos de índole extrapenal.

Artículo 2: Autonomía e independencia: el Ministerio Público gozará de autonomía funcional y administrativa y autarquía financiera dentro del Poder Judicial. Actuará independientemente en el cumplimiento de sus funciones, en coordinación con las demás autoridades de la provincia aunque sin subordinación a ningún otro poder del Estado provincial ni nacional ni a las otras instituciones del Poder Judicial.

Artículo 3: Principios de actuación: El Ministerio Público Fiscal ejercerá sus funciones con arreglo a los siguientes principios:

- a) Unidad:** el Ministerio Público fiscal es único e indivisible. Los plazos procesales o actuaciones realizadas no se verán afectadas por la división interna de trabajo, ni por los reemplazos o traslados.
- b) Objetividad:** el Ministerio Público Fiscal actuará objetivamente fundado en el interés social y en la correcta aplicación de la ley. No estará obligado a acusar ni a impugnar las resoluciones. No podrá ocultar al defensor la prueba que favorezca al imputado.
- c) Oficiosidad y aplicación de principios de oportunidad:** el Ministerio Público actuará de oficio, en el ejercicio de la acción pública, sin necesidad de solicitud o

impulso, salvo que requiera instancia de parte. Podrá aplicar el principio de oportunidad reglado conforme lo autoriza el código de forma vigente.

- d) Jerarquía:** el Ministerio Público se organizará jerárquicamente. Cada funcionario superior controlará el desempeño de quienes lo asistan y será responsable por la gestión de los funcionarios a su cargo. El Fiscal General será el responsable final del cumplimiento de todas las funciones del Ministerio Público.
- e) Gestión de los conflictos:** el Ministerio Público procurará la solución del conflicto en el que deba intervenir, buscando la conciliación de los distintos intereses o facilitando la mediación, con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social.
- f) Atención a la víctima:** el Ministerio Público brindará asesoramiento e información a la víctima, resguardará sus intereses y velará por la defensa de sus derechos en el proceso.
- g) Respeto por los derechos humanos:** desarrollará su actuación de acuerdo a principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución de la provincia, Constitución Nacional y Pactos Internacionales que la integran, respetando los derechos humanos y garantizando su plena vigencia.
- h) Eficiencia y desformalización:** administrará los recursos y bienes públicos con eficiencia. Procurará que los procedimientos sean ágiles y simples, sin más formalidades que las que establezcan las leyes.
- i) Obediencia:** el funcionario del Ministerio Público que reciba una instrucción concerniente al ejercicio de sus funciones deberá cumplirla, sin perjuicio de expresar su criterio personal o de objetarla conforme lo previsto en esta ley. En las audiencias y juicios orales, el fiscal interviniente lo hará según su criterio, no obstante observará las instrucciones generales respecto a la interpretación de la ley.

Artículo 4: Capacitación: el Fiscal General promoverá la permanente capacitación, especialización y perfeccionamiento de todos los miembros del Ministerio Público Fiscal, a través de la aprobación de programas destinados a tal fin.

Artículo 5: Publicidad y control: el Fiscal General informará sobre el resultado de su gestión, a fin de permitir el control público sobre el ejercicio de las funciones del Ministerio Público. Para ello, la máxima autoridad del Ministerio Público deberá:

- a) Publicar anualmente una memoria de las actividades realizadas, que contenga el detalle de la ejecución presupuestaria.
- b) Informar cada seis meses, a través de los medios de comunicación, sobre los principales asuntos, dificultades y logros del Ministerio Público Fiscal.
- c) Informar objetivamente, en forma personal o a través de quien designe, sobre los principales casos o investigaciones, sin mengua de la reserva de las actuaciones judiciales o del principio de inocencia.
- d) Convocar anualmente a una reunión general del Ministerio Público y a una asamblea pública, para analizar el desempeño de la institución.

Artículo 6: Deber de protección: el Ministerio Público procurará asegurar la protección de testigos, denunciantes o víctimas que corran peligro de sufrir algún daño, conforme lo dispuesto en la legislación respectiva.

Artículo 7: Emisión de instrucciones: el Poder Ejecutivo por intermedio del Ministro correspondiente podrá dirigirse al Fiscal General, a fin de proponerle la emisión de instrucciones generales tendientes a coordinar esfuerzos para hacer más efectiva la persecución penal.

Artículo 8: Cooperación: el Ministerio Público podrá solicitar la colaboración de cualquier funcionario o autoridad, del Estado nacional o provincial, y ellos estarán obligados a prestar sin demora y a proporcionar documentos, informes o actuaciones que les serán requeridos.

Artículo 9: Responsabilidad institucional: el Ministerio Público será responsable por los daños y perjuicios que ocasionen sus órganos, por actos ilegales o arbitrarios, sin perjuicio de la responsabilidad personal de sus componentes de acuerdo a la legislación vigente.

Artículo 10: Apartamiento. Los integrantes del Ministerio Público podrán solicitar al fiscal adjunto que corresponda que los aparte del caso cuando existan motivos graves que puedan afectar la objetividad o eficacia de su desempeño. El fiscal adjunto resolverá sin posibilidad de recurso alguno, poniendo en conocimiento al Fiscal General del hecho y los motivos del apartamiento.

En las mismas circunstancias el fiscal adjunto podrá disponer el apartamiento de oficio, pudiendo el apartado recurrir ante el Fiscal General.

El mismo procedimiento se aplicará para los fiscales adjuntos, resolviendo en última instancia el Fiscal General. Serán reemplazados por el agente fiscal de la misma circunscripción con mayor antigüedad en el Ministerio Público.

El Fiscal General, por iguales motivos, podrá solicitar su apartamiento al Consejo de Fiscales, quien también podrá disponerlo de oficio. Será reemplazado por el fiscal adjunto con más antigüedad dentro del Ministerio Público Fiscal.

Título II - Funciones del Ministerio Público

Artículo 11: Funciones: son funciones del Ministerio Público:

- a) Diseñar y ejecutar la persecución penal de la provincia, fijando prioridades y criterios de la investigación.
- b) Promover la acción penal ante los tribunales competentes, preparando los casos que serán objeto de juicio oral y resolviendo los restantes según corresponda.
- c) Dirigir a la policía de investigaciones y a cualquier organismo de seguridad en lo relativo a la investigación de todos los delitos de acción pública salvo los que dependan de instancia de parte.
- d) Asistir y asesorar a la víctima del delito.
- e) Procurar la protección de denunciantes, víctimas y testigos por sí o en coordinación con otras agencias del estado.
- f) Intervenir en la etapa de la ejecución de la pena conforme lo establezca la legislación procesal respectiva.

Artículo 12: Funciones auxiliares: para el mejor cumplimiento de sus funciones el Ministerio Público Fiscal deberá:

- a) Promover investigaciones en el campo de la política criminal del Estado provincial y elaborar estadísticas respecto de delitos y procesos penales.
- b) Promover y organizar reuniones con entidades intermedias, organismos estatales y organizaciones no gubernamentales, con el fin de coordinar y establecer programas en la prevención de delitos.
- c) Promover a la tecnificación de la investigación.

- d) Proponer a las autoridades administrativas medidas de prevención de los hechos punibles.

Título III - Organización

Capítulo I - Órganos del Ministerio Público

Artículo 13: Integración: el Ministerio Público estará integrado por:

- a) El Fiscal General.
- b) El Consejo de fiscales.
- b) Los fiscales adjuntos.
- c) Los agentes fiscales.
- d) Los procuradores fiscales.

Artículo 14: Órganos auxiliares: los siguientes son órganos auxiliares del Ministerio Público:

- a) La secretaría general.
- b) La administración general.
- c) La agencia de investigaciones.
- d) La escuela de capacitación.
- e) La oficina de asistencia a la víctima.
- f) La oficina de asistencia técnica.
- g) La oficina de mediación y conciliación.
- h) La oficina de empleados.

Capítulo II- Órganos Fiscales

Artículo 15: Fiscal General: es la máxima autoridad del Ministerio Público y responsable de su buen funcionamiento. Tiene igual jerarquía y remuneración que el Procurador General del Tribunal Superior de Justicia y deberá reunir las mismas condiciones que exige la Constitución provincial del mismo Procurador General.

El Fiscal General durará siete (7) años en el cargo y gozará de inamovilidad durante ese período. No podrá ser designado para el período siguiente y cesará automáticamente en su cargo por el mero vencimiento del plazo de su designación.

En caso de ausencia o impedimento transitorio será subrogado por el fiscal adjunto que él designe o el que corresponda de acuerdo a la reglamentación que se dicte al efecto. En caso de ausencia o impedimento definitivo se seguirá igual procedimiento en tanto se pone en marcha en forma inmediata el mecanismo para designar al nuevo Fiscal General.

El Fiscal General tendrá su sede en la capital de la provincia.

Artículo 16: Designación y remoción: el Fiscal General es designado por el gobernador o gobernadora de la provincia con el acuerdo de los dos tercios del total de los miembros de la Honorable Legislatura provincial.

El designado deberá resultar previamente seleccionado por un sistema de terna vinculante obtenida mediante concurso público de oposición y antecedentes en la forma que reglamentará el Poder Ejecutivo. Los concursos deberán garantizar transparencia, publicidad, excelencia y celeridad.

La remoción del cargo, por mal desempeño o comisión de delito, se decidirá por el voto de la mayoría absoluta de los miembros del Poder Legislativo, previo debate y audiencia del interesado. En este caso actuará la Comisión de Asuntos Constitucionales y Justicia, la que deberá emitir despacho sobre el particular, designando en su caso a quien actuará como acusador.

El proceso de remoción no podrá extenderse por un plazo mayor a 6 (seis) meses contados desde su inicio hasta la decisión de la legislatura sobre el fondo del asunto, en cuyo caso caducará de pleno derecho, no pudiendo iniciarse nuevamente un procedimiento por el mismo hecho.

Sin perjuicio de todo lo expresado, el Poder Ejecutivo, el legislador provincial, el representante del Ministerio Público actuante en la causa penal, o el acusador designado podrán solicitar la suspensión temporal de sus funciones, lo que se resolverá por la mayoría simple de la Cámara legislativa previo dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Justicia.

Cuando la única causal sea la presunta comisión de un delito doloso, el trámite podrá suspenderse hasta la sentencia definitiva en la causa penal correspondiente. Cuando

entre otras causales se encuentre la presunta comisión de un delito doloso, el trámite solo podrá suspenderse hasta la sentencia definitiva en la causa penal correspondiente solo respecto de ella.

Artículo 17: Atribuciones: serán atribuciones del Fiscal General:

- a) Coordinar el armónico funcionamiento de la institución.
- b) Fijar los criterios para el ejercicio de la persecución penal.
- c) Promover y ejercitar la acción penal pública en forma directa, cuando lo considere necesario.
- d) Designar y remover al Secretario General del Ministerio Público.
- e) Designar y remover al Administrador del Ministerio Público.
- f) Designar y remover a los empleados del Ministerio Público.
- g) Remitir al Poder Legislativo, a través del Tribunal Superior de Justicia, el requerimiento presupuestario anual del Ministerio Público fiscal.
- h) Disponer la ejecución de las partidas para inversiones y gastos de funcionamiento asignados por la ley de presupuesto.
- i) Dictar los reglamentos necesarios para la actuación y funcionamiento del Ministerio Público Fiscal.
- j) Impartir a los fiscales inferiores instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones, de carácter general y particular, fijando condiciones de trabajo y horario de atención al público.
- k) Realizar los traslados, conceder licencias y aplicar sanciones a los miembros del Ministerio Público Fiscal, cuando no corresponda a otro órgano.
- l) Designar y remover al jefe de la agencia de investigaciones.
- m) Crear agencias o unidades fiscales especializadas que actúen en más de una circunscripción judicial.
- n) Comprobar el funcionamiento de todos los despachos fiscales, en lo que hace a la observancia de la ley, el cumplimiento de los plazos y de las instrucciones generales que él mismo hubiera dictado.
- o) Investigar todas las denuncias y quejas por faltas disciplinarias efectuadas contra todos los integrantes del Ministerio Público Fiscal y formular los cargos administrativos o disponer el archivo según corresponda.

- p) Delegar en otro funcionario la intervención que le acuerda la normativa vigente en cuestiones administrativas, salvo que estuviere expresamente prohibido por ley.
- q) Designar y remover al encargado de la oficina de asistencia a la víctima, al encargado de la oficina de mediación y conciliación, al encargado de la oficina técnica y al director de la escuela de capacitación.

Artículo 18: Fiscalías adjuntas: En cada circunscripción judicial funcionará como mínimo una fiscalía adjunta. Cada fiscal adjunto será el jefe del Ministerio Público en la Circunscripción judicial en la que actúa, siendo responsable del funcionamiento del organismo en el área respectiva.

Los fiscales adjuntos deberán reunir las mismas condiciones que para Fiscal General y serán designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Honorable Legislatura, previo cumplimiento del mismo procedimiento de selección previsto en el artículo 16 de la presente ley.

Serán removidos del cargo mediante el mismo procedimiento y por las mismas causales previstas en esta ley para el Fiscal General.

El Fiscal Adjunto durará siete (7) años en el cargo y gozará de inamovilidad durante ese período. Cumplido tal período y sin ser nuevamente elegido fiscal adjunto y en caso de que anteriormente hubiera pertenecido a la carrera del Ministerio Público, volverá al cargo que desempeñara al momento de ser designado como fiscal adjunto.

En caso de ausencia o impedimento definitivo o cese del período para el cual fuera designado sin que se hubiera designado un nuevo fiscal adjunto, será reemplazado por el agente fiscal que interinamente designe el Fiscal General, hasta tanto se designe el nuevo fiscal adjunto para lo cual se pondrá inmediatamente en marcha el mecanismo respectivo.

Tendrá igual remuneración a la fijada para los jueces del Tribunal de Impugnación.

Los fiscales adjuntos actuarán bajo la supervisión directa del Fiscal General.

Artículo 19: Atribuciones: Los fiscales adjuntos tendrán las siguientes atribuciones:

- a) Dirigir, coordinar y supervisar la tarea de los agentes fiscales, procuradores fiscales y órganos auxiliares que de ellos dependan, a efectos del mejor desenvolvimiento de la función, evitando el uso de prácticas burocráticas.

- b) Impartir instrucciones generales y particulares a los agentes fiscales y procuradores fiscales, para una persecución penal más eficaz.
- c) Promoverán y realizarán reuniones al menos cuatro veces al año, con representantes de los gobiernos municipales y con representantes de la sociedad civil, a fin de recibir recomendaciones, observaciones o quejas sobre la política de persecución penal.
- d) Promover las prácticas flexibles y la conformación de equipos de trabajo entre los agentes fiscales y procuradores fiscales.
- e) Las demás que el Fiscal General les asigne.

Artículo 20: Agentes fiscales: los fiscales tendrán a su cargo las agencias fiscales. Se subdividirán en grupos según se trate de delitos convencionales, de delitos de menor cuantía, de delitos cometidos por niños o adolescentes o de delitos no convencionales. En las circunscripciones judiciales que no existan al menos cuatro (4) agentes fiscales tal subdivisión no tendrá aplicación hasta tanto no se alcance el referido número de funcionarios.

Los agentes fiscales serán designados y removidos conforme el procedimiento establecido en la constitución provincial para los jueces del Poder Judicial y tendrán igual remuneración a la percibida por los magistrados de los Colegios de Jueces.

Artículo 21: Atribuciones: ejercerán la acción penal de acuerdo a la distribución de trabajo dispuesta por el fiscal adjunto que corresponda según las reglas de funcionamiento interno.

Ejercerán la dirección de la investigación, formularán acusación o requerimiento de sobreseimiento, aplicarán criterios de oportunidad dentro de los márgenes legales, actuarán en juicio, podrán formular impugnaciones ante los tribunales correspondientes, cualquiera sea su instancia e intervendrán en la ejecución de la pena.

Artículo 22: Procuradores fiscales: requisitos y designación. Los procuradores fiscales tendrán igual jerarquía y remuneración que los abogados relatores del Tribunal Superior de Justicia.

Serán designados por el Consejo de Fiscales previo concurso de oposición y antecedentes de acuerdo a la reglamentación que el fiscal general dictará al efecto. Tendrán estabilidad en el cargo y solo podrán ser removidos por el Consejo de Fiscales

por mal desempeño o la comisión de faltas graves, previa investigación que garantice el derecho de defensa, de acuerdo a la reglamentación dictada por el Fiscal General.

Artículo 23: Atribuciones del procurador fiscal: cada agencia fiscal especializada contará con cuatro procuradores fiscales, aunque el fiscal adjunto que corresponda puede modificar el número de acuerdo a la distribución del trabajo.

Los procuradores fiscales ejercerán todas las funciones que le son atribuidas al Ministerio Público aunque actuarán bajo la supervisión del agente fiscal.

Artículo 24: Consejo de fiscales: Estará presidido por el Fiscal General y se integrará con ocho fiscales, elegidos en asamblea de fiscales adjuntos y agentes fiscales, con representación de todas las circunscripciones judiciales. Los miembros electivos durarán dos años en esta función y podrán ser reelegidos.

Artículo 25: Funciones: El Consejo de fiscales tendrá las siguientes funciones:

- a) Asesorar y colaborar en la formulación de las políticas de persecución penal.
- b) Ratificar, modificar o dejar sin efecto las instrucciones generales y particulares dictadas por el Fiscal General, cuando ellas fueren objetadas de conformidad con el procedimiento previsto.
- c) Resolver sobre el apartamiento del Fiscal General de acuerdo al mecanismo establecido en esta ley.
- d) Resolver sobre los recursos interpuestos ante sanciones aplicadas por el Fiscal General.
- e) Asesorar al Fiscal General cuando él lo requiera.
- f) Designar a los procuradores fiscales.

En los casos mencionados en los incisos b), c) y d), el Fiscal General será reemplazado por un fiscal adjunto designado por el resto de los miembros del consejo, decidiéndose también quien presidirá la sesión.

El Consejo de Fiscales deberá reunirse al menos una vez cada dos meses y será convocado por el fiscal general o por quien lo sustituya. El Consejo sesionará válidamente con por lo menos la mitad más uno de sus integrantes. El Fiscal General estará obligado a convocar a sesión extraordinaria cuando se lo soliciten por lo menos tres de sus integrantes. Las resoluciones serán adoptadas por mayoría absoluta de sus miembros, computándose doble el voto del presidente en caso de igualdad de sufragios.

Capítulo III- Órganos auxiliares

Artículo 26: Secretaría general: el Ministerio Público tendrá un secretario general encargado de brindar asistencia administrativa y operacional al Fiscal General. Le corresponde la dirección de las áreas del despacho de la Fiscalía General, asesoría jurídica, relaciones interinstitucionales, comunicación y otras que le asigne el Fiscal General.

Para desempeñar el cargo se requiere ser ciudadano argentino, poseer título de abogado y tener, por lo menos, veinticinco (25) años de edad, cuatro de ejercicio de la profesión o de la función judicial como magistrado, funcionario o empleado.

Será designado por el Fiscal General, previo concurso de oposición y antecedentes, garantizando transparencia, excelencia, celeridad y participación ciudadana. Durará cuatro (4) años en el cargo pudiendo ser re designado mediante idéntico concurso.

Artículo 27: Administración general: el Ministerio Público tendrá un administrador general que dependerá directamente del Fiscal General. Le corresponde participar en todas aquellas actividades de elaboración, administración y ejecución presupuestaria y gerenciamiento de recursos materiales y humanos que le sean encomendadas por el Fiscal General. Confeccionará el informe anual de gestión previsto en la ley, debiendo someterlo a la aprobación del Fiscal General.

El cargo será desempeñado por un profesional universitario con título de contador público nacional, licenciatura o equivalente en ciencias de la administración, con no menos de cinco años de ejercicio profesional.

Será designado por el Fiscal General, previo concurso de oposición y antecedentes, garantizando transparencia, excelencia, celeridad y participación ciudadana.

Durará cuatro (4) años en la función y podrá ser re designado mediante idéntico concurso.

Artículo 28: Escuela de capacitación: elaborará y ejecutará programas de capacitación y perfeccionamiento continuo de los integrantes del Ministerio Público, los cuales serán previamente aprobados por el Fiscal General.

El Fiscal General podrá suscribir convenios con universidades u otras instituciones a los mismo fines.

La escuela de capacitación estará a cargo de un director, que será designado por el fiscal general, previo concurso de oposición y antecedentes, y durará cuatro (4) años en el cargo pudiendo ser re designado mediando idéntico concurso.

Artículo 29: Agencia de investigaciones: funciones. La Agencia de investigaciones es el órgano auxiliar del Ministerio Público Fiscal, con misión de prestar la asistencia necesaria para el desarrollo de las investigaciones en cada una de las agencias especializadas. Las tareas de investigación serán realizadas de acuerdo a lo encomendado por los fiscales adjuntos, agentes fiscales o procuradores fiscales, dentro del marco establecido en las instrucciones generales y particulares.

Artículo 30: Jefatura: la jefatura de la agencia de investigaciones será ejercida por un comisario, con profunda formación en investigaciones criminales, quien será designado por el Fiscal General con dependencia funcional y administrativa.

Artículo 31: Funciones: El jefe de la agencia de investigaciones:

- a) Coordinará las actuaciones de la agencia de investigaciones con el resto de los organismos vinculados al ejercicio de las funciones del Ministerio Público Fiscal.
- b) Mantendrá relaciones de cooperación con la policía provincial y con los cuerpos de investigaciones policiales provinciales, nacionales y extranjeros.

Artículo 32: Duración: el jefe de la agencia de investigaciones durará tres años en sus funciones, pudiendo ser re designado.

Artículo 33: Deber de colaboración: la policía provincial y los organismos de toda fuerza de seguridad provincial o nacional, están obligados a cumplir las órdenes impartidas por los funcionarios del Ministerio Público Fiscal, en ejercicio de sus cargos, aun cuando sean impartidas a través de los integrantes de la agencia de investigaciones.

Artículo 34: Reglamentación: el Fiscal General reglamentará el funcionamiento de la agencia de investigaciones, respetando el carácter de organismo auxiliar del Ministerio Público Fiscal.

Artículo 35: Oficina de asistencia a la víctima: esta oficina estará a cargo de un licenciado en psicología. El equipo se completará con psicólogos sociales, asistentes sociales y personal administrativo capacitado en atención social.

Artículo 36: Función principal: la oficina de asistencia a la víctima brindará asistencia, asesoramiento y contención especializada a la víctima del delito.

Artículo 37: Oficina de mediación y conciliación: esta oficina estará a cargo de un especialista en mediación y conciliación y tendrá como objetivo principal alcanzar una solución final al conflicto, buscando metódicamente la producción de la mayor satisfacción posible para la víctima, el imputado y la comunidad.

Artículo 38: Oficina de asistencia técnica: esta oficina estará a cargo de un licenciado en criminalística y auxiliará a los agentes fiscales y procuradores fiscales en las investigaciones que el organismo realice.

Artículo 39: Oficina de empleados del Ministerio Público: tendrá como misión esencial prestar auxilio administrativo al funcionario a cuyo cargo se encuentre la agencia fiscal de que se trate. Todos los empleados del Ministerio Público serán personas mayores de edad, con buena conducta, con estudios secundarios completos, y serán designados mediante concurso de oposición y antecedentes y removidos por el Fiscal General, previo garantizar a los afectados el debido ejercicio del derecho de defensa.

Artículo 40: Encargados: los encargados de las oficinas mencionadas en los artículos 35, 37 y 38 serán designados por el Fiscal General, previo concurso de oposición y antecedentes. Durarán cuatro (4) años en sus funciones y podrán ser re designados mediante idéntico concurso.

La oficina de empleados estará a cargo del secretario general.

Título IV - Las instrucciones

Artículo 41: Facultad: los miembros del Ministerio Público Fiscal podrán impartir a sus subordinados instrucciones de carácter general o particular, estas últimas referidas a asuntos específicos. Tales instrucciones serán comunicadas inmediatamente al superior jerárquico quien podrá revocarla o modificarla.

Artículo 42: Objeciones: El agente fiscal que no estuviere de acuerdo con una instrucción general podrá objetarla y solicitar la revisión ante el Consejo de Fiscales. Si estuviere en desacuerdo con una instrucción específica, podrá objetarla por razones de ilegalidad, cuando la instrucción esté dirigida a impulsar la acción pública; y por razones de ilegalidad o inconveniencia, cuando se trate de instrucciones tendientes a poner fin a la acción penal. En tales casos, solicitará su revisión ante el Fiscal General o requerirá que se lo aparte del caso.

En los debates orales, el funcionario que asista a ellos, actuará y concluirá según su criterio.

Artículo 43: Actos procesales sujetos a plazos o urgentes: si la instrucción se refiere a un acto urgente o sujeto a un plazo, el fiscal que recibe la orden la cumplirá en nombre del superior que la emitió, sin perjuicio del trámite de la objeción.

Si la instrucción objetada, consiste en omitir un acto sujeto a plazo o que no admite demora, el fiscal que la objete actuará bajo su exclusiva responsabilidad sin perjuicio del posterior desistimiento de la actividad cumplida.

Artículo 44: Forma: Las instrucciones serán impartidas en forma escrita y transmitidas por cualquier vía de comunicación. En caso de urgencia, podrán ser impartidas oralmente y confirmadas luego por escrito.

Título V - Incompatibilidades, prohibiciones, derechos, obligaciones y régimen disciplinario

Artículo 45: Incompatibilidades: Será incompatible con la función de Fiscal General, fiscal adjunto, agente fiscal y procurador fiscal, así como con la función de director o encargado de cualquiera de los órganos auxiliares:

- a) Intervenir directa o indirectamente en política, ejercer cualquier cargo de elección popular o postularse.
- b) Ejercer otros empleos públicos o privados, a excepción del desempeño en el ámbito docente siempre que no afecte la función.
- c) Ejercer la abogacía, excepto la defensa propia, de su cónyuge, padres, hijos menores o personas que estén a su cargo.
- d) El ejercicio del comercio o la integración de órganos de administración o control de sociedades mercantiles.

No les estará vedado participar en asociaciones profesionales, académicas, culturales y de bien público, siempre que ello no comprometa la independencia de la función o la adecuada prestación de la misma.

A los restantes agentes les son aplicables las incompatibilidades previstas para los empleados administrativos del Poder Judicial.

Artículo 46: Prohibiciones: les está vedado a quienes ejerzan la función de Fiscal General, fiscal adjunto, agente fiscal, procurador fiscal y director o encargado de cualquiera de los órganos auxiliares:

- a) Desempeñarse en la misma dependencia del Ministerio Público dos o más agentes que sean entre sí cónyuges, convivientes o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- b) Usar su autoridad o su influencia con fines distintos al cumplimiento de sus funciones.
- c) Ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal, medios materiales o información del Ministerio Público.

Artículo 47: Sanción: la violación del régimen de incompatibilidades y prohibiciones previsto en esta ley será considerada falta grave.

Artículos 48: Deberes: los fiscales adjuntos, los agentes fiscales, los procuradores fiscales, así como quienes ejerzan la jefatura de cualquiera de los órganos auxiliares, tendrán los siguientes deberes:

- a) Cumplir con su trabajo con eficacia y eficiencia.
- b) Observar una conducta pública y privada que no afecte la confianza en la función que cumple el Ministerio Público.
- c) Mantener reserva de los asuntos atinentes a la función cuando no estén autorizados a informar sobre ellos.
- d) Poner en conocimiento de sus superiores cualquier irregularidad que adviertan en el ejercicio de su cargo o empleo.

Artículo 49: Derechos: el fiscal adjunto, el agente fiscal, el procurador fiscal, así como quienes ejerzan la jefatura de cualquiera de los órganos auxiliares tendrán los siguientes derechos:

- a) A la permanencia en el cargo mientras dure su buena conducta y se desempeñe con eficacia y eficiencia, con excepción de quienes tienen duración fijada por esta misma ley.
- b) A no ser asignado sin su consentimiento a funciones que exijan mudar su residencia permanente.
- c) A recibir capacitación adecuada para mejorar su desempeño.

Artículo 50: Remuneraciones: Los órganos auxiliares del Ministerio Público tendrán las siguientes remuneraciones:

- a) El secretario general, el administrador general y el jefe de la agencia de investigaciones una remuneración equivalente a la del agente fiscal.
- b) El director de la escuela de capacitación y los encargados de las oficinas de mediación y conciliación; de asistencia a la víctima y de asistencia técnica, una remuneración equivalente a la de abogado relator del Tribunal Superior de Justicia.
- c) los empleados recibirán idéntica remuneración a la percibida por los empleados administrativos del Poder Judicial, según la categoría ostentada.

Artículo 51: Régimen disciplinario. Faltas: las faltas se consideran según su entidad en graves y leves.

A- Se consideran graves las siguientes:

- 1) Violar el deber de reserva de los asuntos que así lo requieren y en los que actúa el Ministerio Público; o extraer, duplicar o exhibir documentación que deba permanecer reservada.
- 2) Actuar con negligencia en la búsqueda de las pruebas que fueren necesarias para la presentación de una acusación o para su mantenimiento ante los tribunales.
- 3) Ocultar información o dar información errónea a las partes.
- 4) No informar a la víctima el resultado de las investigaciones.
- 5) Ejecutar hechos o incurrir en omisiones que tengan como consecuencia la pérdida de actuaciones, o la obstaculización del trámite o del servicio.
- 6) Hacer peticiones, presentaciones o dictámenes que tengan como base hechos manifiestamente erróneos o que no expresen fundamentos legales.
- 7) No excusarse dentro del tiempo que corresponde a sabiendas de que existen motivos o impedimentos.

- 8) Interferir en actuaciones judiciales en las que no tenga ninguna participación oficial.
- 9) Acumular cinco (5) faltas leves en forma coetánea o en el mismo año.
- 10) Abandonar el trabajo en forma injustificada.
- 11) Aceptar dádivas o beneficios motivados en el ejercicio de la función.

B- Son faltas leves las siguientes:

- 1) Actuar en forma irrespetuosa respecto a un superior jerárquico o en relación a la víctima, al imputado, partes o cualquier persona que intervenga en una diligencia en que actúe el órgano fiscal o que acuda a sus oficinas.
- 2) Faltar al trabajo sin aviso ni causa justificada, o llegar habitualmente tarde o ausentarse sin autorización.

Artículo 52: Sanciones: Los integrantes del Ministerio Fiscal, por las faltas en que incurran en el servicio, podrán ser pasibles de las siguientes sanciones disciplinarias:

- a) Previsión
- b) Apercibimiento
- c) Suspensión del cargo o empleo hasta quince (15) días sin goce de haberes
- d) Cesantía.

Artículo 53: Procedimiento: el Fiscal General, el fiscal adjunto, el agente fiscal, el procurador fiscal y quienes ejerzan la jefatura de todos los organismos auxiliares impondrán a sus dependientes las sanciones de prevención y apercibimiento, previa audiencia a los interesados, para que hagan su descargo y ofrezcan pruebas, debiendo tener oportunidad de ejercer el derecho de defensa. La suspensión solo puede ser aplicada por el Fiscal General y el fiscal adjunto.

La cesantía, inaplicable a quien ostente fueros constitucionales, solamente puede ser aplicada por el Fiscal General.

Artículo 54: Recursos: Las sanciones impuestas serán recurribles ante el superior jerárquico, en el plazo de cinco (5) días hábiles de notificadas. La sanción impuesta o confirmada por el Fiscal General puede ser revisada a instancia de parte por el Consejo de Fiscales.

En tanto no se encuentre firme la resolución no podrá ejecutoriarse la sanción impuesta.

Artículo 55: Juicio Político y Jurado de Enjuiciamiento: Cuando se impute un delito doloso, falta grave o mal desempeño de un agente fiscal, se dará intervención al jurado de enjuiciamiento.

Título VI: Régimen económico y financiero

Artículo 56: Recursos: Son recursos del Ministerio Público los siguientes:

- a) Las partidas establecidas en el presupuesto general.
- b) Los aportes, donaciones o legados de personas o instituciones, nacionales o internacionales.

Artículo 57: Ejecución presupuestaria: La ejecución del presupuesto se hará a través de la Administración General del Ministerio Público, quedando sujeta a los controles y fiscalización correspondiente.

Título VII - Disposiciones transitorias y complementarias.

Artículo 58: Reglamentos: El Fiscal General queda facultado para el dictado de toda la reglamentación que resulte necesaria para la aplicación de la presente ley.

Artículo 59: Los derechos adquiridos por los funcionarios y empleados del Ministerio Público con anterioridad a la presente ley serán inalterables, no pudiendo ser pasibles de afectación alguna.

Artículo 60: Creación de cargos: créanse por la presente ley los siguientes cargos:

- a) Un (1) cargo de Fiscal General.
- b) Cinco (5) cargos de fiscales adjuntos.
Cargos de auxiliares del Ministerio Público.
- a) Un (1) cargo de administrador general.
- b) Un (1) cargo de secretario general.
- c) Un (1) cargo de director de la escuela de capacitación.
- d) Un (1) cargo de jefe de la agencia de investigaciones.
- e) Un (1) cargo de encargado de la oficina de asistencia a la víctima
- f) Un (1) cargo de encargado de la oficina de mediación y conciliación
- g) Un (1) cargo de encargado de la oficina de asistencia técnica

Artículo 61: Disposiciones derogatorias: Derogase toda normativa relativa al Ministerio Público en cuanto sus normas se opongan a la presente ley.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL UTILIZADA

- ABALOS, Raúl W. *Derecho procesal penal*. (Ediciones Jurídicas Cuyo, Tomo I, 1.993).
- ALCONADA MON, Hugo. *Las coimas del gigante alemán*. La historia secreta de Siemens, los DNI y los gobiernos argentinos hasta los Kirchner. (Editorial Planeta, 2.011).
- ALGUÍNDIGUE MORLES, Carmen. *El ejercicio de la acción penal en Venezuela desde una perspectiva sistémica*. Propuesta de gestión para el Ministerio Público. (en: *Reformas procesales penales en América Latina: discusiones locales*. Centro de estudios de justicia de las Américas (CEJA). Editado por Mauricio Duce, Cristian Riego y Juan Enrique Vargas, 2.005).
- ALMEYRA, Miguel A. *La imparcialidad judicial*. (en: *Suplemento del XXII Congreso de derecho procesal*. Paraná, Entre Ríos, 2.003. Publicado por autoridades del Congreso en 2.003).
- ALTVATER, Elmar; Mahnkopf Birgit. *La globalización de la inseguridad. Trabajo en negro, dinero sucio y política informal*. (Editorial Paidós, 2.008).
- ANITÚA, Gabriel I. *Historia de los pensamientos criminológicos*. (Editores del Puerto, 2.006).
- ANITUA, Gabriel; CAPUCCIO, Emilio; ZENTNER, Cyntiha. En: *Sistemas procesales penales comparados*. AA.VV. HENDLER, Edmundo (director). (Editorial Ad-Hoc, 1.999).
- APESTEGUÍA, Carlos A. *Ministerio Público. Su situación institucional*. (Editorial La Ley, 1997-C).
- AZERRAD, Marcos E. *Conferencia sobre mediación penal*. (online) (en: *proyecto de ley de Mediación Penal para todo el ámbito nacional*. Consultado en la segunda quincena del mes de enero de 2.012). www.pensamientopenal.com.ar/16072007/leydemediación.pdf
- BÁEZ, Julio C. *El agente fiscal. Autonomía y posición frente a las instrucciones*. (Editorial La Ley 2.004- C, 1.199).
- BAIGÚN, David. El Ministerio Público y los órganos administrativos de control. (en: *Pena y Estado* Nro. 2, “Ministerio Público”. Editores Del Puerto, 1.997).
- BAKER, Roger. *La policía comunitaria desde la perspectiva británica*. (online) Instituto Latinoamericano de seguridad y democracia (consultado en la segunda quincena de enero de 2.012). www.ilsed.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=
- BALCARCE, Fabián. *Ubicación institucional del Ministerio Público y principios que lo rigen*. Conferencia dictada el 7 de julio de 2.004 en la F.D.C.S. de la Universidad Nacional de Córdoba.(online, consultado 13/01/2.005) www.eldial.com/edición/córdoba/penal/indice/doctrina/cp040812-a.asp
- BARCIA, Claudia; Boerr, Jorge; Unrein, Gabriel. *La reforma procesal penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Experiencia de innovación en el Ministerio Público Fiscal*. En: “Primer encuentro nacional, Redex Argentina”. (Editorial Advocatus, 2.009).
- BARREIRO, Gastón E. *La evolución del Ministerio Público Fiscal en materia penal*. (en: Diario La Ley, 18/5/2006).

- BARROSO, Griffiths; Nieto Di Biase, Marcelo. *Las oficinas judiciales de la provincia del Chubut*. En “Primer encuentro nacional. Redex Argentina”. (Editorial Advocatus, 2.009).
- BARROSO, Griffiths; Nieto Di Biase, Marcelo. **La reforma procesal penal en Chubut. Implementación de una nueva gestión judicial**. (en: *Reformas de la Justicia en América Latina. Experiencias de innovación*. Publicación del Centro de estudios de justicia de las Américas, CEJA. 2.010).
- BERTOLINO, Pedro J. *Un bosquejo del criterio objetivo en la actividad del Ministerio Público Fiscal*. (en: *Revista de derecho procesal penal. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal-II*. Editorial Rubinzal Culzoni, 2.008-1).
- BIANCHI, Alberto. *La conveniencia de que el Ministerio Público sea órgano del Poder Judicial*. (en: *El Derecho*. tomo 106, 1.984).
- BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de la constitución reformada*. Tomo II B. (Editorial Ediar. Edición ampliada y actualizada a 2.002/2.004. Publicada en 2.005).
- BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. (Editorial Ad-Hoc. 2da. Edición actualizada y ampliada, quinta reimpresión, 2.009).
- BINDER, Alberto M. *Política Criminal. De la formulación a la praxis*. (Editorial Ad-Hoc, 1.997)
- BINDER, Alberto M. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. (Editorial Ad-Hoc, 2.000).
- BINDER, Alberto M. *El régimen de la acción penal como derecho público provincial*. (en: *Revista del XX Congreso Nacional de derecho procesal*”, San Martín de los Andes, provincia del Neuquén, 1.999).
- BINDER, Alberto M.; Obando Jorge. *De las Repúblicas Aéreas al Estado De Derecho*. (Editorial Ad Hoc, 2.004).
- BINDER, Alberto M. *Análisis Político Criminal*. (Editorial Astrea, 2.011).
- BOVINO, Alberto. *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*. (en: *Revista Pena y Estado* Nro.2 “Ministerio Público”. Editores Del Puerto, 1.997).
- BRUZZONE, Gustavo. *Las instrucciones de los fiscales*. (En: *Revista Pena y Estado* Nro. 2. “Ministerio Público”. Editores Del Puerto. Edición 1.997).
- BUNGE CAMPOS, Luis M. *Sistema procesal penal de Portugal*. (en: *Sistemas procesales penales comparados*. AA.VV. Hendler Edmundo Director, Editorial Ad Hoc, 1.999).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (director). *Pena y estado*. AA.VV. (Editorial Jurídica Cono Sur, 1.995).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (director). *Prevención y teoría de la pena*. AA.VV. (Editorial Jurídica Cono Sur, 1.995).
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. (Editorial Jurídica Cono Sur, 1.989).
- CAFFERATA NORES, José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. (Editores Del Puerto, 1.998).

- CAFFERATA NORES, José I. *Derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva*. (Editorial Astrea, 2.004).
- CAFFERATA NORES, José I. (y otros) *Bases para el estudio preliminar de una reforma procesal penal en la provincia de Río Negro*. (inédito, 2.001).
- CASTEX, Francisco. *La autonomía del querellante en el proceso penal*. (en: *Suplemento extraordinario penal y procesal penal*. Miguel Almeyra (director) AA.VV. Editorial La Ley, septiembre 2.010).
- CHICHIZOLA LUIS M. *El código procesal de la provincia de Buenos Aires*. (en: *revista de las XVI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos*. La Rioja, capital, 2.003).
- COUSSIRAT, Jorge A. *El Ministerio Público en la reforma constitucional de 1.994*. AA.VV. (Editorial Depalma, 1.995).
- COUSSIRAT, Jorge A. (y otros) *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomos I y II. (Ediciones Jurídicas Cuyo, 2008).
- COUSSIRAT, Jorge A. *Los plazos procesales y la investigación penal preparatoria*. (en: *Revista de derecho procesal penal. La investigación penal preparatoria*. Editorial Rubinzal Culzoni, 2011-1; 2.011).
- D´ALESSIO, Andrés J. *La política criminal en Argentina. Entre la razón y el miedo*. (en: *Revista de derecho penal y procesal penal*. Editorial Lexis Nexis, agosto 2004).
- DE LA FUENTE, Javier E.; Salduna Mariana. *Principio de oportunidad y sistemas alternativos de solución de conflictos. La inconstitucionalidad de su regulación provincial*. (en: *Revista de derecho procesal penal. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal- III*. Editorial Rubinzal-Culzoni, 2.008-2, 2.008).
- DE LA RUA, Jorge. *Cuestiones de Política Criminal en la legislación penal*. (en: *Reforma Penal y Política Criminal. La codificación en el estado de derecho*. AA.VV. Editorial Ediar, 2.007).
- DE LUCA, Javier A. *La víctima en el proceso penal, modelo 2.007*. (en: *Las Facultades del querellante en el proceso penal*. Sabrina Namer (Compiladora). AA.VV. Editorial Ad-Hoc, 2.008).
- DEMANDT, Alexander. *Los grandes procesos de la historia*. (Editorial Crítica, 2.000).
- DI GIULIO, Gabriel Hernán. *La objetividad del Ministerio Público Fiscal*. (online) Ponencia al VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Penal Garantista. Azul, 2.004. (Consultado el 28/03/2.005) www.eldial.com/suplementos/procesal/doctrina/pr050328-c.asp
- DUCE Mauricio J. *El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios*. (Centro de justicia de las Américas (CEJA), 2.004).
- DUCE, Mauricio J. *Políticas públicas, libertad provisional y seguridad ciudadana en Chile*. (online, consultado el día 18/01/2.007) www.derechopenal.com.ar/archivos.php?
- DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian. *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*. (en: *Seminario Interamericano sobre modernización de la persecución penal en América Latina*. Mar del Plata, Buenos Aires, 2.005. Publicación del Centro de justicia de las Américas (CEJA). 2.005).

- ELBERT, Carlos A. *Manual básico de criminología*. (Editorial Eudeba, 2.001).
- ELBERT, Carlos A. *Hacia una nueva política criminal*. (on line, consultado el 22/09/2.006) www.eldial.com/publicador/doctrina/doctrina.asp?archivo=DC9A2.html&pie=
- ELBERT, Carlos A. *Ideología, corrupción y excesos policiales*. (en: *Revista Pena y Estado* Nro.3. Editores Del Puerto, 1.998).
- Evaluación de la nueva forma de trabajo de las Agencias Fiscales con el Juzgado de Instrucción Nro.2 de Neuquén Capital. Modalidad experimental. (en: *revista de las "VI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos*, La Rioja, capital, 2.003).
- FARSA, Pablo. *Juicio oral adversarial: sus posibilidades de realización en los sistemas normativos*. (en: *Revista de derecho procesal penal .El proceso adversarial*. Tomo I. Editorial Rubinzal Culzoni, 2.008).
- FEINMANN, José Pablo. *La filosofía y el barro de la historia*. (Editorial Planeta, 2.008).
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. (Editorial Trotta. Segunda edición 1.997).
- FERRAJOLI, Luigi. *Los problemas de la legalidad penal y la independencia de jueces y fiscales*. (en: revista *Ideas y acciones* Nro. 5. Convenio Inecip- Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, 2.000).
- FINOCHIETTI, María D. *Mediación, conciliación y sistema penal*. (en: revista de las *XVI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos*, La Rioja, capital, 2.003).
- FLEMING, Abel; López Viñals Pablo. *Garantías del imputado*. (Editorial Rubinzal- Culzoni, 2.008).
- FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. (Editorial Gedisa. Quinta reimpresión, 1.998).
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica del poder*. (online) Edición y traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez- Uría. Segunda edición 1.980. (Consultado mayo 2.012). www.inau.gub.uy/biblioteca/seminario/microfisicadelpoder (pdf)
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. (XXI Siglo veintiuno editores, 17^{ma} edición en español, primera reimpresión argentina, 1.989).
- GARCÍA, Yomha Diego; Martínez Santiago. *Lineamientos para una investigación desformalizada. El cambio cultural del expediente al legajo de investigación*. (en: *Revista de derecho procesal penal. La investigación penal preparatoria*. (Editorial Rubinzal - Culzoni, 2.011-1).
- GARCÍA, Yomha Diego. *La gestión de los tribunales como herramienta esencial para un funcionamiento eficaz del sistema judicial*. (en: *Revista de derecho procesal penal -El proceso penal adversarial*. tomo II. (Editorial Rubinzal - Culzoni, 2.009).
- GARGARELLA, Roberto. *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*. (Siglo XXI editores, 2.006).
- GELLI, María Angélica. *Constitución De La Nación Argentina. Comentada y anotada*. Tomos I y II. (Editorial La Ley, 2.008).

- GELLI, María Angélica. *Claves políticas y perfiles del Ministerio Público en la Constitución Argentina*. (en: Boletín informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Año XIII Nro. 131, marzo 1997).
- GORANSKY, Mirna. *Hacia un Ministerio Público eficaz, eficiente y democrático. Un estudio comparado*. (Editores Del Puerto, 2008).
- GORANSKY, Mirna. *Hacia un Ministerio Público eficiente y eficaz*. Ponencia presentada en el “I Congreso Federal de Justicia Penal” organizado por Pensamiento Penal durante los días 2, 3 y 4 de mayo de 2.007 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- GUZMÁN, Nicolás. *La objetividad del fiscal (o el espíritu de autocrítica). Con la mirada puesta en una futura reforma*. (en: *Revista de derecho procesal penal. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal-III*. Editorial RubinzalCulzoni, 2008-2).
- KESSLER, Miguel; Nessi, Alan. *Justicia y corrupción*. (Unidos por la justicia- Konrad- Adenauer- Stiftung, 2.006).
- KESSLER, Gabriel. *La relación entre percepción de inseguridad y delito efectivo es el doble*. (online) Entrevista en diario Página 12. (Consultado el 23/08/2.010) www.pagina12.com.ar
- HAZÁN, Luciano; Iud Alan. *Informe de evaluación del sistema de fortalecimiento del sistema acusatorio en la provincia de Buenos Aires. Plan de flagrancia*. (en: *Primer encuentro nacional. Redex Argentina*. Editorial Advocatus, 2.009).
- HENDLER, Edmundo (Director). *Sistemas procesales penales comparados*. AA.VV. (Editorial Ad-Hoc, 1.999).
- HENDLER, Edmundo. Disertación en: *Las facultades del querellante en el proceso penal*. Sabrina Namer Compiladora. (Editorial Ad Hoc, 2.008).
- IBÁÑEZ, Perfecto A. *Por un Ministerio Público dentro de la legalidad*. Nueva Doctrina Penal (NDP). Tomo 1.998/B. (Editores Del Puerto, 1.999).
- KAMINSKY, Gregorio. *El estado no se hace cargo de la problemática de la seguridad*. (Entrevista en: diario “La mañana del Neuquén” del día 28 de febrero de 2.011).
- KAMINSKY, Gregorio. (online) Entrevista en: el *Diario Rio Negro* (consultado el 19/7/2.010). www.diariorionegro.com.ar
- KOSOVSKY, Darío. *El desgobierno de la seguridad en Neuquén*. (Online, consultado en enero de 2.012) www.pensamientopenal.com.ar/01092010/actualidad04.pdf .
- LANZÓN, Román P. *La intervención de la víctima en el proceso penal y su ¿derecho? a actuar como querellante*. El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos. Daniel Pastor (director). AA.VV. (Editorial Ad-Hoc, 2.009).
- LAPALMA, G. *Régimen jurídico del Ministerio Público*. (Editorial La Ley, tomo 119, 1.965).
- LEDESMA, Ángela E. *Proceso de reforma procesal penal y judicial. Momentos y ejes rectores*. (en: *Revista de derecho procesal penal .El proceso penal adversarial*. Tomo II. (Editorial Rubinzal- Culzoni, 2.009).

- LETNER, Gustavo A. *Lineamientos para una política criminal del siglo XXI*. (Unidos por la justicia- Konrad- Adenauer –Stiftung, 2.006).
- LEVENE, (h) Ricardo. *Códigos procesales penales de las provincias de Neuquén (Ley 1677) y de Río Negro (2107)*. (Editorial Depalma, 1.987).
- Leyes orgánicas de Ministerio Público de países latinos*: Bolivia –Chile – Paraguay - Costa Rica – Ecuador – Guatemala – Venezuela - El Salvador – Nicaragua – Honduras - República Dominicana.
- Leyes orgánicas de Ministerio Público de provincias argentinas*: Santa Fe (Ley Nro. 13.013)- Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley Nro.1.903) – Salta (Ley Nro.7.328)- Provincia de Buenos Aires (Ley Nro.12.061)– Mendoza (Ley Nro.8.008)– Córdoba (Ley Nro.7.826)- Entre Ríos(Ley Nro.9.544) – Chubut (Ley Nro. 94, antes Ley Nro.5.057)– Chaco (Ley Nro.4.396) - Ministerio Público Nacional (Ley Nro. 24.946).
- LIMA MAGNE, Juan J. *Ministerio Público e implementación de la reforma procesal penal en Bolivia*. En: *Reformas procesales penales en América Latina: discusiones locales*. (Editado por Mauricio Duce, Cristian Riego y Juan Enrique Vargas. Centro de estudios de justicia de las Américas (CEJA).
- LOÑ, Félix R. *El Ministerio Público y la reforma constitucional de 1.994*. Publicado en Jurisprudencia Argentina, Tomo III, 1.996.
- LOÑ, Felix R. *Enfoque sistemático de la división de poderes de la reforma constitucional de 1994*. (Editorial La Ley, 1998-B).
- LÓPEZ LÓPEZ, Alberto M. *El Ministerio Fiscal Español. Principios orgánicos y funcionales*. (Editorial Colex, 2.001).
- LORENZO, Leticia; Mac Lean, Soruco Enrique. *Manual de litigación penal en audiencias de la etapa preparatoria*. (on line) Bolivia, 2009. (Consultado en octubre de 2.010.) www.scribd.com/doc/57457983/manual-de-litigación
- LOZADA, Martín. *Seguridad ciudadana, democracia y legalidad*. (en: *diario Rio Negro* del 2/6/2.010). www.rionegro.com.ar
- MAIER, Julio B. *El Ministerio Público en el proceso de reforma penal de América Latina*. (en: *Revista Pena y Estado* Nro.2. “Ministerio Público”. Editores Del Puerto, 1.997).
- MAIER, Julio B. *Hay que operar una reducción fuerte del Código Penal*. (Entrevista en: *La voz judicial*. Revista del Colegio de Magistrados, Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Octubre 2.009).
- MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal*. (Editores Del Puerto, Tomo II. Primera edición, 2.003).
- MAIER, Julio B. *¿El Ministerio Público, un adolescente?* (en: *El Ministerio Público en el proceso penal*. AA.VV. Editorial Ad-Hoc, 1.993).
- MAIER, Julio B.; Binder Alberto M. *Proyecto de Ley orgánica para la justicia penal y el Ministerio Público*. (Publicación de la Secretaría de Justicia Nacional. Subsecretaría de Asuntos Legislativos, 1.988).
- MANDALUNIS, José L. *Autonomía y autarquía del Ministerio Público*. (online, consultado el 26 de enero de 2.007) www.eldial.com/publicador/doctrina/doctrina.asp?archivo

- MARCHENA GÓMEZ, Manuel. *El Ministerio fiscal: su pasado y su futuro*. (Editorial Marcial Pons, 1.990).
- MARTÍN, Germán D. *Sistemas, defensas y la McDonalización del proceso penal*. Un dialogo entre el sistema procesal penal de Río Negro (Argentina) y el de Colombia. (Publifadecs, Universidad Nacional del Comahue, 2.011).
- MAURI, Carolina; Rossi Ivana; Soria Patricia. *La reforma procesal penal en Córdoba*. (en: *Primer encuentro nacional. Redex argentina*. Editorial Advocatus, 2.009).
- MASSEI, Oscar. “**Mediación obligatoria frente a los conflictos sociales**”, Cámara de Diputados de la Nación, 4 de marzo de 2.008.
- MENDAÑA, Ricardo J. *El Ministerio Público y la dirección de la investigación criminal*. (en: *Revista de derecho procesal penal. El proceso penal adversarial*. Tomo I. Editorial Rubinzal Culzoni, 2.008).
- MENDAÑA, Ricardo J. *El sistema acusatorio y la inclusión legislativa de los criterios de oportunidad*. (en: *Revista del Instituto de derecho penal y procesal penal del colegio de abogados de Neuquén*. Nro.1).
- MENDAÑA, Ricardo J.; Arias Salgado Alicia. *El Ministerio Público y la atención primaria de la conflictividad penal*. (en: *Urvio*, revista Latinoamericana de seguridad ciudadana, Flacso, Ecuador, 2.008).
- MENDAÑA, Ricardo J. *Relevamiento y propuesta organizacional*. (Ministerio Público de Chubut, Convenio Procuración General del Chubut- Inecip, 2.007).
- MENDAÑA, Ricardo J. *Relevamiento preliminar de la fiscalía de Esquel. Principales problemas detectados*. (Convenio Procuración general del Chubut – Inecip, 2.006).
- MENDAÑA, Ricardo J. Víctimas, conflictos y el rol del Ministerio Público. (online, consultado en abril de 2.012) www.procesal1-catedra2.com.ar/sites
- MENDAÑA, Ricardo J. *El sistema acusatorio y la inclusión legislativa de los criterios de oportunidad*. (en: *Revista del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén*. Nro.1. Publifadec, 2.003).
- MENDIOLA, Marcelo G. *Mediación penal: una experiencia en marcha sobre un medio de resolución de conflictos que merece una legislación procesal específica*. (en: revista de las *XVI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos*. La Rioja capital, 2.003).
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El fiscal como director de la investigación: retos y desafíos del nuevo modelo de investigación penal*. (Online) Trabajo de investigación originado en ponencia impartida por el autor en el Curso Ministerio Fiscal y Policía Judicial dentro del Plan Extraordinario de Formación de Fiscales en Barcelona, octubre de 2.006. (consultado en segunda quincena de enero de 2.012). www.dijuris.com/index.php?page=shopproduct...id
- MONTI, Víctor Manuel. *Ubicación del Ministerio Público de la Nación en el organigrama de la Constitución Argentina*. Ponencia presentada en las *Jornadas nacionales de Ministerios Públicos*. San Fernando del Valle de Catamarca, 1999.

- MOROSI, Guillermo; PÉREZ LANCE, Adrián; POSSE, RAFECAC, Daniel. *El sistema procesal penal italiano*. En: *Sistemas procesales penales comparados*. HENDLER, Edmundo (director AA.VV. (Editorial Ad-Hoc, 1.999).
- NAMER, Sabrina (compiladora). *Las facultades del querellante en el proceso penal*. AA.VV. (Editorial Ad-Hoc, 2.008).
- OBARRIO, Felipe Daniel. *El Ministerio Público: cuarto poder del estado*. (Editorial La Ley, T.1.995-C sección doctrina, 31/05/1.995).
- OVIEDO, Enrique. *Democracia y seguridad ciudadana en Chile*. (online, consultado octubre 2.010) <http://168.96.200.17/ar/libros/violencia/oviedo.pdf>
- PALACIN, Claudio Marcelo. *La función requirente del Ministerio Público Fiscal en el proceso penal*. Tesis doctoral aprobada, Universidad Católica de Santa fe, Departamento de Postgrado.
- PANDOLFI, Oscar R. “¿Tienen las provincias facultades constitucionales para legislar en materia de jurados, criterios de oportunidad y “probation”? La esencial inconstitucionalidad del art.71 CP?.LexisNexis, D`Alessio A. Bertolino P. (Directores) junio 2.007.
- PANDOLFI, Oscar R. *El derecho del imputado a un acusador penal único* (“o a un solo discurso acusatorio del cual defenderse...”), (en: *Revista de derecho procesal penal*. La defensa pública-II, 2.010-2. Editorial Rubinzal - Culzoni, 2.010).
- PÉREZ MARTINEZ Roberto. *La policía judicial en el estado democrático de derecho*. (en: *Revista Pena y Estado* Nro.3. Editores Del Puerto, 1.998).
- PRICE, Marty. Entrevista en: revista *OpeLegis* de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Entre Ríos en el “1er. Congreso Internacional de Probation, Paraná, Entre Ríos, 2.008”. Editada en 2.008.
- QUINTANA, María. *Mediación penal*. (online en: *proyecto de Ley de Mediación Penal para todo el ámbito nacional*, consultado segunda quincena mes de enero de 2.012) www.pensamientopenal.com.ar/16072007/leydemediación.pdf
- REDEX ARGENTINA 1er. Encuentro Nacional de capacitadores del Centro de estudios de las Américas (CEJA). (Editorial advocatus, 2.009).
- ROJO VIVOT, Alejandro. *La corrupción siempre es perversa*. (Entrevista en: *diario Río Negro* del día 17/4/09. www.rionegro.com.ar).
- ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. (Editorial Rubinzal Culzoni, 2.007).
- ROXÍN, Claus. *Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público*. (En: *El Ministerio Público en el proceso penal*. AA.VV. Editorial Ad.-Hoc, 1.993).
- RUSCONI, Maximiliano A. *Luces y sombras en la relación política criminal-Ministerio Público*. (en: *Revista Pena y Estado* Nro.2. “Ministerio Público”. Editores Del Puerto, 1.997).
- RUSCONI, Maximiliano A. *Reformulación de los sistemas de justicia penal en América Latina y Policía*. (en: *Revista Pena y Estado* Nro.3. Editores Del Puerto, 1.998).

- SAENZ, Ricardo O. *Ministerio Público fiscal: Principios y propuesta*. (en: *Doctrina penal*, Nro. 46-47, 1.989).
- SAGÜES, Néstor. *Carrera Fiscal*. (en: *El Derecho*. Tomo 106 , 1.984).
- SÁNCHEZ FREYTES, Fernando. *Implementación de la mediación judicial en todos los poderes judiciales*. Ponencia del XI Congreso nacional y I Internacional de capacitación judicial. (Resistencia, Chaco, septiembre 2.007)
- SEISDEDOS Felipe. *¿A quién corresponde introducir el denominado principio de oportunidad?* Revista del Foro de Cuyo, T.42. (Editorial Dikes, 2.000).
- SLOKAR, Alejandro W. *La reciente política legislativa penal en Argentina*. (en: *Reforma penal y Política Criminal. La codificación en el estado de derecho*. AA.VV. Editorial Ediar, 2.007).
- SOLIMINE, Marcelo. *El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su facultad recursiva. Derivaciones de los estándares derivados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de las garantías de tutela judicial efectiva y doble conforme*. (Editorial La ley 2.005-A, 1.375).
- SOTO PIÑEIRO, Miguel. *La mano dura es populismo*. (online, consultado el 17/01/2.007) www.lanación.cl/prontus_noticias/site/artic/20050917/pags/20050917194807.ht
- SPOTA, Alberto. *Ensayo sobre el Ministerio Público. Artículo 120 de la Constitución Nacional*. (en: *El Derecho*, diario de jurisprudencia y doctrina del 22/02/2001, Nro. 10.200, año XXXIX).
- STOLLER, Enrique A. *El Ministerio Público: pasado, presente y futuro*. (en: revista de las XVI jornadas de los Ministerios Públicos. La Rioja, Capital, 2.003).
- STOLLER, Enrique A. *Nueva función constitucionalizada del estado argentino*. Ponencia presentada en el XV encuentro de profesores de derecho constitucional en Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, noviembre 2.001.
- SUPERTI, Héctor C. *Imparcialidad del Juez. Los poderes del órgano jurisdiccional*. (en libro: *XXII Congreso nacional de derecho procesal*. Paraná, Entre Ríos, 2.003. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni . Edición 2.003).
- TAU ANZOATEGUI Víctor; MARTIRÉ Eduardo. *Manual de historia de las instituciones argentinas*. (sexta edición revisada y actualizada a 1.984. Ediciones Macchi, 1.998).
- TERUEL, Santiago. *El Ministerio Público Fiscal: desafío de su organización autónoma*. (en: Diario La Ley, 16/07/1.998).
- TRINCHERI, Walter R. *El régimen del ejercicio de la acción penal en el centro de la polémica*. Doctorado Universidad de Mendoza, año 1.998, en el módulo “El nuevo derecho público provincial”.
- TRINCHERI, Walter Richard. *Desformalizar la investigación*. (en libro: *XXII Congreso nacional de derecho procesal*. Paraná, Entre Ríos 2.003. Tomo II. (Editorial Rubinzal- Culzoni, 2.003).
- VAAMONDE, Sonia P. *Comunicar: una forma de hacer justicia*. En: *Primer encuentro nacional, Redex Argentina*. (Editorial Advocatus, 2.009).

VANOSI, Jorge R. *La constitución evanescente (una respuesta espasmódica)*. (Editorial La Ley, 02/12/1.994).

VAZQUEZ ROSSI, Jorge E. *Derecho Procesal Penal*. (Editorial Rubinzal-Culzoni, Tomo I, edición 1.995 - Tomo II, edición 1.997).

VILLALTA, Ludwin. *El Ministerio Público de Guatemala*. (Online, Consultado en segunda quincena de enero de 2.012) ddd.uab.cat/pub/tesis/2004/tdx-0728105-162426/lvg1de2.pdf

ZAFFARONI, Eugenio R. *En Argentina hay un grado de seguridad jurídica aceptable*. Entrevista. (online, consultado el 24/08/2.010) www.sur.elargentino.com/notas

ZAFFARONI, Eugenio R.; Alagia Alejandro; Slokar Alejandro. *Derecho Penal Parte General*. (Editorial Ediar, 2.002).

ZVILLING, Fernando J; *Ejercicio de la Acción Penal y Principio de Oportunidad: Usurpación Del Congreso de la Nación de un poder no delegado por las Provincias*". (1.999, inédito).