

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

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

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

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

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

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

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

⁹ Gössel, Karl-Heinz, "Reflexiones sobre la situación del ministerio público en el procedimiento penal de un estado de derecho y sobre sus relaciones con la policía", *Doctrina Penal*, trad. de Annelies Krempf de Villanueva y Julio B. J. Maier, pp. 622 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³ Maier, op. cit., pp. 104 y ss.

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

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

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

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

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

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

¹⁵ Maier, Julio B. J., *Exposición de Motivos al proyecto de Código Procesal Penal para la República Argentina*, aunque en el mismo lugar, luego se reconoce la relación con el sistema republicano. "Precisamente, porque es necesario rescatar el espíritu republicano inicial, es que muchas legislaciones dividieron las funciones judiciales del Estado, aun durante la instrucción preliminar (y no sólo en el juicio), otorgando a un órgano estatal, el ministerio público, la investigación y el poder requirente, y a otro distinto, los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio del poder y, consecuentemente el poder de decisión". En el mismo sentido puede verse la exposición de motivos al Código Procesal Penal, Modelo para Iberoamérica y el proyecto para la República de Guatemala.

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

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

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

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

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

¹⁶ Gössel, Karl-Heinz, "Reflexiones sobre la situación del ministerio público en el procedimiento penal de un estado de derecho y sobre sus relaciones con la policía", *Doctrina Penal*, Depalma, Traducción de Annelies Krempf de Villanueva y Julio B. J. Maier, pp. 621 y ss.

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

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

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

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

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

¹⁹ Maier, op. cit.

Marco L. Cerletti
Hernán L. Folgueiro

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

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

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