

LA INVESTIGACIÓN EN EL NUEVO
PROCESO PENAL.

P: M. HERRERA

C238

8 copias
5/20

Original 8 copias
5/20
Maximiliano A. Rusconi

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

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

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

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

1. *Introducción*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ Maier, Julio B. J., *op. cit.*, 96.

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

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

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

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

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

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