

NOTAS SOBRE EL PROYECTADO CÓDIGO DE PROCESO PENAL-MODELO PARA IBEROAMÉRICA *

SUMARIO: I. *Idea general del Proyecto.* II. *La sistemática del Proyecto.* III. *La ilación entre las normas y sus dificultades.* IV. *Normas sin sanción en el Proyecto.* V. *La instrucción dirigida por el Ministerio Público.* VI. *La inculpación provisional formal (el procesamiento).* VII. *"Oralidad y escritura". Actas, protocolizaciones, prueba.* VIII. *El auto de apertura del juicio oral y la acusación formal impuesta al Ministerio Público por el Tribunal.* IX. *Colofón.*

I. IDEA GENERAL DEL PROYECTO

El Proyecto de Código Procesal Penal modelo para países iberoamericanos, de ya larga gestación,¹ es del tipo de normas extensas y no sim-

* Comunicación a las XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Mérida, España, mayo de 1990.

Abreviaturas y siglas utilizadas en este artículo: CE: Constitución española de 1978; CPC: Código Procesal Civil; CPP: Código Procesal Penal; DPP: derecho procesal penal; FGE: fiscal general del Estado; LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil; LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal; LOJPMP: (Proyecto de) Ley Orgánica de la Justicia Penal y del Ministerio Público; LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial; MF: Ministerio Fiscal; MP: Ministerio Público; NsDI: Novissimo Digesto Italiano; PCPPM: Proyecto de Código Procesal Penal-modelo para Iberoamérica; PCPPN: Proyecto de Código Procesal Penal-modelo para la nación argentina; PGE: procurador general del Estado; PGR: procurador general de la República; *RDPr.*: *Revista de Derecho Procesal* (Madrid); *RDPrIber.*: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano* (Madrid); *Riv. Dir. Proc.*: *Rivista di Diritto Processuale*; TC: Tribunal Constitucional; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; TS: Tribunal Supremo.

¹ Fue el profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, catedrático de derecho procesal de la Universidad de Valencia (España), en exilio político, el que lanzó la idea de crear códigos-modelo del proceso civil y penal para los países de Iberoamérica. Era el primer presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Ya en 1967, y en vista de los indudables méritos de los Códigos de Derecho Procesal Penal de Córdoba (República Argentina) de 1939 y 1970, ambos obra del profesor Alfredo Vélez Mariconde, en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en Valencia (Venezuela) y Caracas, fueron designados como ponentes para elaborar unas bases políticas del esbozado código, y por el Instituto, el profesor Vélez Mariconde y el profesor Clariá Olmedo, de la misma Universidad

plemente orientadoras. Se basa en una serie de principios, cuya enunciación parecería del tipo anglosajón, si bien su contenido y aun su exposición —precedida de una rúbrica de gran utilidad—, a semejanza de lo que ocurre en la StPO de la República Federal de Alemania, uno de sus modelos, o en el CPP italiano —otro—, o bien en el mismo Código Procesal de la Provincia de Córdoba, del cual es dignísimo pa-

de Córdoba, su amigo y discípulo. Las primeras Bases —genéricas— fueron presentadas a las V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas por el Instituto en Bogotá, en 1970. Fueron debatidas y aprobadas y la labor de los ponentes continuó.

Falleció el profesor Vélez Mariconde; su compañero de ponencia, el profesor Clariá Olmedo envió a las VI Jornadas, celebradas en Valencia (Venezuela) en 1978, unas largas Bases articuladas para el futuro Código Procesal Penal, con una muy amplia "exposición de motivos"; se habían editado con ayuda de la OEA y de la Universidad de Córdoba.

En las mismas Jornadas fue designada por el Instituto reunido, una Comisión Revisora de la labor del doctor Clariá y del doctor Vélez, integrada por los profesores doctores Fernando de la Rúa (Argentina), Julio B. Maier (Argentina), José Federico Marques (Brasil), Bernardo Gaitán Mahecha (Colombia) y por mí como presidente. Esta Comisión comenzó el trabajo de desarrollo de las Bases citadas.

La Comisión —los profesores De la Rúa, Maier y yo mismo— dio cuenta de su trabajo en las VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Guatemala, 1981). Fue publicada la labor de los profesores citados, y la de los demás compañeros del Instituto, congresistas, en la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala*, número extraordinario dedicado a las Jornadas, septiembre de 1982; los míos constituyeron otro volumen extraordinario de la referida *Revista*, de septiembre de 1984.

Se reanudó el tratamiento del tema en las VIII Jornadas, celebradas en Quito (1982) (con publicación en las *Memorias de las VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Ecuador, Corte Suprema de Justicia, s.a., dos vols.). Allí, los doctores De la Rúa, Maier y yo mismo, defendimos la gran parte de las Bases ya desarrolladas. Allí se acordó incorporar a la Comisión a los profesores Ada Pellegrini Grinover y Jaime Bernal Cuéllar. Y se acordó no tratar más de los proyectos como punto excluyente de las próximas Jornadas, sino cuando ya estuviesen ultimados.

Enfermo yo, me ausenté de la Comisión, para retornar sólo en 1988. Mientras tanto, trabajaban intensamente en el Proyecto Procesal Penal, el doctor Maier y la doctora Pellegrini Grinover; contando el primero con la ayuda del abogado Alberto M. Binder. Tras varias entrevistas de trabajo, en Argentina, Uruguay y Brasil, el Proyecto fue presentado por los profesores Maier, Pellegrini Grinover, De la Rúa y Bernal, en 1988. Actualmente, hay una nueva Comisión de revisión bajo la dirección de la profesora Pellegrini Grinover.

En estas Jornadas a celebrar en Mérida (España) presenté yo mismo, como "Observaciones", muchas de las notas que integran esta conferencia. Las hice llegar, como estaba previsto, a la profesora Pellegrini Grinover, presidenta de la Comisión *ad hoc*. Supongo que habrá más "Observaciones". El trabajo realizado —en el que destaca últimamente la labor del doctor Maier— las merece. Y sirvan estas mis

riente cercano,² no lo sean; sino más bien orientadas según el mencionado tipo de Córdoba y con relaciones evidentes con la StPO y con el CPP italiano, que el mismo autor, honradamente, declara en el texto de su proyecto paralelo, al "Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación" argentina, de 1986, idéntico al que aquí nos ocupará.³

[Y desde el punto de vista subjetivo —permítaseme penetrar en tan íntimo dominio; me prevalgo de mi amistad con el profesor Maier—, en los textos del Proyecto (de los Proyectos, mejor dicho), se aprecia una fundamental característica de su principal autor: éste, es persona de grande y reposada cultura, de mentalidad clara y nada barroca, profunda, y extrovertido. De tal extroversión pretendo hallar honrosas muestras de determinados puntos de los textos, y aun de los más dificultosos y conflictivos.]

Naturalmente, no ha sido ajena al resto del ordenamiento procesal penal argentino, el trabajo de Maier y de sus compañeros de Comisión —entre ellos, yo mismo—; si bien, y en más de un caso, arrastrado sin duda por el recuerdo del Código Procesal Penal de la Nación (para la Justicia Federal y los Tribunales Ordinarios de la Capital Federal y Territorios Nacionales) de 1889, inspirado en parte en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal española de 1873, más bien inquisitiva, no se fija en el cambio radical que supuso en España la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, de sistema mixto y proclive hacia lo acusatorio que, de lo contrario, más se hubiera quizás inspirado en ella.⁴

palabras aquí escritas, de homenaje a los compañeros de la Comisión, a los que nos sucedieron; a todos los que *asistían* a las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y que en ellas *trabajaban*. No, naturalmente, a los voluntariamente ausentes o a los no trabajadores.

² El doctor Julio Bernardo Maier estudió en la Universidad de Córdoba, con el doctor Clariá Olmedo, coautor de las Bases de 1967 y 1970, y autor de las de 1978.

³ Con indicación de sus concordancias a pie de artículo. Y como, poco antes, el mismo Maier tradujo y comentó la *Strafprozessordnung* de la República Federal de Alemania, y la comparó con las legislaciones argentinas, el círculo de su formación *ad hoc* es público y queda claramente cerrado. Cfr. Maier, *La ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1978 y 1982, *passim*.

⁴ Algunas de las expresiones antiinquisitivas de las "exposiciones de motivos" de los dos Proyectos de Maier —así los denominaré en la imposibilidad de mencionar a todos quienes han colaborado en ellos, y en la convicción de la gran labor del citado autor— se refieren a "la influencia colonial española". Yo no tengo la culpa de que los legisladores argentinos de 1888 no tuviesen en cuenta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 (a la que alude en justicia Maier en la "exposición de motivos" del Proyecto Nacional para Argentina I, 1, B) —fragmento

El Proyecto (los Proyectos) trazan un sistema procesal ordinario para delitos, de una sola instancia dividida en dos estadios (en tres, contando con el "intermedio"), uno de instrucción y otro de resolución —"juicio oral" español; "juicio con debate" argentino—. Más un recurso de casación —lo que ya motivará críticas incluso contra la defensa que Maier hace en la "Exposición de motivos", que es la misma que se hace de la LECRIM española—.⁵ Pues no hay apelación.⁶ Hay un juicio del tipo de los monitorios ("Procedimiento abreviado", libro IV), especialidades procesales para el juicio contra menores y para el "juicio por delito de acción privada" (libro IV) y otro para las medidas de seguridad.⁷ Se unen apéndices sobre "procedimiento contra ausentes", uno muy extenso para el "juicio por jurados" —se prefiere el jurado "puro" al escabinato, aunque se une con gran espíritu de ecuanimidad otro modelo para escabinato—, un "juicio por faltas o contravenciones" —también sin apelación y con casación "abreviada"— y finalmente, el Proyecto de Código-modelo incluye un apéndice sobre *habeas corpus* (IV) del que se me atribuye la paternidad ⁸ erróneamente —por lo que

de oportunidad, que no aparece en la "exposición de motivos" del Proyecto de Código-Modelo—.

Y he de anotar que en algún caso, el Proyecto (los Proyectos) van mucho más lejos que la LECRIM en cuanto a lo inquisitivo. Así, sobre la orden al fiscal de que formule "acta de acusación", solución desechada en la LECRIM por excesiva. *Cfr. infra*.

⁵ Además de oponerse quienes, por ejemplo, hallan más adecuado el recurso de amparo que el de casación. *Cfr.*, por ejemplo, Briseño, comunicación a las VII Jornadas (Guatemala), en la *Revista cit.*, septiembre de 1982.

⁶ La "exposición de motivos" trata de justificar la falta de un recurso de apelación (V). Mediante los mismos argumentos por los que se impuso el sistema de una sola instancia bipartida más casación, hace más de un siglo, en la LECRIM española. *Cfr.* su "Exposición de motivos". No obstante, desde hace muchos años se experimenta en España la conveniencia de introducir la apelación en el procedimiento por delitos graves. Y así lo hemos propuesto los profesores de derecho procesal, desde 1965 (*Cfr.* nuestras propuestas al gobierno, en la *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1965, 2, a.p.).

⁷ Debemos recordar aquí la grave discrepancia que enfrentó a los dos ponentes de Argentina en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal (México, 1972) sobre el tema general "El proceso por peligrosidad sin delito", del que fue ponente general. Pese incluso a su íntima amistad, debieron formular dos ponencias nacionales distintas. *Cfr.* mi libro *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*, Madrid, Tecnos, 1972, en el que recogí la mayor parte de estas y de otras ponencias nacionales.

⁸ Puede verse, en el contenido de las VII Jornadas (Guatemala) *Revista cit.*, de 1984, pp. 351 y ss., que el texto del "Proyecto" no coincide en casi nada con el mío. Es más, yo critiqué el texto que presentaron los profesores De la Rúa y Maier

ruogo rectificación, a la vista del trabajo que sobre el tema presenté en las VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Guatemala, 1981) —.

La instrucción —investigación preliminar, inquisición— se confía al Ministerio Público y a la Policía. Con ello, se adopta una dirección que es la de quienes estiman que siendo tal instrucción *necesariamente* inquisitiva, presupone un juez instructor inquisitivo. Y no admitiéndosele, se le sustituye por el Ministerio Público con la Policía y así, la “inquisición” se halla fuera del proceso. Es administrativa. Si esto consuela a quienes no desean ver vestigio alguno de lo inquisitivo en el proceso, valga; mas no con ello se libera a la “totalidad” del proceso penal de que una de sus partes o estadios haya de ser consagrada a tal investigación. El arrojarla de él, sólo es una fórmula —la recoge la administración, con lo cual se aumenta el riesgo de abusos— no exenta en algunos casos de espejismos puritanos. Y si el Ministerio Público se torna independiente —como el juez—, entonces lo que se ha conseguido es crear un nuevo tipo de juez instructor.⁹ (Cfr. *infra*.)

Rige el principio de legalidad para el MP y como excepción, se anuncia el de “oportunidad”, y también se abre paso el llamado eufemísticamente “consenso” por el fiscal general del Estado español,¹⁰ que puede

a dichas Jornadas —basado en un Proyecto de Ley argentino, que se hallaba entonces en el Senado, suspendidas sus sesiones, y de autoría de los dos, más del doctor Loiacono—, por la razón fundamental de que, mediante el *habeas corpus* tan solo se combaten las detenciones ilegales, y con la “manifestación” aragonesa, también la tortura. Y actualmente, el segundo delito —que se conecta con privaciones ilegales de libertad— es el más frecuente. Cfr., sobre las relaciones entre ambos tipos procesales, mi trabajo *cit.* de Guatemala, y “Habeas corpus y manifestación”, *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, EDERSA, 1982 (I), pp. 313 y ss., así como últimamente mi trabajo “Los recursos de *grouges*, *firmas de derecho* y *manifestación*, el *writ de habeas corpus*, el recurso de *amparo* y el *mandado de segurança*, garantías históricas y actuales de la libertad de locomoción y de no sumisión a la tortura”, comunicación al X Congreso Internazionale Straordinario di Diritto Processuale, Bologna, 1988, *in extenso* en *RDPPr*, Madrid, 1988, núm. 3, pp. 619 y ss.

⁹ A ello llega Maier cuando narra la organización del MP en la provincia de Córdoba. Cfr. su intervención en la sesión de la Comisión de Legislación Penal del 23 de febrero de 1988, en “Síntesis de las observaciones y modificaciones propuestas al Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo de reformas al Código Procesal Penal de la Nación”, Buenos Aires, Cámara de Diputados de la Nación, Comisión de Legislación Penal, 1988, p. 15, y *cfr. infra*, en este mismo trabajo.

¹⁰ Cfr. la Memoria elevada al gobierno de S.M.: presentada al inicio del año judicial por el fiscal general del Estado, excelentísimo señor don Javier Moscoso del Prado y Muñoz (Madrid, Gráficas Arias Montaña, 1989), y en ella la “circular”

contener un “negociar la entidad de la pena” por el MP y el imputado con su defensor, para las no superiores a dos años de privación de libertad.¹¹ “*Parteggiamento*” italiano, de familia nordamericana, del *plea bargaining* que también ha penetrado ya en España de manera nada clara.¹² La sentencia aplazada *sub conditione* (“*probation*”) también aparece. (Cfr. los artículos 371 y ss., y 230 y ss. de los Proyectos de Maier.)

II. La SISTEMÁTICA DEL PROYECTO

La sistemática de los “Proyectos” recuerda a la del Código Procesal Penal de Córdoba de 1971, obra del profesor Vélez Mariconde, la del CPP italiano de 1930 —con mayor aproximación regulativa al de 1913—

núm. 1/89, de 8 de marzo, destinada al estudio del “Procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre”, III, c), pp. 413 y ss.

En efecto, en dicha ley —introducida en la LECRIM— se admite, en el citado y nuevo (?) procedimiento, el que el fiscal negocie la entidad de la pena con la parte pasiva (el *plea bargaining* de Norteamérica), aunque de manera solapada. Cfr. los nuevos artículos 789-5, quinta, el 791-3 y el 793-3 (nuevos) de la LECRIM, en donde tal fenómeno se halla oscuramente admitido, y cfr. sobre él, mi trabajo “Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la Ley de 28 de diciembre de 1988”, en “Justicia 89”, Barcelona, I, pp. 7 y ss.

[Reconozco que este primer trabajo sobre el nuevo *plea bargaining* que se ha introducido en España, tiene errores y aún graves. Y no pequeña culpa de los mismos los tiene un texto legal críptico, desordenado y confuso, en el que parece disimularse tan atrevida “recepción”.]

En el “procedimiento abreviado” de los Proyectos Maier, su artículo 371 y ss. en relación con el 231 (“Suspensión del proceso a prueba”), parecen admitirse esas negociaciones.

¹¹ Es el *parteggiamento* de los artículos 444 y ss. del CPP italiano del 22 de septiembre de 1988, derivado del *plea bargaining* norteamericano. Cfr., por ejemplo, Vassalli, “La giustizia penales statunitense o la riforma del processo penale italiano”; Fanchiotti, “Spunti per un dibattito sul *plea bargaining*”; Grevi, “Riflessioni e suggestioni in margine all’esperienza nordamericana del *plea bargaining*”; Palazzo, “Qualche riflessione su *plea bargaining* e semplificazione del rito”, en la obra colectiva dirigida por Amodio y Cherif Bassiouni, *Il processo penale negli Stati Uniti di America*, Milán, Giuffrè, 1988.

¹² Sobre el *plea bargaining*, cfr., por ejemplo, Heumann (Milton), *Plea bargaining*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1978, *passim*; Alschuler, “The Trial Judge’s Role in Plea Bargaining”, I, *Columbia Law Review*, vol. 76, noviembre de 1976 (7), pp. 1059 y ss.; Uviller, R., “Pleading Guilty: A Critique of Four Models”, *Law and Contemporary Problems*, Fyrham, N.C., Duke University of Law; Schulhofer, “Is Plea Bargaining Inevitable?”, *Harvard Law Review* (97), 1984, pp. 1077 y ss.

y a la StPO de la República Federal de Alemania. Todo ello, puntualmente declarado en la "Exposición de motivos", II ("estructura").

Están integrados por seis libros: I, de "Disposiciones generales"; II, sobre "El procedimiento común"; III, "Impugnaciones"; IV, "Procedimientos especiales" —con cuatro apéndices: sobre "Procedimientos contra ausentes", el "Juicio por jurados", "El juicio por faltas o contravenciones" y sobre el "*Habeas corpus*" (estos apéndices no aparecen en el "Proyecto" nacional)—; V, "Ejecución", y VI, "Costas e indemnizaciones".

Al frente figura un título programático, de "Principios básicos", cuya oportunidad ya fue discutida (en las Jornadas de Quito, 1982).¹³

La influencia de la doctrina y de la StPO alemanas, se aprecian ampliamente a lo largo de toda la obra. Maier, de ascendencia alemana, con educación jurídica completada en dicho país, traductor de dicha StPO comparada con las legislaciones procesales penales argentinas, no ha rehuído nunca el declarar explícitamente esta influencia; en algunos artículos —y no de los menos comprometidos: por ejemplo, el referente a la "utilización prohibida de medios de prueba", usó el título expreso "Métodos prohibidos para la declaración"— se reproducen fragmentos completos de la norma correspondiente de la StPO (del § 136a).

III. LA ILACIÓN ENTRE LAS NORMAS Y SUS DIFICULTADES

La normativa —divididos los artículos en párrafos, aunque éstos sin numeración, lo que es un inconveniente dada su amplitud y profundidad—, en algunos casos, podría pecar de excesos de sistemática vista desde un determinado punto de contemplación, de tal manera que cuando el lector espera hallar una norma determinada, no la encuentra allí, sino en otro lugar, que corresponde a otro pensamiento lógico o dialéctico. Pero esto es inevitable.

Y un tanto discutible que la "Declaración del imputado" así, figure a continuación de la concepción de éste (artículos 31 y ss.) y no como medio de prueba. Sí, es también de defensa, y de ello no hay duda. Más también lo son los demás medios si por aquél se esgrimen.

¹³ Por el profesor Ramos Méndez. Cfr. las *Memorias de las VIII Jornadas...*, cit., nota I, vol. I, pp. 67 y ss.

IV. NORMAS SIN SANCIÓN EN EL PROYECTO

Las normas, *normalmente*, tienen sanción. Mas en el Proyecto se encuentran algunas del tipo, tan debatido, de las "normas sin sanción" de cuyo carácter jurídico se duda.¹⁴

El problema que suscita este tipo de normas, en materia procesal penal —dominio eminentemente sancionador— es grave, ya que puede llevar o lleva a la disponibilidad de la norma.

Tal ocurre con el artículo 24, II, del PCPPM (y del PCPPN) sobre la recusación —o abstención previa a ella— de los jueces (lo que en Argentina se denomina "apartamiento", como otrora en España: el resultado). El artículo citado dice:

Deber y facultad de apartarse. El juez comprendido en alguno de los motivos contenido en los cinco primeros incisos del artículo 22 (son las causas de inhibición o de recusación), deberá anunciarlo inmediatamente, en cuanto conozca su situación respecto de la causa, y apartarse del conocimiento y decisión del proceso. Su silencio y omisión se considerará falta grave.

"En el caso del inciso 6 del artículo 22, a su exclusivo criterio, el juez podrá omitir el apartamiento, sin perjuicio de denunciar la situación en que se halla."

Y el inciso 6 del artículo 22 citado: "Si antes de iniciado el procedimiento, tuviere amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los interesados, si denunció o acusó a alguno de ellos o fue acusado o denunciado por alguno de ellos, incluso conforme al procedimiento para el desafuero, salvo que circunstancias posteriores demuestren armonía entre ambos."

La infracción, pues, de cada uno de los cinco primeros incisos —motivos— del artículo 22, conlleva sanciones, he ahí la conminación de tales conductas, de ser seguidas —o de reacción normativa ante ellas— de constituir "falta grave".

Pero no así la infracción del sexto inciso: el de "amistad o enemistad" íntima o manifiesta. El juez "amigo o enemigo" puede seguir

¹⁴ Cfr. Bobbio, "Sanzione", NsDI. Turín, UTET, § 16, pp. 539 y ss.: "Comandi o consigli", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XV, 1961, pp. 369 y ss., *passim*; "La función promocional del derecho" y "Las sanciones positivas", en Ruiz, Miguel (ed. y trad. al español del mismo), *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Ed. Torres, 1980, pp. 370 y ss.

conociendo del asunto con sus funciones. Y ello no constituye infracción de norma alguna, temporáneamente.

Si esto es grave, aún más puede serlo el caso de otra norma de los "Proyectos" que está dedicada a la "declaración del imputado" (artículo 42).

Nótese que dicha persona, al imputado, previamente "se le advertirá... que puede abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio". Máxima o principio de la defensa (artículo 5), en relación con el cual y con otros, ha de ser considerado como inocente (artículo 3); puede así "formular todas... las observaciones que considere oportunas" (artículo 5, I). Si silencio, al que tiene, pues, derecho, no crea para él ninguna carga ni desventaja alguna. Todo correcto.

Pero puede elegir, en el acto de su interrogatorio, el "hablar". Para comenzar, se le formula una serie de preguntas sobre temas genéricos o específicos de su persona y circunstancias.

Se comenzará —dice el artículo 42, *desarrollo*— por invitarlo a dar su nombre, apellido, sobrenombre o apodo, si lo tuviere, edad, estado civil, profesión, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, domicilio real y legal, si lo tuviere, principales lugares de residencia anterior y condiciones de vida, nombre, estado y profesión de sus padres, cónyuge e hijos y de las personas con quienes vive, de las cuales depende o están bajo su guarda, a expresar si antes ha sido perseguido penalmente y, en su caso, por qué causa, ante qué tribunal, qué sentencia recayó y si ella fue cumplida. En las declaraciones posteriores bastará que confirme los datos ya proporcionados.

Pero "inmediatamente después (artículo 42, II), se dará oportunidad al imputado para declarar cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye y para indicar los medios de prueba cuya práctica considere oportuna". Esto es, se le abre esa posibilidad de "hablar".

Y nada se halla en los Proyectos que incline a pensar que se le ha de exhortar a decir verdad¹⁵ ni nada que pudiera hacer pensar en utilizar medio alguno para forzarlo; antes bien, "en ningún caso se le requerirá al imputado ratificación solemne de su exposición ni será sometido a

¹⁵ Como ocurre en el artículo 387 de la LECRIM: "No se exigirá juramento a los procesados, exhortándolos solamente a decir verdad y advirtiéndoles el juez de instrucción que deben responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas."

ninguna clase de coacción, amenaza o promesa, *salvo aquellas expresamente autorizadas por la ley penal o procesal*”,¹⁶ etcétera. La voluntariedad de sus dichos está, pues, garantizada, como se garantiza la del imputado español por los artículos 387 y ss. de la LECRIM.

Mas he aquí que todo esto no excluye que el declarante pueda faltar a la verdad, que pueda mentir. Y ahí está la grieta del proceso a través de la cual —y con el juramento como concausa— apareció la tortura como medio probatorio; mejor dicho, como siniestro auxiliar del medio probatorio constituido por la confesión, como *regina probatorum*, en el derecho intermedio.

Con la abolición de la tortura —hecho relacionado con la influencia de las ideas de la Revolución francesa, pero mucho más antiguo en algún país, como por ejemplo, en el Reino de Aragón Medieval; desde 1265¹⁷ y 1325,¹⁸ fechas de la dicha abolición— y la pérdida de valor del juramento ulteriormente, al aparecer las pruebas “de libre apre-

Esta “invitación” a hablar —que no conmina a decir la verdad con sanción jurídica, que no existe: sólo la habrá moral, en su caso— se considera como una apertura al “derecho a mentir” del imputado, en virtud de su “interés de salvación”, que la ley le reconoce (arg. en mis trabajos *Presente y futuro del proceso penal español*, Univ. de Valencia, 1966, pp. 67 y ss.; “El encausado en el proceso penal” en mis *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, t. II, 1969, esp. pp. 1256 y ss.). Además, la Constitución de 1978, en su artículo 24, le reconoce el derecho al silencio y a negarse a la autoinculpación. De ahí que se tenga por algunos a tal artículo e “invitación a hablar” como inconstitucional.

Pero como estos derechos constitucionales son renunciables (y no se comprende cómo los mismos que los alegan como impeditivos del artículo 387 de la LECRIM aplauden el *plea bargaining*, que supone el vulnerar toda la Constitución), la solución (Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 219 y ss.) se halla en que el juez recuerde a la persona a interrogar tales derechos, previamente. Es la solución adoptada en España en el proceso militar (*cfr.* la Ley Orgánica Procesal Militar de 13 de abril de 1989, artículo 167).

¹⁶ Frase desdichada a suprimir o sustituir. Da la impresión de abrir el Código a la tortura y no es así, ni muchísimo menos. Se tratará de intimidaciones, anunciadoras de las menciones, pero nada más.

¹⁷ *Cfr.* el Fuero “De prohibita inquisitione” (1265) de Ejea de los Caballeros (Rey Jaime I), en el libro IX de la Recopilación oficial de los Fueros de 1552. No hay inquisición entre ricos hombres, caballeros e infanzones. *Cfr.* la nota siguiente.

¹⁸ *Cfr.* el “Privilegium Generale Aragonum” de 1283, libro I, § 2; en la “Declaratio Privilegi Generali”, de 1325, se prohibió la tortura en total, excepto para los casos de falsificación de moneda. Sobre ello, *cfr.* mis trabajos “El proceso aragonés de manifestación y el británico de *habeas corpus*”, en mis *Temas...*, *cit.*, nota 15, t. I, pp. 131 y ss.; *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, 1971, pp. 76 y ss.; “Dignidad humana y sevicias: un momento histórico de la lucha contra éstas”, *Studi in onore di Tito Carnacini*, Milán, Giuffrè, 1984, t. III, pp. 189 y ss.; “Los recursos de greuges..., etcétera”, *cit.*

ciación" más o menos limitada,¹⁹ se entiende que el imputado, es titular de un "interés de salvación", que la ley reconoce y que ampara hasta el final mismo del proceso, en que cede definitivamente, en su caso, ante la declaración de su culpabilidad. Y ese amparo de la ley se manifiesta incluso en el hecho legal de admitirle que utilice la mentira para defenderse. E impunemente. Lo contrario, sería tornar al sistema inquisitivo y a la tortura. Y ello tanto en los "Proyectos" como en el sistema español de la LECRIM.²⁰ Existe pues, un "derecho a mentir" de parte de los sujetos pasivos al proceso penal.²¹ Otra cosa es que las leyes no lo consagren de manera explícita. Pero abona este parecer el hecho de que, tanto en los "Proyectos" que se examinan, como en la LECRIM española, la falta de veracidad del imputado al declarar, *no tiene sanción jurídica*. A lo sumo, moral.

Por ello se desconfía, fundada y legalmente, de la veracidad de lo declarado por el imputado. Ello se ve con mayor claridad en el artículo 406 de la LECRIM, perfectamente válido (salvo los errores gramaticales, terminológicos, ya que no habiendo juramento, no hay "confesión" y los interrogatorios pueden producirse no solamente contra "los procesados" sino contra los simples "imputados"). Dice así:

La confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la inexistencia del delito. Con este objeto, el juez instructor interrogará al procesado confeso para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir a comprobar su confesión, si fue autor o cómplice, y si conoce a algunas personas que fueren testigos o tuvieran conocimiento del hecho.

En todas estas publicaciones trato igualmente del Juramento de los Reyes de Aragón, Fuero de 1348, de redacción muy semejante a la del § 39 de la *Carta Magna* inglesa.

¹⁹ Limitada, a mi entender, por las "reglas del criterio o crítica racional". Artículos 609, 632, 659 de la LEC española; 1258 del CCiv., 727 de la LECRIM; 149 de los Proyectos, en contradicción con el 321, "libre convicción" sin frenos.

Cfr., sobre este tema del artículo 717 de la LECRIM y la apreciación de la prueba testifical en lo penal, mis trabajos "Notas sobre el valor de la jurisprudencia (en el título preliminar del Código Civil)", en mis *Estudios de derecho procesal*, Madrid, EDESA, 1984, t. II, pp. 17 y ss., esp. pp. 90 y ss.; "Algunas ideas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", *RDPriber.*, Madrid, IV, 1976, esp. pp. 816 y ss.

²⁰ *Cfr.* mis trabajos citados en la nota 15.

²¹ *Cfr.* mi "Presente y futuro del proceso penal español", *cit.* (también en *Revista de Derecho Judicial*, 1967), pp. 67 y ss.; "El encausado", *cit.*, *loc. cit.*

Esto es, la ley indica al juez que no puede acudir a la coacción, a la sevicia para obtener “declaraciones veraces” del imputado; pero también le indica claramente que puede o debe desconfiar del mismo, y acudir a otros medios de comprobación de la verdad.

En el caso de que el juez acudiere al llamamiento de testigos, contra las declaraciones falsas de los mismos, sí que hay sanción: la del delito de falso testimonio en causa criminal (artículos 433, II y 715 de la LECRIM).

Habida cuenta de que la instrucción criminal se produce “en procura de la verdad” (artículo 250 de los Proyectos y arg. en el 299 de la LECRIM española), sería absurdo que se pasase de largo sobre la mentira en boca de los imputados. No se puede sancionarlos por ello, dado el carácter mixto de medio de prueba y medio de defensa del interrogatorio,²² así como el haber dejado de dominar el sistema inquisitivo, con la *confessio* como *regina probatorum*, de valor privilegiado y garantizada en su caso (!) por la tortura. Pero sí se puede colmar la laguna que las dudas sobre la veracidad de los interrogados así dejan, mediante otros medios de prueba, presididos de normas, esas sí, “completas”, con sanción.²³

El fenómeno de las normas sin sanción, es frecuente. El que tales normas, la tengan moral, económica, política, etcétera, no obsta a tal concepción. Y en este caso, ni siquiera hallamos otra sanción que la moral de virtualidad muy discutible. Pero el sistema no inquisitivo clásico²⁴ —en este punto muy acertada y humanamente— no lo admite.²⁵

²² Cfr. mi trabajo “La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español”, Comunicación al IV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Cuernavaca, 1969, *Temas...*, cit., t. II, esp. pp. 1218 y ss., y la bibliografía citada.

²³ Cfr. Bobbio, *op. cit.*, nota 14.

²⁴ Me refiero al llamado “Proceso de Carpzovius”, uno de los más crueles de la Edad Moderna. Carpzovius (Benedikt), jurista alemán, inspirado en la doctrina inquisitiva de Julio Claro y de Farinaccio, Escabino del Tribunal de Leipzig, profesor de su Universidad, publicó, entre las obras de derecho procesal civil, su *Jurisprudencia forensis*, 1660; otra de derecho procesal penal, la *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*, Wittenberg, 1635, de estudio y descripción de un modelo inquisitivo terrible (él mismo decía haber dictado 20,000 sentencias de muerte). El proceso inquisitivo sajón, pasado a ser el proceso inquisitivo clásico alemán, es llamado “el proceso de Carpzovio”. Cfr. Von Kries, *Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts*, Mohr, Freiburg i.Br., 1892, pp. 39 y ss.

²⁵ Otra cosa es que se exceda hasta hacer disponible todo el proceso penal, por concebirlo, abusivamente, como un “fenómeno de la economía de mercado”. Cfr. sobre esta concepción de algunos econométristas norteamericanos y su crítica, Fanchiotti, “Spunti per un dibattito sul *plea bargaining* (giustizia contrattata)”, en la

El artículo 52 de los "Proyectos" no supone sanción a las declaraciones del imputado, sino en cuanto que formalmente se infrinjan las garantías que deben rodearla. Y la sanción, sólo de manera muy oblicua, podría estimarse como dirigida contra él.²⁶

V. LA INSTRUCCIÓN DIRIGIDA POR EL MINISTERIO PÚBLICO

"Una forma típica de la instrucción en el derecho español es el sumario" —dice el TC español en su sentencia 145/1988, de 11 de julio—. ²⁷ Y, según el artículo 299 de la LECRIM:

Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración

obra colectiva de Anodio-Cherif Bassiouni, *cit.*, pp. 276 y ss., y 292 y ss. (con referencia a Easterbrook).

Y puede alarmar la continua alusión a "consideraciones de economía estatal" como justificación de reformas que no se comprenden bien. ¿"Statolatría"?

²⁶ Este artículo 52 es de redacción complicada.

"Valoración (de la declaración del imputado). La inobservancia de los preceptos de esta sección o la irrazonabilidad de los motivos que fundan una manera de proceder alternativa, impedirán aprovechar la declaración para fundar cualquier decisión en contra del imputado, total o parcialmente, aun cuando él hubiera dado su consentimiento expreso para infringir alguna regla o para utilizar su declaración."

"Pequeñas inobservancias formales podrán ser corregidas durante el acto o con posterioridad a él. Quien deba valorar el acto apreciará si esas inobservancias fundan la posibilidad de un menoscabo para la libertad de decisión, la memoria, la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en cuyo caso procederá conforme al párrafo anterior."

Parece ser el "pro reo" pero limitado.

Y podría estimarse la sanción de nulidad de su declaración, dirigida oblicuamente contra él, cuando él mismo hubiese dado el permiso para actuar con "inobservancias formales", esperando extraer provecho de ellas.

Esta norma proyectada, tiene su origen en el § 136a de la StPO alemana (Maier, en Proyecto Nacional, en el artículo 52). La versión española de los dos Proyectos, es más explícita, pero la sanción consiste en la nulidad (?) de una declaración *buscada* por el mismo declarante (la declaración; no la nulidad) subsiste. Se trata de una prohibición de valorar (*Verwertungsverbot*) mejor que de nna nulidad. Pero —y ello nos da la razón— según la doctrina (Eb. Schmidt, Meyer, Müller) el principio *in dubio pro reo* no es aplicable (Cfr. Karlheinz Boujoc, com. al § 136a StPO, en los *Karlsruher Kommentar. Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz*, dirigida por C. Pfeiffer, Beck, Munich, 1982, pp. 429 y ss.

²⁷ Es la sentencia número 145/88, sobre dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por sendos juzgados de 1ª instancia, y que declaró la de un artículo de la Ley Procesal del 11 de noviembre de 1980, llevándola a su caída. Ha sido susti-

de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

Análogamente, el Código de la Argentina de 1888, en su artículo 178, se expresa así: ²⁸

El sumario tiene por objeto:

- 1º Comprobar la existencia de un hecho punible.
- 2º Reunir todas las circunstancias que puedan influir en su calificación legal.
- 3º Descubrir sus autores, cómplices y auxiliadores.
- 4º Practicar las diligencias necesarias para la aprehensión de los delincuentes y para asegurar su responsabilidad pecuniaria.

Uno de los dos coautores de la puesta en práctica de la iniciativa de elaborar un "Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica", el profesor Jorge Clariá Olmedo —el otro, el profesor Vélez Mariconde le precedió en la muerte— en la

"Exposición de motivos" de las Bases *ad hoc*, decía que la instrucción prevista es de carácter preparatorio y en todo caso debe cumplirse ante un órgano jurisdiccional, sin perjuicio de la investigación fiscal preparatoria para causas correccionales. Comprende los actos

tuida por una Ley de Planta (en parte) y otra procesal, ambas de 28 de diciembre de 1988, y muy discutidas. La segunda, crea una especie de "instrucción del fiscal" y mantiene en parte la judicial, de manera confusa. En ella se oculta —no aparece en su exterior— el *plea bargaining*, el negocio de la pena por el fiscal y el sujeto pasivo.

Cfr. el "Fundamento de derecho" 7º de esta sentencia.

²⁸ De carácter inquisitivo. Cfr. Levene (hijo), en la Reunión de la Comisión de Legislación Penal del 31 de octubre de 1987, *Síntesis de las observaciones y modificaciones propuestas al proyecto de ley del Poder Ejecutivo de reformas al Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Cámara de Diputados de la Nación, Comisión de Legislación Pcnal, 1987 (de aquí en adelante, *Síntesis II*), t. II, p. 28.

Hace justicia a la LECRIM española —sistema mixto, inclinado a lo acusatorio— Maier en la "exposición de motivos" del "Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación" (1986, de aquí en adelante, PCPPN), que es casi igual que el Proyecto de Código Procesal Penal-Modelo para países Iberoamericanos (de aquí en adelante, PCPPM), publicado por la Secretaría de Justicia de la República Argentina, Buenos Aires, 1987, p. 651 (I, B).

Los autores del Código de la Nación de 1888, pese a ese año, se inspiraron en fuentes españolas anteriores a la Ley de 1882. De haberlo hecho así, no surgiría el epíteto de "inquisitivas-coloniales" dedicado a leyes de influencia española.

iniciales, la constitución de la parte civil, la investigación formal con amplio desarrollo, todo lo referido a la situación procesal y a la defensa del imputado, y se incluye al final lo relativo al momento crítico que comúnmente se considera como etapa intermedia de clausura de la instrucción y elevación a juicio (12, II).²⁹

El otro coautor de la iniciativa, el profesor Alfredo Vélez Mariconde, resume así: "actividad encaminada a reunir los elementos útiles para justificar o no el juicio plenario".³⁰

Y en el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, del que fue autor³¹ —me refiero al de 1970—, artículo 202:

Finalidad (de la instrucción). La instrucción tendrá por objeto:

1º Comprobar que existe un hecho delictuoso mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad;

2º Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad;

3º Individualizar a sus autores, cómplices o investigadores;

4º Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes al imputado, el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que hubieran podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad;

5º Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque no se hubiera ejercido la acción resarcitoria.

²⁹ Cfr. Clariá Olmedo, "Bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal penal y exposición de motivos", Departamento de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1978 (de aquí en adelante "Bases"), pp. 55 y ss.

³⁰ Cfr. Vélez Mariconde, *Derecho procesal civil* (de aquí en adelante, *DPC*), 1ª ed., Buenos Aires, Lerner, 1969, p. 384.

Esta terminología es defectuosa. Recuerda la distinción, de origen alto-medieval y mediterráneo, entre "juicios sumarios", de cognición limitada y "plenarios" de cognición plena. La terminología pasó al proceso penal con los defectos de la civil. Y de ahí que indebidamente, se llame "sumario" a la fase preparatoria del proceso penal y "plenario" a la fase de acusación y defensa formales, prueba, debate y sentencia. Cfr. mi libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, Bosch, 1954, parte I, *passim*; mi trabajo "El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje: sus posibilidades", *Estudios...*, *cit.*, nota 19, t. I, pp. 193 y ss., parte I, *passim*. Y mis trabajos "El juicio ordinario, los plenarios rápidos, los sumarios", *Estudios...*, *cit.*, *passim*; "Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo", *Temas...*, *cit.*, nota 15, t. II, p. 834 y la bibliografía citada en tales publicaciones.

³¹ Calificado justamente como uno de los acertados de América (Opinión continuada, por ejemplo, de Alcalá-Zamora y Castillo); tanto el CPP de 1939 como el de 1970.

En línea de descendencia con las ideas de Clariá y de Vélez —fue discípulo del primero, y aquél, del segundo—, el profesor Maier —coautor muy destacado del “Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación” argentina, de 1986 y del “Proyecto” de Código Modelo—, juntamente con la profesora Pellegrini Grinover,³² dice ³³ que “Toda la tarea que supone la investigación preliminar de un delito de acción pública, para buscar el fundamento de una acusación formal, o de otro modo, requerir un sobreseimiento, ha sido confiada al Ministerio Público...”.³⁴ Y el artículo 250 (tanto del Proyecto de Código Modelo como el de Código Procesal Penal de la Nación)³⁵ dice así:

Objeto de la investigación. En procura de la verdad (artículo 232), el Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal, y los partícipes en él, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan

³² Miembro de la Comisión redactora del Proyecto-Modelo.

Da cuenta al profesor Maier de las vicisitudes de tal Comisión. Formada en las VI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Valencia, Venezuela, 1978), por nombramientos del Instituto, la constituimos los profesores De la Rúa, Maier, Federico Marques y Gaitán Mahecha, conmigo de presidente. En las VII Jornadas, Guatemala, 1981, dimos cuenta de nuestra labor, que se publicó en la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala*, número extraordinario, septiembre de 1982 (trabajos de los profesores De la Rúa y Maier, con otros de adhesión y de crítica) y número extraordinario de septiembre de 1984 (mis trabajos). En las VIII Jornadas (1982, Quito), los profesores De la Rúa, Maier y yo, dimos cuenta del progreso de nuestros trabajos y se comenzaron ya a debatir (“Actas”, publicadas como *Memorias de las VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, ed. por la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, Quito, 1984, dos vols.). Yo había comenzado ya a elaborar “Bases” para dotar al trabajo de continuidad. Se publicaron en *La Ley*, Madrid (“Algunas bases para la reforma procesal en España y países iberoamericanos, jueves 25 de octubre de 1984) y en Roma (1988, “Congresso Internazionale”. “Un ‘Codice tipo’ di Procedura Civile per l’America Latina”, Cons. Naz. Ric., *Ricerche Giuridiche e Politiche*, 26-28 de septiembre). En 1986 hube de dejar la Comisión, gravemente enfermo; me reincorporé en 1988. Y este trabajo se encuadra entre los de colaboración con el “Proyecto”, ya terminado por obra del profesor Maier, de la profesora Pellegrini Grinover, de los profesores De la Rúa y Bernal Cuéllar, y de los abogados Binder y Cosacov.

³³ Maier, “exposición de motivos” del PCPPM (y del PCPPN), IV, 1.

³⁴ *Op. cit.*, *loc. cit.*, pp. 21 y ss., y 659 y ss.

³⁵ Los dos Proyectos difieren en muy poco. Sus “exposiciones de motivos”, en el I, 2, por razones evidentes de su diferente destino. En el PCPPM hay un apéndice dedicado al *habeas corpus* y no lo hay en el PCPPN.

en su punibilidad, verificando también el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil.

Una "instrucción" comprende elementos de investigación, de ordenación de la misma, de comunicación entre los interesados —no se olvide que va a haber y habrá imputaciones: luego debe haber defensa—; elementos de urgente adquisición —urgencia de asistir a los lesionados, heridos, autopsias y otros análisis—, elementos cautelares, tanto personales como reales. Pero *la investigación*, aunque dada la *facies* de los hechos de la vida no tenga que ser profunda, existe casi siempre por no decir siempre. La simple identificación de un sospechoso la supone. El proceso es el que se puede comenzar "por el debate", es una utopía o sueño de ilusos o de hedonistas, salvo excepciones.

La necesidad de una instrucción en la fase preparatoria —es lo más importante de ésta— "se conecta claramente a los intereses que han de tutelarse: si es preciso comprobar sin tardanza los hechos que se creen delictuosos, individualizar a sus presuntos culpables, llevar a cabo contra ellos los actos coercitivos indispensables y reunir las pruebas" ³⁶ que darán fundamento a la acusación, con lo cual se "mantiene el orden jurídico y se protege la vida y la propiedad de los ciudadanos", es igualmente necesario "asegurar su libertad y sus derechos, para preservar también al inocente de una posible prevención injusta".³⁷

Lo que hace "no ver la instrucción existente" es el hecho de que se la confíe a elementos, a autoridades no judiciales y que ella misma no tenga carácter jurisdiccional; por ejemplo, a la policía, con el fiscal —ya llegaremos a ello—.

Se dice por algunos, que "el juicio" queda para los jueces y tribunales; y que en la instrucción hay "actividad". Claro. Actividad seguida de juicios parciales y provisionales, pero "juicios". El hombre, el *homo sapiens sapiens* es un animal pensante, y constantemente enjuicia, tanto su propia actividad como la ajena. Y esto, que parece elemental, ha sido incluso impugnado,³⁸ aunque sin éxito.³⁹

³⁶ Será "reunir material que se elevará a probatorio más tarde y bajo el principio de contradicción", en el "juicio oral" o "debate". Cfr. Vélez Mariconde, DPP, I, 384.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Véase lo que decía el fiscal general del Estado (FGE) español, en el caso resuelto por el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia de 18 de julio de 1988, núm. 7 de los "Antecedentes". El TC no admitió tal tesis.

³⁹ Cfr. la nota anterior, el TC en su fundamentación, núm. 7 de los "Fundamentos jurídicos" de la sentencia citada.

El TC español ha enumerado las actividades “propriadamente instructoras” —lo que se puede trasladar sin grave error al ordenamiento argentino como idea genérica y a tantos otros más, por su dato de generalización. Y son tales “actividades”, “en la sentencia 145/88” —la más famosa: la que provocó un estallido más en la crisis de la administración de la justicia española—.

“Las señaladas en el artículo 299 de la LECRIM” (Repr. *supra*: y son muchas).

“Oír en declaración al detenido, o efectuarle un interrogatorio.”

“Decidir sobre la situación personal del detenido conforme a los artículos 503 y 504 de la LECRIM.”

“El resolver el juez en los casos de querrela y denuncia con arreglo a la LECRIM, procediendo a la comprobación del hecho denunciado (artículo 269 de la LECRIM) o practicar las pruebas propuestas en la querrela” (artículo 312 de la LECRIM).

“La celebración anticipada de las pruebas que no puedan practicarse en el juicio oral.”

“La practica de cualquiera de los actos de investigación (y aquí se señala casi una equivalencia), e instrumentar formalmente dicha actuación a través de las diligencias previas de los artículos 789 y ss. de la misma ley.”

“Las declaraciones tomadas por el juez a los protagonistas del hecho y a diversos testigos, dictando después auto de libertad provisional” (sentencia del TC de 24 de enero de 1989).⁴⁰

“Por el contrario, de las sentencias del TC... se desprende que no deben tener la consideración de instrucción:

Los actos de comunicación y ordenación procesal.”

Así, en general, discrepamos. Hay actos de ordenación que presuponen investigación. Los de impulso procesal, ya que la ordenan y sin tal orden no puede haberla; no es lo mismo el elaborar un libro, una obra del espíritu a la que se dota de perennidad material, que el amontonar papeles ya ni siquiera escritos, sino pintorreados. Y en cuanto a los actos de comunicación, el descalificarlos como “actos de instrucción” es todavía más grave. Pensemos, en efecto, que mediante los actos de comunicación —notificaciones, citaciones requerimientos— se hace efectivo el básico principio de la bilateralidad del proceso; que no se puede proceder ligeramente en perjuicio del ignorante por no “entera-

⁴⁰ Sin perjuicio de la especial naturaleza del sobreseimiento provisional.

do". El "derecho a notificaciones eficaces", "aunque no esté regulado por las Constituciones que puede considerar que, implícitamente, forma parte integrante del derecho a la defensa o «de audiencia»".⁴¹ Se trata de actos de instrucción fundamentales, aunque no sean estrictamente de investigación; los cuales, sin embargo, pueden ser necesarios para averiguar el domicilio o paradero de la persona a notificar o citar, con todas sus consecuencias.

"El acreditamiento de la sanidad de un lesionado."

Ahí también estamos en desacuerdo: ese "acreditamiento" presupone una investigación de parte de los peritos médicos, que han de desarrollarla ordenadamente; el juez, por sí mismo, no puede aplicar reglas del criterio racional o de la sana crítica que, por ser de una especialidad —la médica— no conoce. Se trata, pues, de corolarios de investigaciones; y si el juez no tiene suficiente con una aseveración por parte de un perito-médico, debe poder buscar más investigaciones.

Tampoco —sigue el texto que se examina sobre la jurisprudencia del TC español— el conocimiento que, en el procedimiento penal ordinario, tienen las Audiencias Provinciales en apelación de los autos dictados por el juez instructor incluso cuando decretan de oficio la práctica de nuevas diligencias al conocer del auto de conclusión del sumario (artículo 631 de la LECRIM).

Si no se trata exactamente "de investigación" sí se trata de "provocar una nueva investigación por el juez instructor".

"Ni las primeras diligencias que no supongan dirigir el procedimiento contra nadie (STC 145/88, fundamento jurídico número 7)." ⁴²

Podrá discutirse sobre la naturaleza simplemente administrativa de tales diligencias; pero no sobre que mediante ellas, se trata de un "procedimiento preliminar preparatorio dentro del grupo de los ordenadores": ⁴³ esas "medidas precautorias urgentes" del artículo 303 de la LECRIM española y las de la "prevención policial" del PCPPN, ar-

⁴¹ Cfr. Fix-Zamudio, "Les garanties constitutionnelles des parties dans le procès civil en Amérique Latine", *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milán, Giuffrè y Nueva York, Dobbs-Ferry-Oceana Publ. Inc., 1973, p. 76.

⁴² Esta sentencia, sobre las cuestiones de inconstitucionalidad, es la que produjo el climax de la crisis actual.

⁴³ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, "En torno a la noción de proceso preliminar", § 29, pp. 482 y ss. en sus *Estudios de teoría general e historia del proceso* (1945-1972), II.

tículos 184 y ss., son o pueden ser de investigación, y de instrucción, y así las califica la doctrina.⁴⁴ Y el artículo 246 del PCPPM y el mismo del PCPPN —“investigación preliminar”—.

Estimamos que esta labor ayuda a limpiar el terreno en que nos explanamos.

Así pues, es el Ministerio Público el encargado de la instrucción penal “que así reemplaza la labor que actualmente llevan a cabo los jueces instructores” (“Exposición de motivos del PCPPM y del PCPPN, IV, 1).

El razonamiento de los artículos de los dos Proyectos, los lleva a observar el panorama de un tipo procesal inquisitivo; así:

Históricamente, el espíritu republicano⁴⁵ resolvió con claridad este problema pues, a pesar de tolerar la persecución penal estatal (inquisición), exigió, básicamente, la creación de un órgano del Estado encargado de perseguir penalmente (al Ministerio Público) diferente de aquel competente para decidir el conflicto (el Tribunal). Pues a pesar de que ambas funciones pertenecían al Estado, no era posible confundirlas en un inquisidor, todo en aras del resguardo de la dignidad de la persona perseguida.

No es consecuente con estas ideas la entrega de ambas funciones —la de requerir y la de decidir—, durante el procedimiento preparatorio, a un inquisidor, a un solo órgano estatal encargado de cumplir las dos tareas, verbigracia, el juez de instrucción. Su existencia sólo se puede explicar como producto de las contradicciones y compromisos que todo movimiento histórico general, esto es, de las marchas y contramarchas de un proceso cultural aún no terminado. En efecto, no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual... El buen propósito de garantizar más al perseguido, colocando la investigación preparatoria en manos de un juez, sucumbió necesariamente ante la idea simple de que nadie es buen guardián de sus propios actos, esto es, quien está comprometido con la eficiencia de una investigación no puede ser, al mismo tiempo, quien controla el límite de sus poderes... Pre-

⁴⁴ *Idem*, §§ 32 y 33, pp. 487 y ss. Y también, por ejemplo, Reiner Müller, Com. al § 163 StPO de la República Federal de Alemania (“Tareas de la policía”, en el *Karlsruher Kommentar. Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz*, dir. Pfeiffer, Beck, Munich, 1982, pp. 575 y ss., esp. núm. 15 y ss.; Löne-Rosenberg, StPO, 24a. ed., § 163, StPO *mit*).

⁴⁵ No se sabe a qué República pueda referirse. ¿La romana? Puede que sí. ¿La argentina? No lo sabemos.

cisamente, porque es necesario rescatar el espíritu republicano inicial, es que muchas legislaciones dividieron las funciones judiciales del Estado, aún 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 de ese poder y, consecuentemente, el poder de decisión.

Así se ha resuelto el problema en el Código que se presenta. El Ministerio Público es el responsable de la investigación preliminar y los jueces quienes controlan el ejercicio de ese poder cuando interesa a las seguridades individuales básicas. Esta fórmula, por lo demás, no es desconocida para el derecho universal, pues, limitadamente y a la manera del derecho italiano, se introdujo y practica con éxito la llamada "citación directa", procedimiento preparatorio en manos del Ministerio Público, en casos de delitos leves o de investigación sencilla, o a la manera del derecho alemán o del anglosajón, se practica genéricamente, con exclusión del llamado "juez de instrucción. Se trata ahora de universalizar y mejorar esta forma de proceder ("Exposición de motivos" del PCPPM y del PCPPN, IV, 1).

Es la defensa clásica de la instrucción dirigida por el MF: la alusión al sistema inquisitivo.

Aquí, en este caso concreto, debemos hacer una observación: aunque el tratamiento del Código proyectado en cuanto a esta instrucción —desde su punto de vista y tendencia— es correcto, en los párrafos reproducidos se habla de las funciones de "requerir y de decidir", cuando es perfectamente compatible que una investigación la dirija un juez instructor y que después sea el MF el que "requiera", "solicite la apertura de la instrucción" —una de las acepciones de ese "requerimiento"— o el "archivo" —otra— o acuse —otra—. Es el caso concreto del CPPN de 1889: un juez instructor y un fiscal acusador formal.

Por lo demás, se trata de la misma argumentación utilizada en otros países frente a los jueces instructores. Dicese que han pasado a ser "inquisidores"; que el "sumario" es secreto; que en él, la parte pasiva se halla en inadmisiblemente inferioridad de situación. Y ello, aun cuando se trate de un sistema mixto, en el que el juez instructor está rigurosamente separado del Tribunal decisor.⁴⁶

⁴⁶ Es un ejemplo, el español. Ahora solamente el proceso por delitos graves es el original. El inferior, ha sido creado o "recreado", después de grandes tropiezos inquisitivos, por la ley de 28 de diciembre de 1988, en la que el celo acusatorio de sus autores —escarmentados por la suerte corrida por la ley anterior, la de 11 de

Más grave aún era el ya devenido *usus fori* de que las partes, con anuencia del tribunal del juicio oral, y en éste, “dieran por reproducida” “la prueba documental” recogida en el sumario, cuando ello no está admitido por el artículo 731 de la LECRIM⁴⁷ y sí sólo la “lectura” de las diligencias irreproducibles. Mediante tal ficta lectura “en bloque”, se puede elevar a prueba lo que no lo es, y entre tales papeles... algunos quizás muy discutibles y nocivos para el que asienta a tal “dar por reproducida”, y la defensa de su situación jurídica. Esto fue lo ocurrido en el caso Barbera, Messegué y Jabardo *vs.* el gobierno de España (sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 1988, número 24/1986/122/171/173): En la vista del asunto, el fiscal y la defensa “dieron por reproducida” la “prueba”, *sin lectura* de sus documentos, y en bloque: entre tales documentos figuraba el atestado policial contra tales personas, donde los mismos se habían reconocido autores de un asesinato; lo que impugnaron después como provocado por torturas. El TEDH condenó a España, reteniendo éste como uno de los agravios fundamentales.⁴⁸ El fiscal general del Estado reaccionó solamente mediante su circular 1/1989, de 8 de marzo, en la que prohibía a sus agentes —abogados fiscales— paladinamente tal *uso*.⁴⁹

Hemos aprovechado el recuerdo de este mal *uso forense*, ya que en el artículo 316 de los dos Proyectos (del de CM y del CN) se admite en el juicio oral —“debate”—, que “el tribunal, excepcionalmente, con acuerdo de todos los intervinientes, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenando su lectura o reproducción parcial”. Y en el caso Barbera, etcétera *vs.* gobierno español, fue el fiscal el que, o bien promovió este “dar por reproducida”, o bien estuvo de acuerdo con él. Y en ese contenido tenía

noviembre de 1980 para el Enjuiciamiento Oral de Delitos Graves y Flagrantes, que confundía al juez instructor con el sentenciador, pese a los avisos de la doctrina española desde décadas antes— ha llevado a la creación de unos “jueces de lo penal” que dirigen la segunda parte de tal proceso (o la tercera y última, mal deslindada) en tanto que los clásicos jueces de instrucción —esta vez en combinación un tanto desordenada con el MP— siguen detentando las potestades instructorias.

⁴⁷ Artículo 730. “Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.”

⁴⁸ Sentencia del TEDH de 7 de julio de 1989, número citado. *Cfr.* esta sentencia, traducción al español con un comentario mío, en la *RDP*r, Madrid, 1989-2, pp. 295 y ss.

⁴⁹ Véase esta circular en la “Memoria” del FGE de 1988 (publicada en 1989), pp. 476 y ss.

la única posibilidad de elevar a prueba “depurada en el crisol de la contradicción” —ya que bien claramente se ve en la LECRIM que “las investigaciones del juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio” (“Exposición de motivos” de la LECRIM española de 1882)— declaraciones de los acusados ante la policía, retractadas por ellos. Y llamamos la atención de quien proceda, sobre este texto de los dos Proyectos —artículo 316—.

Saliendo de la anécdota, y tornando a generalizar, si se combate la labor de los jueces instructores por haber sido los mismos que “juzgaban” —sobre el fondo del asunto; qué juicios parciales, forzosamente debían admitírseles, so pena de considerarlo *no sapientes*—, su sustitución por otro elemento en cuanto a esa imprescindible *instrucción* e investigación en ella, está justificada. Y ya existe, tanto la bipartición del proceso —instrucción y juicio oral o debate y decisión— como tales sustituciones. Los Proyectos las aluden. El tipo de instrucción que se ha colocado “frente” al de los jueces instructores, es el de que sea *extraprocesal* —¿administrativa?— por el fiscal con la policía.

Con esta sustitución se coloca a un personaje —a una entidad de derecho público, al Ministerio Público o Ministerio Fiscal— como instructor. Y esa entidad —sus miembros, los agentes, los abogados fiscales— se ve con atribuciones que, en cuanto a los jueces, eran jurisdiccionales. ¿Y en cuanto a ellos?

Los Proyectos dicen —por exclusión— que las atribuciones del MP —¿potestades?—⁵⁰ no lo son. El artículo 248 (que se halla en los “Actos introductorios”, y esto hace dudar sobre si se refiere solamente a la policía) dice:

Actos jurisdiccionales: cuando resulte urgente la realización de un acto jurisdiccional, el oficial a cargo de la investigación informará al Ministerio Público, quien lo requerirá al juez de la instrucción,⁵¹

⁵⁰ Cfr., sobre la diferencia entre “poder” y “potestad”, ante todo, Santi Romano, “Poteri, potestà”, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, Giuffrè, 1947, pp. 172 y ss.; una aplicación de esta doctrina en mis trabajos “Poder, potestad, función jurisdiccional en la actualidad”, *Estudios...*, *cit.*, I, pp. 1 y ss.; “La independencia judicial en España en la actualidad”, *idem*, pp. 48 y ss. y la bibliografía allí citada, esp. Montesquieu, *L'esprit des lois*, XI, VI.

⁵¹ Nótese que “del juez de instrucción” se pasa al “juez de la instrucción”, cuyo apoyo es indispensable, ya que en la misma no faltan “actos jurisdiccionales”. La instrucción de los Proyectos no es, pues, puramente administrativa, como la del Ministerio Público, sino “compartida” (D'Albora, “Reunión” del 11 de noviembre de 1987, *Síntesis*, II, pp. 72 y ss.).

en casos de extraña urgencia la policía podrá requerir directamente el acto al juez de la instrucción con noticia al Ministerio Público.

Si el MP pudiera efectuar "actos jurisdiccionales" holgaría la intervención del juez.

Y no puede hacerlo. Las Constituciones reservan tales potestades a los órganos del Poder Judicial que fijan, ellas o sus leyes de tal desarrollo (ejemplo en el artículo 18 del Código argentino y en el 117-3 del CE: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde *exclusivamente* a los juzgados y tribunales determinados por las leyes. . ."). Los jueces aplican el derecho como función específica de justicia; éstos (los fiscales) participan en esa aplicación liberando condiciones para ello conforme a las prescripciones legales. La acusación es un acto *sine qua non* para el ejercicio concreto del poder jurisdiccional; cuando ella está a cargo de un órgano del Estado, ese órgano ha de ser de justicia, es decir, judicial, sin que ello signifique subordinarlo al órgano jurisdiccional. Más aún, esa subordinación debe evitarse, en todo caso, para no anular el poder de acusación; pero ambos órganos han de controlarse recíprocamente para contribuir a la eficacia de sus respectivas funciones, ambas esenciales en el proceso penal.⁵²

Y una de las enormes diferencias entre los jueces, entre la judicatura, y el Ministerio Fiscal, o procuradores, o Ministerio Público, puede hallarse en la falta de independencia de esta figura y de sus miembros con respecto a *alguien*.

A la vista ya de esa proyectada "instrucción del fiscal" (artículo 250 y concordantes, a los que tornaremos) que vendría a sustituir a la clásica, tradicional en Argentina, de juez instructor (y que campea en el Proyecto presentado al Senado por Martiarena y Benítez, senadores peronistas, sobre la base del Proyecto del profesor Levene, y en 1985),⁵³ examinemos ese vasto campo jurídico que ofrece dicha República.

Antes de examinar la "función" examinaremos brevemente "el órgano", ya que los reformadores —y Maier al frente— estimaron que el Ministerio Público existente no sería apto para *llevar* el nuevo CPP, y debió —o debieron— sugerir que el Poder Ejecutivo les encargase ofi-

⁵² Cfr. Clariá, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, EDIAR, 1962, II, § 529, p. 287.

⁵³ Cfr. el mismo Martiarena, recordando el Proyecto peronista de Levene hijo, *Síntesis* . . . , II, pp. 62 y ss. ("Reunión convocada por el señor senador de la nación doctor Fernando de la Rúa, celebrada el 11 de noviembre de 1987").

cialmente un "Proyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público".⁵⁴ Se trata, pues, de haber previsto "un órgano adecuado a la función".

Comprende la "pirámide fiscal",⁵⁵ el "Ministerio Fiscal vertical",⁵⁶ al procurador general de la nación (artículos 80 y ss.), los fiscales generales (artículos 84 y ss.) que, reunidos, integran el Consejo Fiscal, con tareas consultivas —muy importantes, las de dictaminar sobre la legalidad de las "instrucciones" que dé el procurador general y que sean impugnadas por el fiscal destinatario, artículo 83—, los fiscales adjuntos y los agentes y auxiliares fiscales (artículos 88 y ss.).

El procurador general de la nación "será nombrado por el presidente de la nación con acuerdo del Senado" (artículo 81 del PLOJ-PMP).⁵⁷ Los fiscales generales lo serán "por el presidente de la nación a propuesta del procurador general" (artículo 85); y tanto los fiscales adjuntos como los agentes y auxiliares fiscales lo serán por el mismo procurador general de la nación "conforme a las reglas establecidas para la carrera" (artículos 87 y 89). Concurso entre personas con "antecedentes que acrediten idoneidad especial en materias relativas al cargo y una sólida formación jurídica y los relativos a la tarea profesional o en la carrera fiscal", artículo 114; y para devenir tanto procurador general como fiscal general, se precisa ser abogado, artículos 81-3 y 85-3 del PLOJ-PMP. El MF argentino funciona

por el sistema de órdenes entre el poder administrador (el Ejecutivo) y el Ministerio Público. Nadie discute —dice Maier— que la organización interna del Ministerio Fiscal es vertical, y por medio de ella el procurador general imparte las órdenes. Funciona un sistema de instrucciones generales y particulares; son guías para la actuación de los funcionarios del Ministerio Público inferior. . . Esas guías

⁵⁴ Tal cabría deducir de las palabras del doctor Maier, en la "Reunión de la Comisión de Legislación Penal del 23 de febrero de 1988", *Síntesis...*, III, p. 18.

Y en todo caso, en este "Proyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público" (Buenos Aires, Secretaría de Justicia, Subsecretaría de Asuntos Legislativos, s. a.), se hace constar la autoría de los doctores Maier y Binder.

⁵⁵ Conformada por el Proyecto de Ley Orgánica, en la que campean los principios de "unidad" (104) y "subordinación jerárquica" (105).

⁵⁶ *Cfr.* Maier, en la "Reunión...", *últ. cit.*, *Síntesis...*, III, p. 27.

⁵⁷ La República argentina es de tradición judicialista en cuanto a la adscripción del MP. La idea de los artículos del Proyecto de Ley Orgánica, era y es la de que "las instrucciones del Ejecutivo estén dirigidas sólo a la cúpula, al procurador general y no —como se hace ahora— a todos los funcionarios del organismo" (Maier, *Síntesis...*, III, p. 27).

son de contenido muy variable, pues se refieren a determinados casos, como una estafa o una violación.⁵⁸ Cada una de ellas establece las actitudes que hay que adoptar, por ejemplo, qué cosas no hay que olvidar en atención al caso concreto y qué es lo que los jueces necesitan para condenar. Además, mediante estas instrucciones y las particulares se generan interpretaciones de la ley que desea verse aplicada. Esto es claro en la organización interna.⁵⁹

Y se pregunta este autor: ¿Pero qué sucede con el procurador general que, si no es posible de recibir instrucciones, se constituye en un poder público que se antepone al Parlamento y al Ejecutivo?

Hic sunt leones. Maier y sus compañeros en el Proyecto no desean soluciones inconstitucionales.⁶⁰ Y da su solución:

La idea que se nos ocurrió es hacer que el Poder Ejecutivo pueda dar instrucciones para el Ministerio de Justicia, y que dichas instrucciones estén dirigidas sólo a la cúpula, al procurador general y no —como se hace ahora— a todos los funcionarios del organismo.

Según el sistema que proponemos, el procurador general podrá oponerse fundamentalmente a esa instrucción, y, si el Poder Ejecutivo insiste en ella, deberá contar con el aval del Parlamento para tornarla obligatoria.

De todos modos —continúa Maier y su pensamiento es muy ilustrativo— consideramos que ello no será necesario si el presidente de la nación y el procurador general funcionan coordinadamente. Sólo se requerirá la intervención del Parlamento en aquellos casos que impliquen una razón de Estado [*Hic latet lepus*].

Si el Poder Ejecutivo y el procurador general funcionan coordinadamente —sigue el artículo citado—, el Parlamento deberá intervenir sólo en casos que importen una razón de Estado como ocurrió, por ejemplo, en el intercambio de espías chilenos por espías argentinos. Cuando esta situación se produjo se apeló al indulto, que según lo establecido en la Constitución y en el Código Penal, sirve para perdonar la pena en casos ya sentenciados y no a manera de instrucción de oportunidad para persecución penal (extinción atípica).

Se trata de una suerte de colaboración entre los poderes políticos. El Parlamento representa la cúpula, porque es él quien designa y juzga no sólo a sus miembros sino también a los del Poder Ejecutivo y Judicial.

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ *Idem*, III, pp. 26 y ss.

Este razonamiento nos llevó a plantear el sistema expuesto. En el sistema propuesto las instrucciones pueden ser dadas por el Poder Ejecutivo, y, cuando son rechazadas por el procurador general, provocan la situación de que el Parlamento debe aprobarlas o desaprobarlas, pero no puede dictar otra instrucción.

Creemos que el órgano que guía la política de persecución penal es el Poder Ejecutivo, así como guía la política administrativa, pero cuando interviene una razón de Estado debe intervenir el Parlamento como ocurre con los tratados, que no son más que actos administrativos de cooperación. La propia Constitución establece que el Parlamento tenga participación para perfeccionar ese acto administrativo.⁶¹

Maier se muestra un tanto seguro de que el presidente de la República se hallará casi siempre de acuerdo con el PGN, pese a que se interpone al acuerdo del Senado. Y esta suposición llevaría a que el presidente no tuviese demasiado en cuenta las inspiraciones del Senado al elaborar la política de la persecución penal. Los casos-límite que pone Maier no abonan reglas generales, mas no solamente esa dramática "razón de Estado" a que alude es lo que puede mostrarse. Pero no hay que criticar excesivamente: cada tipo concreto de democracia aplicada, tiene sus características, sea de monarquía, sea de República; sea unitaria o federal; sea de bipartidismo, sea de pluripartidismo. Y en lo que a la República argentina se refiere, no se le pueden aplicar —y menos por un extranjero como yo, respetuoso con sus instituciones— pautas de aplicación a otros Estados en lo que el jefe del Estado se hace sospechar por sus injerencias en cuanto a los nombramientos judiciales;⁶² o de partido único prácticamen-

⁶¹ *Idem*, III, p. 27.

⁶² *Ibidem*. Tal es lo que puede ocurrir en los Estados "presidencialistas"; o en los que se acogieron al equívoco sistema político llamado "de unidad de poder y de división de funciones", desviando el problema fundamental hacia el sentido económico de tal "división", pero centrandó el "poder" en una o varias personas, en un grupo, en una *Nomenklatura*. Este efugio, clave de dictaduras, fue combatido abiertamente bajo la de los gobiernos del general Franco, por Ruiz del Castillo y Catalán Deocón (*La doctrina de Montesquieu: su valor actual*, en el debate mantenido en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, bajo el lema "El principio de separación de poderes", Madrid, Ac. cit., 1951, t. I, pp. 24 y ss); por Pérez Serrano ("El principio de separación de poderes", en el mismo debate, *cit.*, Madrid, 1951, pp. 65 y ss); por Álvarez Gendín (*La independencia judicial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, *passim*; Mosquera Sánchez, "El Poder Judicial en el Estado de nuestro tiempo", *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1965, núm. 46, pp. 76 y ss.; y por mí, en la *Revista de Derecho Judicial*, Madrid,

te,⁶³ o de mayorías parlamentarias longevas y apoyadas por fuerte maquinaria administrativa.⁶⁴

Mas continuemos con el Proyecto de LOJPMP que estaría en gran parte al servicio del futuro CPP:

Dentro de la construcción de ese MP, se hallan, en proyectada planta, siete cargos: 1) La Fiscalía General de Investigaciones Administrativas, 2) La Fiscalía General de Actuación ante la Corte Suprema de Justicia, 3) La Fiscalía General de Casación, 4) La Fiscalía General de Organización, 5) La Fiscalía General Técnica, 6) La Fiscalía General de Inspección y Disciplina, 7) La Fiscalía General de Distrito, 8) La Fiscalía General Civil y Comercial, 9) La Fiscalía General del Trabajo, 10) La Fiscalía General Contencioso Administrativa, y 11) La Fiscalía General de Menores e Incapaces (artículo 90). Se les nombraría por el presidente de la nación a propuesta del PGN (artículo 85).⁶⁵

El conjunto —la carrera fiscal— funcionaría bajo los principios de “legalidad” [su actuación según el principio de oportunidad que se aplicaría —pedir el “archivo” (sobreseimiento, veremos) — o la suspensión del proceso “a prueba”, por una *probation*, artículos 230 y 231 o interposición adhesiva del recurso de casación, artículo 339-III] por decisión o autorización del PGN o del FG, “por instrucciones generales o particulares” (artículo 103, III), de “unidad” —actualmente, no demasiado pronunciada—,⁶⁶ de “indivisibilidad” (artículo 104 del PLOJPMP) y de subordinación jerárquica (artículo 105). Esto es, los mismos y clásicos principios del MFP francés, en los que aparece el conflicto entre la “legalidad” y la “obediencia al superior”.

Las “instrucciones” de los superiores —según el orden jerárquico, artículo 108—, serán generales o particulares para un asunto; las “que

1972. Cfr. mi trabajo publicado de nuevo, bajo el título “Poder, potestad, función jurisdiccional en la actualidad”, *Estudios...*, I, pp. 1 y ss.

⁶³ Se trata de países totalitarios, sea cual fuere su signo “político” (?).

⁶⁴ Alec Samuels se refiere, como hecho para él próximo en la presente década, el del “abuso de la prerrogativa de la mayoría política, el despotismo electoral, la dictadura electiva tan gráficamente definidas por Lord Hailshan...” (cfr. Samuels, “The Argument for a Bill of Rights in the United Kingdom”, en la obra colectiva dirigida por J. A. Andrews, *Human Rights in Criminal Procedure (A Comparative Study)*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1982, pp. 429 y ss.

⁶⁵ Decreto ley 1285/58 (vigente en 1988 al parecer), artículo 2 y ley n.º 15.464, artículo 1º; artículo 81 del Proyecto de LOJPMP de Maier y Binder.

⁶⁶ Cfr., por ejemplo, Manicot, Marcelo A., *Código de Procedimientos en Materia Penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, p. 202. El principio de unidad se impone al MP en el Proyecto Maier-Binder, artículo 104.

revistan importancia o trascendencia" —naciones proclives a una peligrosísima subjetividad, positiva o negativa— "serán hechas conocer inmediatamente al superior jerárquico inmediato en el servicio, quien podrá revocarlas o modificarlas" (artículo 106, II).

Tales instrucciones se impartirán "regularmente" por escrito, pero en caso de *periculum in mora*, oralmente (artículo 110), lo cual veremos que complica la cosa.

La tramitación en casos de que el fiscal que recibiere una instrucción (que reputa) contraria a la ley, consiste en objetarla de manera razonada al superior jerárquico inmediato en el servicio. El cual, antes de "decidir", podrá escuchar a "una junta de fiscales" "bajo su dirección" (y no aparece el que sea tal Junta, lo cual se debe aclarar por los autores), o incluso "en casos complejos" solicitar un dictamen de la Fiscalía Superior Técnica (artículo 108); si la "instrucción" provenía del PGN, naturalmente, decide él mismo con dictamen del Consejo Fiscal (este sí que está fijado en el PLOJMP, artículo 83).

Pero, para los casos urgentes, el fiscal encargado de la ejecución lo hará sin perjuicio de objetarla, como se ha dicho (artículo 109, I), "en nombre del superior que la emitió", esto es, bajo la responsabilidad del mismo. Sin embargo, si la instrucción fuere "de omitir" —y estas omisiones pueden ser gravísimas; nada menos que las de no abrir un proceso o no acusar—,⁶⁷ "el fiscal que la objete actuará bajo su exclusiva responsabilidad" sin perjuicio de la objeción (artículo 109, II).

Esta diversidad de regulaciones, dejando al fiscal desamparado en el momento en que se puede tropezar con el problema más grave de toda su vida —y de toda la *carrera*—, nos parece inaceptable en un sistema en el que no hay acción popular de recambio para los casos de inercia injusta del MP, como ocurre en el ordenamiento argentino —no en el español, en donde tenemos la citada acción popular (artículos 101 y

⁶⁷ Esta *inercia* del FM, temible, es una de las concausas actuales de la reaparición histórica de la "acción popular", tal y como muy probablemente los antecedentes del MF o del MP, se produjeron por la *inercia* de los ciudadanos en acusar. Arg. en Alcalá-Zamora y Castillo (con Levene hijo), *Derecho procesal penal* (DPP), B. A. Krafft, 1944, I, §§ 3 y ss. y II, § 13 (pp. 369 y ss. y 76 y ss., respectivamente); Santi Romano (Silvio Romano), "Defensor civitatis", NDI, t. V (Turín, 1960); Montesquieu, *L'esprit des lois*, lib. XXVIII, ley XXXVI —*advocatus de parte publica*—. Cfr. sobre el problema de los orígenes del MP, por ejemplo, Vellani, "El Público Ministerio nel processo", publicado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Modena (Zanichelli, Bojonia), 1965, I, pp. 11 y ss.; en Argentina, Clariá Olmedo, *Tratado...*, II, § 525, pp. 277 y ss.; Vélez Mariconde, DPP, II, pp. 294 y ss.

Emergiendo del fuero de la conciencia —y de la sapiencia— del agente fiscal, este brocárdico puede ser calificado de “subterfugio”.

Ante la evidente necesidad de que el Ministerio Público se inspire solamente en la ley y en la verdad, con esta fórmula se procura *una parcial o relativa independencia funcional de sus miembros; pero el subterfugio implica una confesión de que, estando encargado de una misión de justicia, este organismo no puede depender del Poder Ejecutivo cuando emite sus conclusiones finales acerca del fundamento de la pretensión represiva*. Además, la doctrina es de una dudosa eficacia real, pues no puede gozar de verdadera independencia un funcionario respecto de otro que lo nombra, que le da órdenes e instrucciones y que tiene la facultad de trasladarlo⁷³ o dejarlo cesante.⁷⁴

El (los) PCPPM y PCPPN, alejan al MP de la esfera del Poder Judicial en cuanto a su superintendencia, o control, o vigilancia; en el actual estado de cosas, corresponde tal superintendencia a la Suprema Corte de Justicia (ley 4055, II, 4^a); en los Proyectos se crea —no sin crítica—⁷⁵ un “Tribunal de disciplina”, integrado por cinco miembros que nombrará el Consejo Fiscal. “El nombramiento deberá recaer en personas ajenas al servicio activo, vinculadas al quehacer jurídico, de reconocido prestigio e integridad moral” (artículo 122 del PLOJPMP) —aquello parece indicar que se las elige entre juristas no fiscales—. Y tras un procedimiento en el que ha de “investigar y acusar” la Fiscalía

⁷³ Con lo que el agente encargado de llevar un proceso, queda excluido de éste y podría ser sustituido por otro funcionario menos rígido ante los superiores.

El Proyecto Maier y Binder, de LOJPMP, en su artículo 111 (“Sustituciones y traslados”) no evita estos riesgos. Ni se evitan en la ley española.

Por el contrario, en Italia, cuando se instauró la instrucción penal por miembros del MP, se modificó el *Ordinamento Giudiziario*, previéndose que “En el curso de las audiencias penales, el magistrado (los miembros del MP italiano son magistrados) designado desarrolla las funciones del Ministerio Público con plena autonomía y solamente puede ser sustituido en los casos previstos en el Código de Proceso Penal” (nuevo artículo 70, IV).

Y el artículo 57 del CPP —de la misma fecha que la reforma del *Ordinamento Giudiziario*, 22 de septiembre de 1988— consagraba también la “plena autonomía” de las funciones del MP en la audiencia penal, y los casos de su posible sustitución.

⁷⁴ Cfr. Vélez Mariconde, *DPP*, cit., I, pp. 245 y ss.

⁷⁵ Por ejemplo, la del doctor José Severo Caballero —en 1988 presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación—. Cfr. “Algunas reflexiones sobre lo proyectado en materia de Código Procesal Penal de la Nación” (Informe), en *Síntesis...*, II, esp. p. 63.

General de Inspección y de Disciplina (artículo 124 del PLOJPMP) puede imponer incluso la sanción de "remoción" (artículo 123, 3 del PLOJPMP).

Estimamos que el Ministerio Público, o Fiscal, como entidad, debe ser, al menos, autónomo en cuanto a las "administraciones".

Por sus funciones en el proceso —dejemos aparte su carácter "proteiforme"—,⁷⁶ y aunque no se le concediese la dirección de la instrucción penal, el MP desempeña algunas de tipo judicial *lato sensu*, en cuanto que aporta al proceso una parte esencial de su contenido —la acusación—; actos judiciales, pero no jurisdiccionales,⁷⁷ los de más semejanza, son actos de enjuiciar, de formular "juicios" como todo hombre *sciente* y más aún, especializado; pero tales juicios no van ligados a un carácter imperativo general en cuanto al mismo contenido del proceso. El MF, "manda", tiene *imperium* administrativo, en su caso, sobre sus subordinados, y en especial sobre la Policía Judicial (artículo 73 del PCPPM y PCPPN; 4º, 4 LOEst. MF español; 10 y ss. R.D. 19 de junio de 1987 de la Policía Judicial española); tiene poderes coercitivos administrativos limitados (artículo 71 de los dos Proyectos argentinos); más no un *imperium* independiente y de superioridad *erga omnes*, al dirigir —sea como sea: aun oculto aparentemente tras el fiscal— el proceso, *imperium* emanado de una potestad de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", de la aplicación del derecho a los casos concretos.

De "actividades cuasijurisdicentes del fiscal" habla Alcalá-Zamora y Castillo;⁷⁸ actividades cognoscitivas, y aún decisorias; pero de carácter instrumental, avocados a auxiliar al juez o tribunal a elaborar sus juicios preparatorios y definitivos. El fiscal no puede sentenciar. Y si sentenciar, es un juez. Lo mismo que si sobreseyere él definitivamente.

Así, si se aproxima demasiado la figura del fiscal a la del juez, resultará que en ese tipo de proceso, habría dos jueces, de los cuales, probablemente, uno instruirá y el otro dirigirá el juicio oral de debate y resolverá. Y como el que investigue, quiérase que no se quiera, deberá

⁷⁶ Cfr. Goldschmidt, James, "Der Prozess als Rechtslage (Kritik eines prozesualen Denkens)", Berlín, primavera de 1925 (reimp. Scientia Verlag, Aalen, 1962), nota 1476.

⁷⁷ Clariá Olmedo, *Tratado...*, II, § 529, p. 287.

⁷⁸ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, "El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas", en sus *Estudios...*, *cit.*, I, p. 307. Cita como ejemplo la retirada de la acusación. Y su aprovechamiento del principio de oportunidad, no promoviendo la "acción penal". Cfr. mi trabajo "La defensa" (en prensa).

inquirir, indagar —quitando así a la expresión la mala fama que tiene, en no pequeña parte por la superficialidad con que se la teme—. ⁷⁹ Y como investigar y resolver son dos quehaceres en principio incompatibles, ⁸⁰ resultará que se ha tornado a ese “juez instructor inquisitivo” del cual se pretende huir. Con otro nombre, pero juez.

El mismo Maier parece darse cuenta de hasta dónde puede llegar su movimiento en favor del fiscal-instructor, al decir que

En Córdoba —su Proyecto está indudablemente emparentado con los textos cordobeses de Vélez Mariconde y Clariá Olmedo (cfr. la “Exposición de motivos”, I, D), ⁸¹ optamos por un sistema de Ministerio Público que está dentro del Poder Judicial pero el cargo principal sólo dura hasta que el gobierno (de la provincia, naturalmente) cese su mandato, es decir, que el próximo gobierno puede elegir al jefe del Ministerio Público. Esto supone que puede haber mínimos controles a la labor del Ministerio Público, y los demás fiscales son lo mismo que los jueces pero con el nombre de fiscal. ⁸²

No hay que extrañar que, con tal concepción del MP, los Proyectos le encomienden actividades que son más propias de los jueces, cuasiju-

⁷⁹ De la realidad de los procesos inquisitivos, se creó un mito. Y hay gentes que aplican el mito sin ocuparse previamente en desmontarlo, frívola o superficialmente. Lo cual no obsta a los rasgos de crueldad del sistema inquisitivo, sobre todo en materia de apreciación y medios de prueba.

⁸⁰ Decía Carnelutti: “La investigación es un trabajo psíquico y a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de que el investigador puede ser arrastrado a una supervaloración de los resultados de la investigación, delineándose en él un interés por el éxito de aquélla; pero tal disposición de ánimo, si bien favorece a la investigación, perjudica a la valoración; mejor que los resultados de la propia investigación, se valoran los resultados de la investigación de otro. Todo juicio, realmente, implica tanto la investigación como la valoración; también juzga el acusador después de haber investigado; indaga el juez también antes de valorar los indicios, las investigaciones, los interrogatorios practicados incluso por él mismo... pero, sin embargo, prevalece en la actividad del uno el momento de la investigación, y en la del otro, el momento de la valoración”. Cfr. sus *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1948, II, pp. 180 y ss.

⁸¹ Allí ensalza debidamente al Código Procesal Penal de Córdoba, del profesor Vélez Mariconde (los dos: el de 1939 y el de 1970). El mismo profesor Maier se formó, pensamos, en la Universidad de Córdoba, con los profesores Vélez y Clariá.

⁸² Cfr. Maier, en la Reunión de la Comisión de Legislación Penal del 23 de febrero de 1988, *Síntesis...*, III, p. 15.

Con lo cual se abre la posibilidad de un bicefalismo de la instrucción. Es lo que ocurre en España con la Ley de Reforma Procesal de diciembre de 1988. Por ejemplo, en mi trabajo “El MF en la reforma procesal de 1988”, *cit.*, nota 72, pp. 69 y ss.

risdccionales. Así, el fundamental artículo 250, ya recordado, le atribuye potestades instructorias de importancia, como se ve por sus desarrollos; puede

exigir informaciones de toda persona y de todos los funcionarios públicos, emplazándolos conforme a las circunstancias del caso, y practicar por sí o hacer *practicar por funcionarios policiales, cualquier clase de diligencias*. Los funcionarios policiales estarán obligados a satisfacer el requerimiento o comisión del Ministerio Público (artículo 261, I).

[En esta amplísima *cláusula general*, podrán estar comprendidas diligencias extraordinariamente delicadas. Y aparece el binomio “fiscal-policía” con la misma claridad que apareciera antaño el del “juez instructor-policía”.]

Puede detener y mantener detenciones por un máximo de seis horas sin dar cuenta al juez (artículo 261, III).

Es él quien “admite” la proposición de diligencias, claramente llamadas en el artículo 256 “medios de prueba” “en cualquier momento del procedimiento”, y “los llevará a cabo si los considera pertinentes” “y útiles”; y pese al *secreto de la instrucción* (que tiene fundamentos lógicos y normales como el del sumario español: el de evitar que “la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad”, artículo 255; no obstante lo cual, ese secreto lleva la *mala fama* inmerecida⁸³ de ser

⁸³ Cfr. la explicación que al “secreto del sumario” se da en la “Exposición de motivos” de la LECRIM, reducido al mínimo:

“Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro: desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable. Desde que surge en su mente la idea de delito, o por lo menos desde que, pervertida su conciencia, forma el propósito deliberado de cometerle, estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la Justicia y coloca al poder público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para restablecer, pues, la igualdad en las condiciones de lucha, ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo noblemente sostenido por ambos combatientes, menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera sea para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad de su autor...”. “Pero sea esto lo que quiera, la verdad es que sólo el porvenir puede resolver el problema de si llegará o no a realizarse aquel ideal. Entretanto, los que tienen la honra de dirigir los destinos de un pueblo están obligados a ser prudentes y a no dar carta de naturaleza en los Códigos a ideas que están todavía en el pe-

inquisitivo, al menos, para malintencionados e ígnaros) puede permitir la asistencia del imputado,⁸⁴ etcétera, para presenciar actos de investigación y aun para tomar la palabra, si les autoriza "quien preside el acto" —que debe ser él mismo— (artículo 257). De ahí a un interrogatorio, no va mucho. Y en los interrogatorios se emiten muy a menudo juicios de valor. Bien es verdad que se trata solamente de "medios de prueba" que se puedan reproducir más tarde, en el juicio oral, y ello se ve por exclusión, comparando el artículo 256 con el 258, medios de prueba irreproducibles, a practicar sólo ante el juez.

riodo de propaganda, que no han madurado en la opinión ni menos encarnado en las costumbres, ni se han probado en la piedra de toque de la experiencia."

Otra cosa son las corruptelas posteriores. Y otra la precipitación en dar entrada en España incluso al *plea bargaining*, tan ocultamente como lo han hecho los artículos 789,5, quinta, 791,3 y 793,3 (nuevos) de la Ley de Reforma Procesal de 28 de diciembre de 1988.

Y sentar que "todo el proceso penal es público" por el medio de hacer que la instrucción sea "administrativa", no es sino un refugio.

⁸⁴ Artículo 255 de los Proyectos:

"Carácter de las actuaciones. Todos los actos de la investigación serán secretos para los extraños."

"Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por el imputado, las demás personas a quienes se les haya acordado intervención en el procedimiento, los defensores y los mandatarios. No obstante, ellos, los funcionarios que participen en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas durante la investigación, estarán obligados a guardar secreto. Sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda, el incumplimiento de esta obligación podrá ser sancionado conforme a las disposiciones de la Ley de Organización Judicial."

"El Ministerio Público podrá disponer, sólo una vez, el secreto total de las actuaciones por un plazo que no podrá superar los diez días corridos, siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad. El plazo se podrá prorrogar hasta por otro tanto, pero en este caso, cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de la instrucción que examine los fundamentos de la disposición y ponga fin a la reserva."

"No obstante, cuando la eficacia de un acto particular dependa de la reserva parcial de las actuaciones, el Ministerio Público podrá disponer el secreto, con mención de los actos a los cuales se refiere, por el tiempo absolutamente indispensable para cumplir el acto ordenado, que nunca superará las cuarenta y ocho horas."

"Los abogados que invoquen un interés legítimo deberán ser informados por el Ministerio Público o por la persona que él designe, acerca del hecho que se investiga y de los imputados o detenidos que hubiera. A ellos también les comprende la obligación de guardar secreto."

Se trata, pues, de un "secreto" como el de los artículos 301 y ss. de la LECRIM española. No salvajemente inquisitivo como dirá algún malévolo o indocumentado, sino el necesario para que "la publicidad no entorpezca el descubrimiento de la verdad".

De lo que se tratará en su caso, es de impedir corruptelas.

Puede el fiscal instructor citar, y detener si la persona a citar hiciese aparecer el peligro de “que se oculte o fugue, o se desconozca su domicilio, o intente entorpecer por cualquier medio, la averiguación de la verdad, se podrá proceder a su detención por el tiempo indispensable para llevar a cabo el acto, que nunca excederá de doce horas” (artículo 138, V).

Especialmente, no puede, sino que tiene la obligación de “oír al imputado en la forma prevista por los artículos 41 y ss.” (artículo 264, I).

Se trata de un interrogatorio en toda regla —el que responde al principio *audiatur et altera pars*, a la *dialecticidad isonómica*⁸⁵ del proceso—.

Se comunicará detalladamente al imputado (luego, la imputación penetra por lo tácito, según parece) el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar o modo, en la medida conocida, incluyendo aquellas que sean de importancia para la calificación jurídica, un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes y las disposiciones penales que se juzgue aplicables (artículo 41, I).

“Se le advertirá también que puede abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio” (artículo 41, II).

En las declaraciones que preste durante el procedimiento preparatorio será además instruido acerca de que puede exigir la presencia de su defensor y *consultar con él la actitud a asumir* [esto no lo encuentro nada claro, interpolo], antes de comenzar la declaración sobre el hecho. En este caso, si no estuviere presente, se dará aviso inmediato al defensor, por cualquier medio, para que comparezca y, de no ser hallado, se fijará nueva audiencia para el día próximo, procediéndose a su citación formal. Si el defensor no compareciere, se designará inmediatamente a un defensor de oficio, para que cumpla su función en ese acto, sin perjuicio de las sanciones que correspondan al defensor elegido (artículo 41, III).⁸⁶

⁸⁵ Cfr. Giuliani, “*L'ordo judicarius mediaevale* (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)”, *Riv. Dir. Proc.*, 1988, núm. 3, pp. 598 y ss.

⁸⁶ Si bien está claro el momento *a quo* del nombramiento de abogado defensor en este artículo 41, el 61 (“desde el comienzo del procedimiento”) podría dar lugar a dudas. Mas su alusión a la policía las evita.

“Será instruido también acerca de que puede requerir la práctica de medios de prueba, efectuar las citas que considere convenientes y dictar su declaración” (artículo 41, IV).

Estas garantías se refuerzan en el artículo 47 (“oportunidad y autoridad competente”), que no desvirtúan el hecho de que el MP, como director de la instrucción, debe interrogar él mismo.

Y debo anotar aquí la existencia de un “impedimento procesal” de tipo natural, de los que son escasos los códigos que los tratan como tales: de “la gran distancia, la grave dificultad de las comunicaciones, una catástrofe, el aislamiento u otro hecho extraordinario similar” que abrirá al juez la posibilidad de fijar un plazo distinto para el nombramiento del defensor. Y me refiero al Código Procesal unitario de Suecia, de 1942-1948, que considera “impedimento legal” —a tener en cuenta incluso de oficio, § 1 del capítulo 43— el de la “interrupción del tráfico público” (capítulo 32, § 8). En Suecia se piensa en la inclemencia del clima.⁸⁷

Pero el MP tiene una potestad que estimo muy grave. Si bien cuando se trata del sobreseimiento (absolución anticipada) o del “archivo provisional” debe “requerirlo” del tribunal, cuando se trata del “archivo”, no solamente por “rebeldía del imputado” sino también “por falta de individualización” del mismo, lo *dispondrá* él mismo (artículo 266, I) por escrito.

Esto podría suponer que algún agente del MP pudiera “mandar archivar” casos complicados en los que no se halla al imputado individualmente de modo fácil. Esto es, cortar la vía jurisdiccional. Y entiendo que el “sobreseimiento provisional” era muy criticado en Argentina. . .

De otro lado, este “archivo” no es el del artículo 251; se trata de peticiones suyas al juez “cuando sea manifiesto que el hecho no constituye un delito o cuando no se pueda proceder” o cuando se vayan a aplicar criterios de “oportunidad” (artículo 230) o la suspensión del procedimiento a prueba (artículo 231).

Los dos Proyectos atribuyen a las decisiones del MP tono de mando: así, por ejemplo, en el artículo 266, “dispondrá” el archivo. Pero no se aclara bien la forma de tales decisiones, luego volveremos sobre este punto.

⁸⁷ Cfr. Bader Ginsburg-Bruzelius, “Civil Procedure in Sweden”, ed. “Columbia University School of Law. Project on International Procedure”, La Haya, Martinus Nijhoff, 1965, pp. 237 y ss. (“Laga förfall”, excusas legales).

El MF parece actuar como un juez y diríase que sus actividades citadas sean jurisdiccionales. Mas le falta un requisito fundamental, de tipo originario y subjetivo: el MF —sus agentes— no son independientes de los superiores. Están ligados por el deber de obediencia a las instrucciones (artículo 107, I). Y en estas actividades instructorias, el miembro del MP no está siempre en “debates orales”, para que pueda “actuar según su criterio” (artículo 107, II), esto es, según la parte correspondiente del brocardico francés *la parole est libre*.

La organización piramidal del MP, se halla a merced de esas “buenas relaciones” que el profesor Maier da como adquiridas, entre el jefe del Poder Ejecutivo —el presidente de la nación argentina— y el PGE. El artículo 113 del PLOJMP es claro:

Relaciones con 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 rechazan, 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.

Arriba vimos las explicaciones que sobre este *iter* suministra Maier. Pero:

A) de nn lado, no se ve que se haya de producir automáticamente esa “colaboración” entre el jefe del Ejecutivo y el PGE, en todo caso (no hay regla que la imponga y el mismo autor señala casos extremos, es cierto, de “razón de Estado”; pero sin dramatizar tanto, está claro que el jefe del Ejecutivo, razonando como hombre político que debe ser, puede no estimar de oportunidad los criterios del PGE). Y el simple riesgo de que haya divergencia, es suficiente.

B) El artículo indicaba que “las instrucciones del ministro de Justicia están dirigidas sólo a la cúpula, al procurador general y no —como se hace ahora— a todos los funcionarios del organismo”.⁸⁸ Pero operará el “deber de obediencia” si no se halla el fiscal inferior afectado en pleno “debate” —en cuyo caso disfrutará de autonomía pero introdu-

⁸⁸ Cfr. Maier, en *Sintesis...*, III, p. 27.

cido en un complicado sistema de traslaciones de la responsabilidad (artículos 108 y ss. del PLOJPMP) —. Entendemos que se ha adelantado poco. Y a base de escindir la personalidad de los fiscales,⁸⁹ según un sistema muy anticuado;⁹⁰ aunque pretenda resucitársele en Alemania⁹¹ como límite de las instrucciones impuesto por el principio de legalidad.

De ahí el riesgo de la solución en entregar la instrucción penal al fiscal: el de que éste sea dependiente administrativamente incluso del Poder Ejecutivo.

Y es natural que si el MF es una organización de índole administrativa, la norma sea la de su dependencia de los superiores; como sería natural que, de ser judicial —mejor, jurisdiccional— la norma fuera la de su independencia.

Pero si el fiscal en su actuación tiene un carácter jurisdiccional, volvemos a hallar a dos jueces en el proceso penal, aunque al primero no se le nombre como tal: el “de la instrucción” y el del debate y resolución final. Y al primero le toca instruir, averiguar, *inquirir*. La inquisición, se ha trasladado de lugar. En todo caso, con la conversión de la instrucción penal en administrativa, lo que se ha hecho es trasladarla de la sede jurisdiccional —en que fue tan denostada y en justicia— a la administrativa. Y si hay torturas, raramente serán sus autores los jueces. Será la administración instructora. So pretexto de imparcialidad de los primeros, no se suprimen sucias labores, sino que se declara solemnemente “que no están en el proceso”. Pero ahí siguen

⁸⁹ *La plume est servie, la parole est libre*. El Fiscal como funcionario o como libre de órdenes de sus superiores. *Cfr.* mi trabajo “La reorganización del MF”, *cit.*; estas escisiones de la personalidad, son peligrosísimas y no ocultan la verdad básica: o el sujeto se siente ligado por los superiores o no. Y eso, por naturaleza, educación y aptitudes, sin relación con si despacha el trabajo en la oficina o ante el tribunal, de pie o sentado.

⁹⁰ El del citado brocárdico. Su origen se halla en la época en que el rey tenía dos especies de funcionarios (?) para defender sus procesos: uno, primitivamente clérigo, para asuntos civiles y otro, abogado, para los criminales. El primero devino laico, y procurador; el segundo, continuó siendo el *avocat du rey*. El primero trabajaba en despacho, el segundo en los tribunales. En el del primero predominaba la pluma, en el del segundo, la oralidad. *Cfr.*, por ejemplo, Vellani, I, pp. 101 y ss. En Argentina se recuerda esta historia por Vélez, I, pp. 240 y ss.

⁹¹ En efecto, en el Proyecto de Ley de Modificación del Derecho de la *Staatsanwaltschaft*, se hace imposible que un superior ausente de una audiencia dé instrucciones al agente que actúa. *Cfr.* Schoreit, “Karlsruher Kommentar”, § 146 GVG, pp. 11 y ss., y 1494 y ss. Esto es, se marcha hacia el brocárdico francés citado, lo que significa mucho para ellos. Y poco para quienes pretendemos más: el límite italiano o el brasileño de la autonomía del MP garantizadas por su inamovilidad en cuanto a cada caso de que se encargue.

en la administración (naturalmente, en la hipótesis de que las hubiere habido o las haya en un país indeterminado). Lo cual puede envolver una buena dosis de hipocresía. Aquí no es el caso de tal; más sí puede serlo de inocencia —en el mejor sentido de la palabra, en el más noble— rousseauniana.

Cierto es que la solución de “no hacer a un instructor, juez” sino hacerlo un funcionario administrativo, dejando a éste sin cabeza en sus niveles de tal tipo, es un problema. Problema que puede abordarse para su solución (muy difícil la vemos) en cuanto al nuestro en particular —el del MP o MF—, “concretando a quién representa, quién personifica los intereses generales que el MP defiende”. Y tenemos a mano el examen de las soluciones hecho por un procesalista español (Alcalá-Zamora y Castillo) y un argentino (Levene hijo).

“Tres respuestas cabe dar a esta cuestión —dicen estos autores—⁹² y de cada una de ellas surge un distinto tipo de MP: la *sociedad*, el *Ejecutivo* o el propio *cuerpo*.”

“La sociedad es una entidad amorfa, cuyas aspiraciones habría que canalizar de algún modo para que sea expresión de ella el MP” (Alcalá-Zamora y Castillo).⁹³

Más rechaza esta posibilidad Clariá con clásica y potente argumentación:

En nuestro concepto, el error que llevó a sostener como incontrovertible el ligamen de la institución al Poder Ejecutivo, consistió en considerar al Ministerio Fiscal como un representante de la sociedad. No es así desde un punto de vista específico. En general, todos los funcionarios y autoridades públicos son representantes de la sociedad, pero en la determinación de sus funciones lo son de distinta manera. El Poder administrador actúa los intereses culturales, económicos, de progreso, de bienestar de la colectividad, el Poder Judicial administra justicia conforme a lo predeterminado por el legislador. El Ministerio Fiscal debe seguir las exigencias de ésta, de la justicia, evitando las influencias de aquellos intereses en cuanto puedan desviarlo en su misión. Tengamos buena cuenta, además, del peligro que significa para una correcta interpretación del problema recurrir a sistemas europeos, pues en ellos los regímenes de

⁹² Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, y Levene (hijo), *DPP*, I, cap. VIII, § 13, pp. 380 y ss.

⁹³ *Ibidem*.

gobierno no se han modelado por la tripartición de poderes, característica de nuestra República.⁹⁴

Puesto en otro observatorio, añadía Alcalá-Zamora y Castillo:

Y como resulta imposible que para cada caso consulte el MP el parecer de esa sociedad, lo único que cabría —a manera de lo que en los Estados Unidos se hace para proveer algunos cargos similares— es confiar la designación de aquél a la elección popular, con todos los inconvenientes que el sistema implica, según se comprobó en España, precisamente en orden a la elección tanto de jueces como de fiscales adscriptos a los Juzgados Municipales.⁹⁵ Así pues, cuando se habla de que el MP es órgano de la sociedad, lo que a lo sumo se quiere significar es que ha de ser reflejo, ya que no expresión, de aspiraciones de la sociedad, o mejor dicho, del pueblo o de la nación, en orden a la administración de justicia. Advirtamos, sin embargo, que semejante concepción del MP podría llegar a justificar los mayores extravíos en su actuación, siempre que respondiesen a estados de ánimo pasionales del pueblo, como con frecuencia sucede en los periodos revolucionarios. Y aún en época de normalidad, a los de una mayoría ficticia, venal o corrompida.⁹⁶

Más concreta y más frecuentemente según el modelo que ha prevalecido en Francia, el MP aparece como representante del Ejecutivo en sus relaciones con la administración de justicia. Se le hace depender entonces del Ministerio de Justicia, y para asegurar la debida subordinación y obediencia, se proclama su unidad e indivisibilidad y se le reputa amovible. Aún con la salvedad consignada en la máxima *la plume est serve, la parole est libre*,⁹⁷ este sistema ofrece el grave y fundamental inconveniente de inmiscuir al Ejecutivo en una esfera donde nada tiene que hacer. Cierzo que de hecho,

⁹⁴ Cfr. Clariá Olmedo, *Tratado...*, II, § 529, pp. 286 y ss.

Tiene mucha razón Clariá. No se debe intentar el trasplante de instituciones sin previo estudio de las bases sociales correspondientes. Y de las políticas y económicas.

⁹⁵ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, sobre la provisión por elección popular de los "jueces municipales" durante la II República española (1931-1934). Su trabajo "Un grave problema judicial y político: la justicia municipal", *Estudios...*, Madrid, 1934, pp. 67 y ss. El sistema electoral fracasó rotundamente. Ahora, la elección es la base de sus nombramientos otra vez, en el artículo 101 de la LOPJ de 1985. Cfr. mi opinión pesimista, coincidente con la del gran abogado que fue don Ángel Ossorio y Gallardo, en mis "Comentarios a la LOPJ", *cit.*, pp. 99 y ss., y la bibliografía allí citada.

⁹⁶ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, y Levene (hijo), *DPP*, I, VIII, § 13, pp. 380 y ss.

⁹⁷ Cfr. notas anteriores y el artículo 33 del CPP francés.

el Ejecutivo no está constantemente dando órdenes o señalando pautas al Ministerio Público, que, como regla, actúa mucho más según el sedimento tradicional formado en el Cuerpo, o conforme a cambios de impresiones o a instrucciones surgidas en su seno; pero no lo es menos que la mera posibilidad de que lo haga, constituye una seria amenaza.⁹⁸ Por otra parte, si tratándose de delitos comunes no es de temer, en general, que el Ejecutivo se enlode, desviando, en lo que pueda, la acción de la justicia a través de los resortes de que dispone el MP,⁹⁹ si existe ese peligro tratándose de delitos políticos o sociales, de los cometidos por funcionarios públicos, y sobre todo, de los que puedan realizar los propios miembros del Gobierno o personas a ellos vinculadas en el orden político o en el privado. Claro que cabría neutralizar tal contingencia, autorizando en estos casos el funcionamiento de la acción o acusación popular,¹⁰⁰ pero

⁹⁸ Cfr. el parecer particular de Alcalá-Zamora en la obra citada con Levene (hijo), I, VIII, § 14, p. 381.

⁹⁹ "Sobre todo —dice Alcalá-Zamora y Castillo en la nota 24, a pie de esta cita— en países en que a un tiempo exista monopolio acusador puesto en sus manos y rija en toda su plenitud el principio acusatorio, ya que entonces, de que el Fiscal acuse o no dependerá que se pueda o no condenar. Y aun sin llegar tan lejos, los resortes procesales de que dispone el Ministerio Público pueden influir decisivamente en el destino de la causa; recordemos tan solo, en el Código de la Capital, el artículo 461 (sobreseimiento obligatorio cuando a su favor se manifieste la opinión del Fiscal actuante y la del superior inmediato)". (DPP, I, VIII, § 14, p. 381, nota 24).

¹⁰⁰ Es el sistema español en la actualidad. Y funciona bien, supliendo si es necesario al MF.

Y en Argentina se ha mostrado que tiene algunos partidarios. Así, decía el doctor Cafferata Nores: "Creo que nuestra Constitución da pie para que haya desde acusador popular hasta querellante particular (se refería a *contrario sensu* al CPP italiano de 1930), e incluso para que exista su restricción, como ocurre en los códigos modernos; pero la experiencia me ha indicado que no está mal que haya un querellante [en el Ordenamiento argentino, este "querellante", es la víctima: no hay acción popular, interpele yo]. Si bien se trata de una institución que tiene muchos defectos —como la venganza y el interés—, posee una virtud: mantiene alerta al funcionario judicial. No es lo mismo que un funcionario judicial investigue con la víctima todo el día ofreciéndole pruebas y controlándola, a que le diga a ésta que no es parte, y si bien en algún momento no creí necesario incorporar esta figura a los códigos procesales, hoy, frente a la realidad urgente y en el orden nacional, creo que su regulación se justifica."

"Creo que es necesario que así como revalorizamos las garantías del imputado, también empecemos a pensar en los derechos de la víctima de un delito. Quizás por imperio de las circunstancias y de los acontecimientos políticos, a veces por pensar no tanto en las garantías individuales, se olvida de la seguridad, y la libertad requiere seguridad. La democracia debe dar a la gente libertad y seguridad; esto es un gran desafío y para ello la institución del querellante no es mala."

no se puede confiar ciegamente en esta solución que, a su vez, ofrece graves inconvenientes.¹⁰¹

Todo ello lleva a sostener la conveniencia de un MP independiente e inamovible. Pero conviene aclarar que la independencia de que debe dotársele es la del cuerpo con respecto al Ejecutivo, y no la absoluta de cada uno de sus funcionarios en cuanto al desempeño de su misión. En este sentido, entendemos que por razones análogas a las que recomiendan la existencia de un tribunal de casación que unifique la jurisprudencia, el principio de unidad debe seguir inspirando la actuación del MP, para evitar, sobre todo en materia penal, cuando o donde rija el principio acusatorio, que se manifiesten desigualdades irritantes. Lo que sí puede y debe permitirse es el que el funcionario discordante con las directrices que se le hayan marcado, salve su opinión personal.¹⁰²

Y se llega al punto crucial: ¿Cómo se nombra al jefe, a la cúspide de la pirámide administrativa (?) del MP?

Naturalmente —dice Alcalá-Zamora y Castillo— esta concepción del MP implica, a la vez, cambios de tipo orgánico, sobre todo por lo que concierne a la designación del funcionario que haya de estar a su cabeza.

Muy probablemente, el mejor procedimiento a ese fin sería el de encomendar su nombramiento a una asamblea convocada *ad hoc* y sustraída en su composición al influjo político, y el de asegurar

“Reunión de la Comisión de Legislación Penal del día 2 de diciembre de 1987”, *Síntesis...*, II, pp. 88 y ss.

Ello se puede aplicar a España —en donde existe la acción popular, en la Constitución, pero olvidada por los legisladores— casi a la letra. El “hipervictimismo” de los delincuentes ha sumergido a la protección a las víctimas. Se ha desoído hasta el presente, de manera considerable, la recomendación número R (83) 7 del Comité de Ministros Europeo sobre protección a las víctimas y protección a las sociedades de auxilio a las mismas —que en España están ya teniendo un desarrollo muy considerable—. Hasta ahora, han subsistido de subvenciones —algunas de organismos estatales— y al parecer, se va a emprender una política más clara de protección a las mismas.

Sobre estas sociedades, *cfr.*, por ejemplo, mi trabajo “Ensayo sobre procesos complejos”, Madrid, Tecnos, en prensa.

¹⁰¹ *Cfr.* Alcalá-Zamora y Castillo, y Levene (hijo), *DPP*, I, VIII, § 14, p. 381.

Alcalá-Zamora no era demasiado partidario de la “acción popular”. No vivió en España en momentos en que resultaba un buen remedio frente a la inercia del Fiscal —el temor de Alimena—. *Cfr.* mis trabajos de aquella época (1960-1970) sobre el MF español y su dependencia del Ejecutivo, *deus ex machina*. Y la de esta época, *cits.*

¹⁰² *Cfr.* Alcalá-Zamora y Castillo, *op. ult. cit.*, I, VIII, § 15, p. 382.

una renovación periódica de dicho cargo (cada cuatro o cinco años, por ejemplo), para evitar su petrificación (opinión del doctor Alcalá-Zamora), o bien el de dejar que el Poder Judicial proponga los candidatos al Poder Ejecutivo (parecer del doctor Levene hijo). Además... deben separarse la actividad del MP en sentido estricto y la defensa de los intereses del fisco.¹⁰³

Ya se ven las soluciones de los dos maestros, del español y del argentino.

En el derecho comparado más cercano —en fechas y en tendencias: en lo que podría llamarse “escuelas”—, hay soluciones varias y aún más, *lege ferenda*. Se habla del Parlamento como elector¹⁰⁴ —con referencia a España, estimamos que ya tiene bastante con el nombramiento del *ombudsman*; aunque podría intervenir; el jefe del Ejecutivo y del Estado (el rey) constitucionalmente no puede serlo—; ¹⁰⁵ de un autogobierno “democrático” entre los mismos integrantes del cuerpo —lo que contradice el principio de “unidad”—; ¹⁰⁶ se podría tratar de una junta o comisión integrada por senadores y fiscales.¹⁰⁷ También se podría encomendar a un Consejo General del Poder Judicial —cabeza administrativa de la carrera judicial en España—, siempre y cuando el nombramiento de sus miembros no estuviera mediatizado por la po-

¹⁰³ Cfr. estos dos pareceres de los coautores en *DPP*, I, VIII, § 16, p. 383. Lo que indica lo difícil que es el tratamiento del Ministerio Fiscal, por muy cultos y ecuanímenes que sean los juristas.

¹⁰⁴ Para evitar un resultado como el francés... esto es, el de un procurador de la República sujeto al ministro guardasellos. Bastante tienen nuestros Parlamentos con el nombramiento del *Ombudsman*, ese sí, “Comisionado Parlamentario para las Quejas del Público” (Cfr. sobre el “Defensor del Pueblo” español —un *Ombudsman* del tipo sueco clásico, artículo 54 de la Constitución—, mi libro *El Defensor del Pueblo —Ombudsman—*, Madrid, Instituto de Estudios Constitucionales, t. I, 1982, t. II, 1986, *passim* y la bibliografía citada).

¹⁰⁵ Constitución española, artículo 56. Tiene un poder moderador y nada más.

¹⁰⁶ Tal es la solución propuesta parcialmente por Alcalá-Zamora y Castillo, por mí mismo y por el Grupo Comunista del Congreso (en 1929 —dictadura—; en 1968 —dictadura—, y en 1981 —transición—). Cfr. sobre esta coincidencia —y su explicación, fundada en textos— mi trabajo “El Ministerio Fiscal en la reforma procesal”, *cit.*, nota 72, pp. 66 y ss.

¹⁰⁷ El Grupo Parlamentario Comunista, en 1981, en su enmienda al Proyecto de Ley gubernamental, decía respetar “los principios de unidad y dependencia jerárquica” “por imperativos constitucionales”. Cfr. mi trabajo *op. ult. cit.*, p. 67.

Idea de Alcalá-Zamora y Castillo, en “Lo que debe ser el Ministerio Público” y en *DPP*, con Levene (hijo), I, VIII, § 16, p. 383. O a una junta o comisión *ad hoc* y “sustraída al influjo político” (Alcalá-Zamora y Castillo, con Levene, *op. cit.*, I, VIII, § 16, p. 383).

lítica.¹⁰⁸ Tratándose de un organismo que no debe constituir “un cuarto poder”, lo procedente es que en el mecanismo de nombramiento y de destitución intervengan fuerzas compensadoras y compensadas: del Legislativo, del Judicial, del Ejecutivo. Y lo esencial es que de esa concurrencia de fuerzas, emerja, clara, la independencia personal para el trabajo procesal —independencia, en sentido total, no puede obtenerse hoy día en ninguna situación más o menos ligada con el derecho público; a no ser quizás en algún país de tipo confederado en el que alguna parte de sus empleados públicos no tenga nada que ver con otra— de cada uno de sus miembros. Así, por ejemplo, en Italia la evolución ha conducido, desde la “dirección” del MP por el Ministerio de Justicia, de la redacción originaria del Ordinamento Giudiziario de 30 de enero de 1941 —era fascista— a la subsiguiente, al R.D. ley de 3 de mayo de 1946, “vigilancia del Ministro por la Grazia e Giustizia” sobre el MP¹⁰⁹ —por algún autor se indica que “para mayor claridad en cuanto a la posición del MP” se debería mantener firme solamente la *sorveglianza* de que habla el artículo 13 del R.D. ley citada, del 11 de mayo de 1946—. ¹¹⁰

Quando Italia decidió promulgar un nuevo CPP con un procedimiento en el que una gran parte de la labor instructoria se verificase bajo la dirección del MP,¹¹¹ decidió a la vez, considerar el problema de la autonomía de los miembros del MP que actuasen en el futuro proceso. A tal efecto, la *Legge di Delega Legislativa* al gobierno de 16 de febrero de 1987, comprendía una “previsión de que las funciones de Público Ministerio en audiencia, sean ejercitadas con plena autonomía”.

Y ya en la normativa promulgada el 22 de septiembre de 1988, en el nuevo artículo 53 del CPP, se dice, bajo el epígrafe o título “Autonomía del MP en la audiencia. Casos de sustitución”, que,

1. En la audiencia, el magistrado del MP ejercita sus funciones con plena autonomía.

2. El jefe de la oficina provee a la sustitución del magistrado en los casos de graves impedimentos, de relevantes exigencias del servicio y en los previstos en el artículo 38, 1, a), b), c). En otros casos, el Magistrado solamente puede ser sustituido con su consentimiento.

¹⁰⁸ Cfr. mis “Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *cit.*, cap. IV, *passim*.

¹⁰⁹ Cfr. Vellani, *op. cit.*, II, pp. 8 y ss.

¹¹⁰ *Idem*, pp. 17 y ss.

¹¹¹ Artículo 326 y ss., 53 CPP del 22 de septiembre de 1988; artículo 70 Ordinamento Giudiziario reformado el mismo día. Cfr. el texto, *infra*.

3. Cuando el jefe de la oficina invite el proveer a la sustitución del Magistrado prevista en los casos del artículo 36, 1, a), b), d), e), el Procurador General en la Corte de Casación designa para la audiencia un Magistrado perteneciente a la suya propia.

En correlación con esta reforma, el artículo 70 del Ordinamento Giudiziario quedó redactado así:

En el curso de las audiencias penales, el magistrado designado (son en Italia, magistrados requirentes, por ejemplo, artículo 16 R.D. ley de 11 de mayo de 1946 vigente, reformado el 22 de septiembre de 1988), desarrolla las funciones del Ministerio Público con plena autonomía y sólo puede ser sustituido en los casos previstos en el CPP. El titular de la oficina trasmite al Consejo Superior de la Magistratura copia de la providencia motivada con la que ha dispuesto la sustitución del Magistrado.

Y obsérvese que la garantía de *inamovilidad* relativa a cada caso, impide que un superior administrativo normal —el jefe de la oficina, por ejemplo— pueda relevar a un subordinado —disciplinariamente— suyo por no obedecer éste a una orden o consigna que atente contra su autónomo parecer. La unidad del MF se relativiza.¹¹² Ese Ministerio Público ha salido de la *normalidad* administrativa en cuanto a la jerarquización de sus funciones; y se aproxima al independiente juez. La escisión de su personalidad, esté o no en audiencia penal, se difumina (aunque no desaparece).

Así, este procedimiento, paradójicamente, deviene un tanto acusatorio, aunque bajo un sistema acusatorio puro, el Ministerio Público no existió.

Si la normativa nueva de Italia esclarece el panorama de la intervención del MF en el proceso penal como instructor o interviniente efectivo en la misma, hay que anotar su *ascenso* a la categoría de constitucional, en la nueva Constitución Federal del Brasil de 5 de octubre de 1988.

Sus artículos 127 y ss. —“Do Ministério Público”— se hallan incluidos en el capítulo IV (“Das funções essenciais a justiça”), del título IV de la carta fundamental (“Título IV. “Da organização dos poderes”).¹¹³

¹¹² Tal y como en general, Clariá veía para la República argentina. *Cfr. Tratado...*, II, pp. 527 y 281.

¹¹³ Es de notar la excelente, clara sistemática de la nueva Constitución del Brasil de 5 de octubre de 1988. Así, en el título IV, hay tres capítulos, uno para cada

[Y es de anotar que con separación de la regulación del Ministerio Público, se halla la de la "advogacia ceral da união". Después aludiremos a este problema, brillantemente resuelto ya en esta Constitución brasileña; y no resuelto en España por triunfo de la rutina, de tradiciones mal entendidas; por falta de interés, o por ignorancia.]

Estimamos que vale la pena de reproducir el articulado brasileño sobre el Ministerio Público, en lo que atañe a su autonomía.

Artículo 127. El Ministerio Público es una institución esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles.

1. Son principios institucionales del Ministerio Público la unidad, la indivisibilidad y la independencia funcional.

2. Al Ministerio Público le está asegurada la autonomía funcional y administrativa, pudiendo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 169, proponer al Poder Legislativo la creación y extinción de sus cargos y servicios auxiliares, proveyéndolos por concurso público de pruebas y títulos; ¹¹⁴ la ley dispondrá sobre su organización y funcionamiento.

3. El Ministerio Público elaborará su propuesta de organización dentro de la ley de directrices organizativas.

[Se ha terminado en este papel, la trágica incongruencia de los principios de legalidad e imparcialidad con los de unidad de actuación y dependencia jerárquica bajo un superior elegido políticamente; sistema (?) incongruente aún en vigor en España y en no pocos países más (artículos 125 de la Constitución de 1978, y 2º del Est. MF —Ley Orgánica— de 30 de diciembre de 1981).]

Veamos el apoyo de tal separación, con respecto al Ejecutivo.

Artículo 128. El Ministerio Público abarca:

I. El Ministerio Público de la Unión, que comprende:

uno de los clásicos poderes; y un cuarto dedicado a «Las funciones esenciales de la justicia», al Ministerio Público, a la abogacía general de la Unión y la abogacía y defensa públicas. Y recordemos aquí a la abogacía del Estado española. Que en ella pudo estar la solución de muchos de los tremendos problemas que aquejan al prototipo Ministerio Fiscal. *Cfr.* mi trabajo "La reorganización", § VII, pp. 502 y ss. y la bibliografía citada. La idea de este aprovechamiento de la abogacía del Estado, corresponde a Alcalá-Zamora, "Lo que debe ser..."

¹¹⁴ Se trata de "justicia técnica". Lo que no entiendo es si es el mismo MP el que organiza los concursos, o es otra entidad estatal superior.

- a) El Ministerio Público Federal.
- b) El Ministerio Público de Trabajo.
- c) El Ministerio Público Militar.
- d) El Ministerio Público del Distrito Federal y Territorios.

II. Los Ministerios Públicos de los estados.

1. El Ministerio Público de la Unión tiene por jefe al procurador general de la República nombrado por el presidente de la República entre integrantes de la carrera, mayores de treinta y cinco años, después de la aprobación de su nombre por la mayoría absoluta de los miembros del Senado federal, con mandato por dos años, con reconducción admitida[. . .]

3. Los Ministerios Públicos de los estados, del Distrito Federal y de los territorios, formarán una terna de entre los integrantes de la carrera, en la forma prevista por la respectiva ley, para el nombramiento de su procurador general, el cual será nombrado por el jefe del Poder Ejecutivo, con mandato por dos años, con reconducción admitida.

4. Los procuradores generales de los estados, del Distrito Federal y de los territorios, podrán ser destituidos por deliberación de la mayoría absoluta del Poder Legislativo, en la forma que prevea la ley complementaria respectiva.

5. Leyes complementarias de la unión y de los estados, cuya iniciativa está facultada a los respectivos procuradores generales, establecerán la organización, atribuciones y estatuto de cada Ministerio Público, observadas, con relación a sus miembros.

I. Las siguientes garantías:

a) Carácter vitalicio, después de dos años de ejercicio, no pudiendo perder el cargo sino por sentencia judicial con efectos de cosa juzgada;

b) Inamovilidad, salvo por motivo de interés público, mediante decisión del órgano colegiado competente del Ministerio Público, por los votos de dos tercios de sus miembros, y asegurada amplia defensa;

c) La irreductibilidad del sueldo, observándose en cuanto a tal remuneración, lo que disponen los artículos 37, XI; 150, II; 153, III, y 153, § 2,1;¹¹⁵

II. Las siguientes prohibiciones:

a) Recibir, por cualquier título y bajo cualquier pretexto, honorarios, comisiones o costas procesales;

b) Ejercer la abogacía;

¹¹⁵ Se trata de normas sobre límites de los sueldos; el MP está así asimilado a Alto Cargo de la Federación y de los Estados y de otras garantías económicas.

- c) Participar en sociedad comercial, en la forma de la ley;
- d) Ejercer, aunque se halle en disponibilidad, cualquier otra función pública, salvo la de docencia;
- e) Ejercer actividad política partidista, salvo las excepciones previstas en la ley.

La figura del MP en sus miembros queda garantizada en cuanto a esa autonomía que se predica como fundamental de ella.

Es notable que la autoridad que elige —el jefe del Poder Ejecutivo, el presidente de la República— haya de sujetarse a dos limitaciones de gran importancia: la de requerir una mayoría absoluta del Senado federal y la de acudir, para nombrar al procurador general de la República, jefe del MP, a los miembros de la misma carrera del MP. Y la segunda restricción también juega para el nombramiento de los MP de los estados, Distrito Federal y territorios.

La “carrera fiscal” o del MP, así pues, triunfa: se somete a pruebas de elección por el Poder Legislativo en parte —Senado, y por fuerte *quorum*— y por el Ejecutivo en su jefatura —el presidente de la República, a su vez elegidos por el pueblo—; pero torna triunfante. Se debe obtener así una profesionalidad completa del cuerpo y el que su jefe vea compensado sus estímulos políticos por los técnicos, de sus quehaceres de tal tipo. Y las garantías en cuanto a la destitución, son también fuertes: mayorías absolutas en el Senado o Poder Legislativo estatal —salvo el PGR, que tiene mandato temporal y expresamente limitado, si bien es renovable—.

De otras garantías que la Constitución expresa pero que reserva a las leyes de desarrollo, es preeminente la de la *inamovilidad*. No es el lugar de entrar aquí a examinar la posible amplitud de esta norma constitucional; mas todo parece indicar que así, el miembro del MP no podrá ser sustituido del conocimiento de un asunto, caprichosa o malévolamente. El riesgo de las “instrucciones” excesivas, queda así conjurado.

Llama la atención la extensión con que la carta brasileña regula esta figura del Ministerio Público. Bien es verdad que la tónica general de la Constitución de 1988, es la de la minuciosidad.

Es verdad —aunque las comparaciones aquí son imposibles o casi— que el Brasil, país de tradición federalista, no se hallaba ni se halla en una “transición” política tan compleja como la española. Pero no cabe tampoco echar la culpa de graves errores a la Constitución espa-

ñola —por ejemplo, en cuanto al MF, sujeto al Ejecutivo,¹¹⁶ nombrado el FGE y destituido por el gobierno— a esta calidad transactiva; se halla mejor en los legisladores ulteriores. Y no había necesidad, verbigracia, de incluir como principio constitucional, el de la publicidad general o el de oralidad. Y menos aún de cometer errores al declarar, por ejemplo, el derecho a no confesarse culpables (artículo 24-2) cuando la confesión no existe en lo criminal, al menos desde la LECRIM de 1882, aún en vigor.

Este Ministerio Público, así concebido, tiene (artículo 129), las siguientes “funciones institucionales”:

I. Promover, principalmente, la acción penal pública, en la forma prevista por la ley;

II. Cuidar celosamente del efectivo respeto de los poderes públicos y de los servicios de trascendencia pública a los derechos asegurados en esta Constitución, promoviendo las medidas necesarias para su garantía;

III. Promover la investigación civil y la acción civil pública para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos;

IV. Promover la acción de inconstitucionalidad o representación, a fines de la intervención de la unión y de los estados, en los casos previstos en la Constitución;

V. Defender judicialmente los derechos e intereses de las poblaciones indígenas;

VI. Expedir notificaciones en los procedimientos administrativos de su competencia, practicando informaciones y documentos para instruirlos, en la forma de la ley complementaria respectiva;

VII. Ejercer el control externo de la actividad policial, en la forma de la ley complementaria al respecto;

VIII. Practicar diligencias de investigación y la formación de testados policiales, indicando el fundamento de sus manifestaciones procesales;

IX. Ejercer otras funciones que le fueren confiadas, que fueren compatibles con su finalidad, estándole prohibida la representación judicial y la consulta jurídica de entidades públicas.

¹¹⁶ Cfr. mi trabajo “El Ministerio Fiscal en la reforma procesal”, *cit.*, *passim*; y demuestra especialmente esta sujeción del MF por su cabeza, por el FGE, al ministro de Justicia, el hecho de que, si se pide que se abstenga de actuar por posible parcialidad —un sucedáneo de la recusación— y no lo hiciera, “resolverá el ministro de Justicia”, sin recurso alguno (artículo 28, Estatuto (Ley) del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981).

1. La legitimación del Ministerio Público para las acciones civiles previstas en este artículo no impide la de terceros, en las mismas hipótesis, según lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.

2. Las funciones del Ministerio Público sólo pueden ser ejercitadas por miembros de la carrera, que deberán residir en la comarca afectada.

3. El ingreso en la carrera se hace mediante concurso público de pruebas y títulos, con participación asegurada de la Orden dos Advogados do Brasil en su realización, y observando el orden de clasificación en los nombramientos.

4. Se aplica al Ministerio Público en lo que le afecte, lo dispuesto en el artículo 93, II y VI.¹¹⁷

Artículo 130. A los miembros del Ministerio Público en los Tribunales de Cuentas, se aplican las disposiciones de esta sección referentes a derechos, prohibiciones y forma de investidura.

Si las normas constitucionales sobre el *status* del MP en cuanto al Ejecutivo son muy claras, no menos lo son éstas sobre sus facultades.

Y recuérdese, en cuanto a las primeras, que, en la situación actual, el MP argentino es nombrado por el jefe del Estado con acuerdo del Senado, el procurador general de la República —que es miembro integrante de la Corte Suprema—, los procuradores fiscales de Cámara —lo mismo en cuanto a garantías—, y los procuradores fiscales y agentes fiscales, nombrados y removidos por el Ejecutivo. Los primeros se hallan en la esfera judicial y son inamovibles y conservarán sus empleos mientras dure su “buena conducta” como tales jueces (artículo 2º, Ley 1285/58); los últimos no están contemplados

por el decreto ley 1285/58, por lo cual deben regirse por las prescripciones de los artículos 6 de la ley 43 y 124 de la ley 1893. Atento a esta situación, sus funciones están reglamentadas por una serie de decretos de gobierno... tienen pues, completa dependencia del Poder Ejecutivo, quien los nombra y remueve como a cualquier empleado de la administración nacional, anormalidad institucional... La orientación legislativa nacional tiende, sin embargo, a modificar esta deficiente situación; a tal fin sigue la corriente doctrinal de la judicialidad de estos funcionarios para apartarlos de la influencia del Poder Ejecutivo. Sirvan de ejemplo los cuatro proyectos presentados al Congreso de la nación en estos últimos tiempos...¹¹⁸

¹¹⁷ Se refiere al ingreso y jubilación. Se le aplicará el Estatuto de la Magistratura al que se refiere este artículo.

¹¹⁸ Cfr. sobre este delicado tema, Maier, *Síntesis...*, III, pp. 26 y ss.; Caballero,

El Proyecto de que tratamos progresa, pues, pero a nuestro entender, no lo suficiente.

Tornando a la Constitución brasileña de 1988 —aunque no es nuestra intención tratar aquí, en digresión, del MF en Brasil, tarea por demás importante—, esta ley es extremada en el tratamiento de las facultades de los miembros del MP; claridad y precisión. No admite la acción popular a que los españoles estamos habituados y que resulta un *acelerador* del proceso penal ante la inercia del Fiscal.¹¹⁹ Pero sí la admite como “acción civil pública” en materia de medio ambiente y de otros intereses difusos;¹²⁰ con su amplitud en su Regla VIII del 129, le abre la instrucción del procedimiento —ya del tipo “sin juez instructor”—; la “noción popular” —ya aplicable en materia de defensa del ambiente, ley de 24 de junio de 1985— la hallamos facilitada so capa de “ampliaciones de la legitimación del MP” (129, IX, § 1). Incluso se expone el plan de reclutamiento, fijando la *publicidad* —fundamental, para evitar que esas “pruebas” puedan devenir “confesiones laicas” avocadas al engaño o al fraude—.¹²¹

En los dos Proyectos que se examinan, si bien la elección de los altos cargos del MP queda clara —como la de los actuales en la Argentina: por el jefe del Estado “con acuerdo del Senado nacional” (artículos 81 y 85)—, no queda tan clara cuando se trata de los inferiores —fisca-

en “Reunión de la Comisión de Legislación penal del 8 de marzo de 1988” (*Sintesis...*, III, pp. 41 y ss. y en “Algunas reflexiones”, *Sintesis...*, III, pp. 55 y ss.).

El texto citado arriba es de Clariá Olmedo, *Tratado...*, II, § 530, pp. 288 y ss.

¹¹⁹ Cfr. mi trabajo “El proceso como función de satisfacción jurídica”, en *Temas...*, cit., I, esp. pp. 403 y ss.; mis “Comentarios a la LOPJ”, pp. 40 y ss.; mi “Doctrina general del derecho procesal”, pp. 77 y ss., 293 y ss. Y recuérdese la frase de Alimena sobre la inercia del MP.

¹²⁰ Cfr. la extensión de las “acciones colectivas” en Brasil, para la defensa del ambiente y de los consumidores; la Ley núm. 7347, de 24 de julio de 1985, estudiada por Ada Pellegrini-Grinover, “Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores”, *RDP*, 1988, I, pp. 705 y ss.

Anótase que el artículo 129, IX, § 1, admite la acción popular, lo que interesa de sobremanera a los españoles, ya que también se halla en la Constitución, artículo 125 (precedida por la LECRIM de 1882, artículos 101 y ss., siempre en vigor) aunque no se ha hecho mucha cosa por el desarrollo de este texto constitucional. Alcalá-Zamora y Castillo se ha referido a estas “confesiones laicas” en varias de sus obras.

Pero también se podrían comprender bajo este nombre, los intentos de mantener o de resucitar la fuerza del “juramento” probatorio como prueba laicizada, aún no evitando naturalmente, su origen religioso. Cfr. esta tendencia, por ejemplo, en Provinciali, “Riflessioni critiche sulla natura giuridica del giuramento decisorio”. *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padua, CEDAM, 1967, pp. 3 y ss. (separata).

les adjuntos, agentes y auxiliares fiscales—: sí, por el PGN, pero “conforme a las reglas establecidas para la carrera” (artículos 87 y 89). Carrera por establecer. Y de ahí depende la autonomía de los fiscales de la que Maier trata, concentrando las “instrucciones” del Ejecutivo sobre el PGN; mas, a nuestro entender, sin fijar demasiado su atención en los “lados de la pirámide”.¹²² Y es problema crucial. En especial tras adoptar como base el principio *la plume est serve, la parole est libre*,¹²³ no llega a la conclusión a que se ha llegado en Francia, esto es, a la de la posibilidad del MP actuante en juicio, de desobedecer en aquel momento órdenes de su superior. No se debe hacer caso de escollos opuestos por los favorables a que los MP sigan en ese *statu quo* de dependencia del Ejecutivo, en el sentido de hablar de “viejo argumento” —el que aquí se ha expuesto— cuando son incapaces de rebatirlo para un sistema democrático de cosas. Esto no es raro en España actualmente.

Estimamos del caso reproducir —haciéndolos nuestros— unos conceptos del profesor Clariá Olmedo, pionero de la obra de uniformación procesal en que trabajamos.

El acusador público debe estar en un todo independizado de su función para evitar que los criterios políticos puedan incidir de alguna manera en perjuicio de la recta administración de justicia; maxime si se tiene en cuenta la vigencia del principio de legalidad que rechaza todo criterio de oportunidad ¹²⁴ tan propenso a ser utilizado por el Poder Ejecutivo.¹²⁵ No exageramos sin embargo, el argumento, hasta el extremo de concluir que la dependencia del Ejecutivo significa el sometimiento de los funcionarios al Ministerio Fiscal a la voluntad discrecional propia del poder administrador principalmente en su tarea de gobierno. La ley puede y debe reglamentar las funciones de los órganos, imponiendo en cumplimiento de la función. Lo importante es evitar que esa función pueda ser menoscabada, y

¹²² Esto es, en las no sencillas directrices sobre los agentes fiscales ordinarios —admitáseme la palabra— en un Estado federal. Si se hallan ligados por relaciones de “Unidad” (artículo 104 de la LOJPMP) y de “Subordinación jerárquica” (artículo 105), su “Obediencia”, aún limitada por el brocárdico francés “*La plume est serve, la parole est libre*”, lleva a esa famosa “disociación de la personalidad”, tan grave.

¹²³ Cfr. *supra*, sobre el origen de este brocárdico, que nada tiene que ver con su aplicación actual.

¹²⁴ No lo rechazan los Proyectos, ni del CPPN ni del CPPM. Aparece en su artículo 230.

¹²⁵ Cfr. Clariá Olmedo, *Tratado...*, II, § 529, pp. 285 y ss.

con ello torcidos los imperativos legales, como consecuencia de órdenes, pedidos o recomendaciones no ajustadas a los criterios de la ley. Si el Ministerio Fiscal es un órgano de justicia, el ejercicio de sus poderes legales debe estar garantizado con todos los recaudos propios de una función de esta jerarquía. En esto ha de radicar su prestigio y la confianza de los ciudadanos en los funcionarios.¹²⁶

Y véase lo que hemos escrito recientemente sobre el MF español y su intervención en un proceso nuevo —no moderno— a nuestro juicio muy defectuoso:¹²⁷

... Naturalmente, un fiscal independiente del Ejecutivo [y del Legislativo: si éste quiere operar sobre el tal MF, que dicte leyes y nada más] podría ser el instructor, el investigador, en causas penales, *siempre que se le dotase de atribuciones propias de la jurisdicción*. Más un fiscal, del que, simplemente se pueda sospechar, con base en sus dependencias legales, que puede ser influido u ordenado por sus superiores y a través de éstos —o directamente— por el Ejecutivo, no. Lo dije y lo reitero.¹²⁸

Cosa diferente de lo que ocurre con el MF, que estimamos debe ser autónomo con respecto a los poderes estatales clásicos, y subordinado sólo a la ley,¹²⁹ debe producirse con los abogados del Estado. Cuerpo de letrados —en España, muy distinguido— de auxilio al Ejecutivo en su ejercicio, aunque no se mueva en los límites de la justicia sino en los de la “oportunidad” (I). Aquí sí que es lógico el que se hallen jerar-

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ El del “juicio penal abreviado” de la ley de 28 de diciembre de 1988, penetrado en el texto de la LECRIM, artículos 779 y ss.

¹²⁸ Cfr. mi trabajo “El MF en la reforma procesal de 1988”, *cit.*, II, p. 68.

Naturalmente, lo que ocurriría entonces, es que habríamos trasmutado al Fiscal en juez...

En un Estado democrático de división de los poderes estatales y en el que se desee conservar el equilibrio entre éstos, no se explica que algunos hablen de “viejo argumento” con respecto al que acabo de exponer, a falta de poder rebatirlo válidamente.

Ya lo había dicho en mis trabajos sobre el Ministerio Fiscal de los años 60 y 70 —*cfr. supra*— y ahora lo he reiterado.

¹²⁹ Y a normas inferiores que se hallen de acuerdo con las leyes, naturalmente. Pero ha de cuidar con los reglamentos, vehículo en ocasiones para intentar hurlar o incluso derogar leyes so pretexto —o sin pretexto— de “desarrollarlas”. Cfr. la sentencia del TC de 29 de julio de 1986 (núm. 103/1986), sobre el desarrollo de la LOPJ por el gobierno.

quizados y a las órdenes de los responsables políticos de los diversos departamentos del Ejecutivo. Este cuerpo, creado en España a fines del siglo XIX, cuando se habían ya descubierto los graves defectos del tipo francés de Ministerio Público, pudo constituir, bien desarrollado, la solución de los problemas que al primero aquejan, derivados de la heterogeneidad de sus cometidos.¹³⁰ Pero no se aprovechó tal oportunidad.¹³¹ Y aún sería tiempo de volver atrás. Pero conste que esta distribución de funciones entre dos cuerpos, entidades y personas, resolvería muchos problemas.

Queda por echar una ojeada al panorama de Argentina —de sus juristas-políticos— ante el PCPPN —y por lo tanto, aunque no se trate directamente del mismo, ante el PCPPM—.

Los razonamientos, la argumentación ante la versión de la instrucción del PCPPN —con el papel preponderante del fiscal— es, naturalmente, variada.

Hay que tener en cuenta que, con escaso lapso de tiempo intermedio, han aparecido allí dos proyectos oficiales. El presentado por los senadores Martiarena y Benítez, peronistas ambos, al Senado, sobre la base del Proyecto del profesor Levene (hijo), en 1985, y el de los profesores Maier, Cosacof y Binder, con algunos colaboradores más —pero con papel predominante de Maier— presentado por el Poder Ejecutivo en 1987. Por lo tanto, las sesiones del “Proyecto Maier” por la Comisión de Legislación Penal, se han visto atraídas también por el otro “Proyecto” que el senador Martiarena se encargó de recordar.¹³²

Y en el “Proyecto Levene”, la instrucción es judicial. . .

Así, por ejemplo, el mismo Levene, entre otros argumentos en contra, alega y protesta frente a ese transvase de la función jurisdiccional, inconstitucional —argumento claro, que “se veía venir”—.¹³³ Para

¹³⁰ Cfr. sobre los abogados españoles del Estado, Alcalá-Zamora y Castillo, “Lo que debe ser el Ministerio Público”, *cit.*, pp. 5 y ss. “Aciertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico”, *Estudios...*, *cit.*, II, esp. §§ 29 y ss., pp. 446 y ss.

Y mis trabajos “El MF en la reforma procesal”, y “Reorganización del MF”, *cit.*

¹³¹ Cfr. mi trabajo “Reorganización”, pp. 503 y ss. Y ya dije que inopinadamente, el Grupo Parlamentario Comunista, con ocasión de elaborarse el Estatuto del MF, presentó una enmienda que adoptaba las ideas de Alcalá-Zamora y más sobre este punto.

¹³² Cfr. la intervención de este senador en la “Reunión convocada por el señor senador de la Nación, doctor Fernando de la Rúa, celebrada el 11 de noviembre de 1987”, *Síntesis...*, II, pp. 62 y ss.

¹³³ Cfr. Levene, tercera intervención en la Reunión de la Comisión de Legislación penal del 21 de octubre de 1987, *Síntesis...*, II, pp. 30 y ss.

Casanovas, tal instrucción va contra el principio de tripartición de los poderes estatales —alude al interrogatorio del “imputado” por el fiscal, artículos 246 y ss.—.¹³⁴ Hortel, tenía dudas sobre las dependencias del MP (. . . necesitamos saber concretamente si el Ministerio Público Fiscal al igual que la policía, va a responder a las instrucciones del Poder Ejecutivo, o dicho Ministerio va a formar parte del Poder Judicial”).¹³⁵ Varios intervinientes —entre ellos, el mismo doctor Maier— se refirieron a la congestión de procesos en los tribunales, lo que obliga a “seleccionar” algunos para juzgarlos¹³⁶ (los demás pueden quedar sin juzgar, y se pone en libertad al sujeto pasivo): problema que puede suponer una tentación para marchar —lo mismo que ocurre en España— por los caminos de *plea bargaining*, ya que es tal “congestión” su mayor concausa.¹³⁷ El alabado sistema del *trial* no puede ponerse en práctica pese a los formidables medios de la justicia en los Estados Unidos de América, y se ha de prescindir de toda una serie de los derechos plasmados en su Constitución.¹³⁸

En favor de la instrucción dirigida por el fiscal, se produjeron el secretario de Justicia, Paixão, De Cafferata —siempre que el Fiscal fuera de tipo “judicial”—.¹³⁹

Para D’Albora —y compartimos su posición en este punto— la instrucción del PCPPN (y la del PCPPM, naturalmente) es, a su vez, “compartida” por el juez y el fiscal (ahora bien, no participamos de su opinión de ser los “actos de pesquisa” —“de mera verificación material o constatación”—¹⁴⁰ en el proceso, tareas administrativas. En sí, pueden serlo; mas deben hallarse dentro de las instituciones. Y la

¹³⁴ Cfr. Casanovas, “Reunión. . .”, del 21 de octubre de 1987, *Síntesis. . .*, II, p. 34.

¹³⁵ Cfr. Hortel, “Reunión. . .”, *últ. cit.*, *Síntesis. . .*, II, pp. 31 y ss.

¹³⁶ Cfr. Maier, “Reunión. . .”, de 23 de febrero de 1988, *Síntesis. . .*, III, pp. 12 y ss.; De la Rúa, Sesión del 11 de noviembre de 1987, *Síntesis. . .*, II, p. 66.

¹³⁷ Cfr., por ejemplo, Milton Heumann, *Plea bargaining. The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys*, Chicago, The University of Chicago Press, 1978, *passim*; K.W. Lidstone, “Human Rights in the English Criminal Trial”, en John A. Andrews, *Human Rights in Criminal Procedure (A Comparative Study)*, La Haya, Martinus Nijhoff, pp. 83 y ss.

¹³⁸ Cfr. Jeff Brown, “Meriti e limiti del patteggiamento”, en Amodio-Cherif Basiouni, *Il processo penale negli Stati Uniti d’America*, pp. 131 y ss.; Richard M. Daley, “El *Plea bargaining*: uno strumento di giustizia senza dibattito”, *idem*, pp. 151 y ss.

¹³⁹ Cfr. Paixão, Secretario de Justicia, en Reunión del 14 de octubre de 1987, *Síntesis. . .*, II, pp. 19 y ss.; De Cafferata Nores, Reunión del 2 de diciembre de 1987, *Síntesis. . .*, II, pp. 83 y ss.

¹⁴⁰ Cfr. D’Albora, Reunión del 11 de noviembre de 1987, *Síntesis. . .*, p. 72.

administración se ingiere muchas veces en el terreno jurisdiccional en esta materia).¹⁴¹

El hecho de “hacer compartir” la instrucción al juez y al fiscal —atribuyendo al primero lógicamente, la adopción de las medidas cautelares (no de todas: *hic latet lepus*), motivó una crítica del presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Caballero; crítica de organización del tejido procedimental, que puede tener grave influencia.

Quien haya reflexionado sobre la realidad judicial desde la posición de un juez de instrucción, tanto en la capital federal como en el resto del país, podrá suponer válidamente la ineficacia final de un sistema donde el juez actúa como contralor de la instrucción y se ve obligado por ello a un trabajo de intervención necesaria en las pruebas más importantes y en las indagatorias comunes en medio de un ir y venir de órdenes y contralores de requerimientos de detención, arrestos, aprehensiones, secuestros, allanamientos, multiplicando al infinito el número de empleados y secretarios de los juzgados y fiscalías que deberán tomar participación y registrar en sus libros por pertenecer a oficinas diferentes y sobre todo abriendo la posibilidad de la difusión indebida de los secretos necesarios en toda investigación. Con ello se aumentarán las dificultades actuales, se perderá la unidad en el secreto sumarial¹⁴² y se reducirá a la impotencia a los verdaderos investigadores frente a una delincuencia más audaz y cada vez más organizada con sentido de empresa que aspira a corromper a los empleados inferiores.¹⁴³

Pero al parecer, el profesor Maier y sus compañeros han preparado —amén de un sustancial incremento del personal del MP, naturalmente—¹⁴⁴ todo un gran plan de auxilio por informática, de millones de dólares.¹⁴⁵ Aplaudimos este gesto progresista, y deseamos fervientemente constituya un gran aliado en la lucha contra la criminalidad. Mas no estimamos deba constituirse en la *ultima ratio legis* la robotización del proceso. Para ello, huelga pensar o discutir sobre si el *robot* es “de origen judicial o fiscal”.

¹⁴¹ *Idem*, pp. 72 y ss.

¹⁴² *Cfr.* Maier, Reunión del 23 de febrero de 1988, *Sintesis...*, III, pp. 18 y ss.

¹⁴³ *Cfr.* Caballero, “Algunas reflexiones”, *cit.*, *Sintesis...*, III, pp. 62 y ss.

¹⁴⁴ *Cfr.* el secretario de Justicia, doctor Paixão, los doctores Da Rocha, Binder, Reunión de la Comisión de Legislación penal de 14 de octubre de 1987, *esp.* pp. 23 y ss.

¹⁴⁵ Exactamente, 4,000,000 de \$\$. *Cfr.* el Secretario Paixão, reunión, *últ. cit.*, p. 23.

Simultáneamente, la organización del jurado, plena de gravísimos problemas: el primero, el de la tranquilidad nacional tras las graves pruebas sufridas. La organización por escabinos, nos parece mucho más idónea que la de "jurados puros" (?),¹⁴⁶ y así lo hemos demostrado en nuestro país. Pero los mismos inconvenientes que en España, surgirán en Argentina. El entusiasmo, necesario para toda empresa, no sabemos si podrá suplir las dificultades que supone el movilizar cada año una verdadera masa de ciudadanos. Todo nos parece bien en el cumplimiento de la Constitución, aunque esta sea de época en que triunfaba el jurado popular, y esto ha variado, en favor del escabinado.¹⁴⁷ Ahora, las ideas de Rousseau sobre el proceso por jurados, parecen un tanto sobrepasadas.¹⁴⁸

Mas ni podemos entrar a criticar una solución admitida, al parecer, por altas instancias políticas de la República Argentina,¹⁴⁹ ni desanimar a los entusiastas proyectistas.¹⁵⁰

VI. LA INculpACIÓN PROVISIONAL FORMAL (EL PROCESAMIENTO)

Dejando este terreno de lo orgánico y pasando al procesal en los dos Proyectos —son iguales— apreciamos algún defecto que convendría corregir.

¹⁴⁶ Cfr. mis trabajos "La participación de los ciudadanos en la administración de justicia: los tribunales de jurados y de escabinos", *Estudios...*, *cit.*, pp. 109 y ss.; "El Jurado" y "El Jurado. Algunos problemas sobre el mismo", en el III, vol. de mis *Estudios...*, *cit.* pp. 107 a 297, y la bibliografía allí citada.

¹⁴⁷ Cfr. mis trabajos *cit.* Por encargo del Ministerio de Justicia, preparé un borrador de Anteproyecto de Ley sobre el Jurado, impuesto por el artículo 125 de la Constitución. Aclarado que ésta no prohibía los escabinatos —la fórmula que yo propongo— sin embargo, debía hacer tal borrador para "jurado puro". Así lo hice, más sobre la base del principio de la posibilidad de que el sujeto pasivo escoja entre ser juzgado por el jurado o bien por los tribunales de jueces técnicos. Me inspiró el derecho inglés. Así reservaba mi pensamiento opuesto al jurado puro, aunque en mi tarea de desarrollarlo puse todo mi esfuerzo.

No sé que ha sido de mi borrador. Hace cuatro años que no tengo ninguna noticia del Ministerio de Justicia.

¹⁴⁸ Véanse argumentos contra el jurado en la actualidad, y razones de su decadencia, en Basile, "Il giudice laico: esperienze straniere", en núm. de *Città & Regione*, Firenze, Sansoni, diciembre de 1979, sobre "Il giudice non professionale", pp. 65 y ss.

¹⁴⁹ Por el señor presidente de la República, doctor Alfonsín. Cfr. Maier, *Sintesis...*, III, pp. 17 y ss. También el PLOJPM es de Maier y Binder.

¹⁵⁰ Tengan la convicción de que, sea cual fuere la suerte prelegislativa de su trabajo, éste "queda"; esto es, su repercusión ha de ser grande.

Ya anteriormente hemos escrito sobre la necesidad de mantener en todo proceso penal¹⁵¹ y en su periodo "preparatorio" del "juicio oral", una inculpación formal dirigida al sujeto pasivo, que prepare su ingreso en el segundo y decisivo periodo. Se trata del auto de procesamiento o de otra actuación que lo sustituya.¹⁵²

Se prescinde aquí de citar la copiosa bibliografía española sobre el auto de procesamiento y su necesidad o no.¹⁵³ En la Argentina, existe y los profesores Clariá Olmedo y Vélez Mariconde lo estudian como necesario (salvo en los procesos en materia leve, "por citación directa");¹⁵⁴ y lo diferencian, como es lógico, de la resolución de prisión preventiva,¹⁵⁵ con la que puede no coincidir perfectamente.

En efecto, el valor y el fin de ambas figuras es diferente. El procesamiento supone una concretación del proceso frente a determinada persona; aunque sea provisionalmente, precisa, dirige la infracción criminal atribuida, individualiza al supuesto culpable (perfeccionando así la relación jurídica procesal para Vélez; para nosotros, creando una situación jurídica procesal genuina del "imputado"); determina si hay méritos suficientes para abrir la fase de juicio oral (o "debate"); favorece la actividad defensiva de la parte pasiva, la cual puede prepararse ya a recibir la acusación formal; delinea a ésta.¹⁵⁶ Si las posibles "imputaciones" laten, en la instrucción, a lo largo de varias de sus actividades, la misma necesidad de organizar la defensa lleva a exigir que se las formule de manera ordenada, "formal", por medio de una resolución *ad hoc*. Lo contrario significa la posibilidad de "pasar directamente de la comisaría de policía al banquillo de los acusados", lo cual es inadmisibile.

¹⁵¹ Cfr. mis trabajos "Procesamiento, sobreseimiento, acusación", *Temas...*, II, pp. 1369 y ss.; "¿Supresión o sustitución del procesamiento?", *cit.*, *passim*.

¹⁵² Ahora buscan "un momento procesal propicio" al FGE (Cfr. su circular 1/89, V,B),b), "Memoria" de 1988 (publ. 1989) y pp. 472 y ss., y 457 y ss. y varios autores. ¿Para qué haberlo suprimido, pues?

¹⁵³ Cfr. mi trabajo "¿Supresión o suspensión?", *cit.*, *passim*, y la bibliografía citada.

¹⁵⁴ Cfr. Clariá Olmedo, *Tratado...*, IV, §§ 1058 y ss., pp. 351 y ss.; Vélez Mariconde, *DPP*, II, pp. 437 y ss.

¹⁵⁵ Los dos profesores, en sus obras citadas, se extienden sobre el significado del auto de procesamiento, de manera clarísima a su favor. Cfr. Vélez Mariconde, *DPP*, II, pp. 440 y ss.; Clariá, *Tratado...*, IV, § 1063, pp. 361 y ss.

¹⁵⁶ Cfr. Vélez Mariconde, *DPP*, II, p. 440. Lo favorable del auto de procesamiento a la defensa como garantía, se olvida por algunas personas de las que lo aherrajan de la ley. Sencillamente, no lo entienden.

Como el procesamiento indica graves “juicios de valor” sobre la situación de la parte pasiva —que deviene ya *inculpada* y se prepara a sufrir la carga de la acusación, también *formal*— no cabe que sea un MP o figura análoga la que lo haga. Se trata de una actividad jurisdiccional y sólo los jueces pueden hacerlo. No tiene semejanza con la *information* del *public prosecutor* en los Estados Unidos.

El artículo 202 de los dos Proyectos regula la “Prisión preventiva” y dice que “se podrá ordenar la prisión, después de oído el imputado (artículo 41 y ss.), cuando medien los siguientes requisitos: 1) la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe de él (procesamiento); 2) la existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de entorpecimiento).

Si bien el verse obligados los jueces argentinos a adoptar un criterio de la llamada “selección de casos”¹⁵⁷ dada la enorme litigiosidad penal (“seleccionar para descongestionar el sistema”),¹⁵⁸ es lamentable, ello no debe justificar ni el abuso ni el defecto en la medida cautelar de “prisión preventiva”. Y las favorables “medidas sustitutorias”, “alternativas” de aquélla (artículos 209 y ss.; los Proyectos parecen haberse inspirado en el régimen francés),¹⁵⁹ incluso pueden holgar, incluida la caución “carcelaria”. Esto es, las medidas cautelares personales o reales pueden estar de sobra, por no existir el *periculum in mora*. Entonces, ese “procesamiento” tan curioso —entre paréntesis— es invia-

¹⁵⁷ Cfr. sobre este concepto, Maier, Reunión de la Comisión de Legislación penal de 23 de febrero de 1988, *Síntesis...*, III, pp. 12 y ss.

¹⁵⁸ Pretende el autor que este “sistema se puede sustituir por el de la libertad condicional —*probation*, suspensión del curso del proceso *sub conditione*— (*Síntesis...*, *loc. cit.*, p. 13).

¹⁵⁹ En la ley de 17 de julio de 1970, que se halla ya en el CPP, artículos 138 y ss. Desde 1976 estoy yo proponiendo la introducción de estas medidas en España, para sustituir en gran parte a la odiosa de prisión preventiva. Sin resultado. Cfr. mi trabajo “Algunas notas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *RDPriber.*, 1976, pp. 763 y ss. y esp. § 9, pp. 807 y ss. También en mi ponencia general a las VI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Valencia, Venezuela, 1978), “El procedimiento de condena por delitos graves”, § 19. Y últimamente, en mi trabajo “Lagunas de la ley de 28 de diciembre de 1988, de Reforma Procesal en Materia de Medidas Cautelares”, en *Tapia*, diciembre de 1989, pp. 49 y ss., intentando suplir omisiones del legislador en remisión a leyes procesales españolas más avanzadas y progresivas.

ble, no cabe.¹⁶⁰ Y es que “la prisión preventiva” “no comprende todas las situaciones que técnicamente, abarca el auto de procesamiento para fijar la situación procesal”.¹⁶¹

El hecho de que la expresión “procesamiento” aparezca, pero de manera no usual, entre paréntesis (paréntesis en una ley), confunde aún más. El léxico de los dos párrafos del artículo 202: “elementos de convicción suficiente” para ese “procesamiento” (entre paréntesis); “presunción razonable” sobre los peligros de fuga y de entorpecimiento, todo nos lleva a preguntar sobre si esos elementos de convicción no serán los “indicios racionales” del auto de procesamiento español, del artículo 384 de la LECRIM.

Si admitimos que el “procesamiento” ha desaparecido en los proyectos —lo que Levene y Caballero estiman— se ha caído en un error que estimamos grave, dadas las funciones que cumple. Y no vemos que aparezca un sustituto. La prisión preventiva. . . no es siempre necesaria, como se ha dicho. Y cuanto menos, mejor. La caución carcelaria —medida sustitutiva, del artículo 209-7— puede ser también innecesaria.

Si se ha de “sustituir” el auto de procesamiento por otro acto —cuya necesidad no vemos—, ello no aparece en los textos que se examinan. No vaya a incurrirse en el grave error en que *parecen* haber caído los legisladores españoles —y no sería la primera vez, en esta materia—¹⁶² “de suprimir al auto de procesamiento y ponerse a buscar inmediatamente un sustitutivo. . .”¹⁶³

El dejar un vacío en cuanto a la situación jurídico-procesal del sujeto pasivo, desde la iniciación del “proceso” hasta la fase de juicio oral o “debate”, hasta la acusación formal, es grave e inclusive mutila las posibilidades de defensa, así como facilita el que se abran juicios

¹⁶⁰ Como efecto de una supresión indebida en la ley. Y al procesamiento se le ve bien claro en una de las fuentes de Maier. Y su falta en el PCPPN ha sido criticada, naturalmente.

¹⁶¹ *Cfr.*, claramente, Vélez Mariconde, *DPP*, II, pp. 444 y ss. *Cfr.* ahora, Caballero, “Algunas reflexiones”, *Síntesis*. . . , III, p. 62.

¹⁶² En la “Ley del Automóvil” de 24 de diciembre de 1962, se eliminó el auto de procesamiento. Era tan defectuosa, que casi no llegó a estar en vigor —*vacatio* tras *vacatio*—. La Magistratura hubo de “inventar” un “auto de encartamiento” (*sic*) para intentar sustituir al desaparecido procesamiento. *Cfr.* mi “¿Supresión o sustitución?”, pp. 57 y ss.

¹⁶³ Es lo que hacen, por ejemplo, el mismo FGE, en su “circular” 1/89, V, A), c), pp. 457 y ss. de la *Memoria* de 1989; Almagro Nosete, en *El nuevo proceso penal* (en colaboración con Gimeno Sendra, Cortés y Moreno Catena), Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 193 y ss.; Gimeno Sendra, *idem*, pp. 92, y 77 y ss.

orales inútilmente. La acusación (artículo 263) *ex abrupto* (sin que haya habido ni siquiera una "imputación" *formal*) desequilibra el proceso contra la defensa.

VII. "ORALIDAD Y ESCRITURA". ACTAS, PROTOCOLIZACIONES, PRUEBA

La instrucción, en los Proyectos, es "compartida" (D'Albora) pero en ella se atribuye al MP el papel de "director" por el artículo 250. Su trascendencia en cuanto a la recopilación de datos identificadores del "hecho" "con todas las circunstancias de importancia para la ley penal" (esto es, no del simple hecho *real*, sino del *jurídico*), es enorme. Sin tal "instrucción" o preparación, no hay "debate" posible.

El mismo texto da cuenta de toda una serie de actuaciones a realizar en ella.

En ocasiones se fija la protocolización de tales actuaciones —sobre todo, la de las medidas cautelares, citación, prisión, y en general, el artículo 196—; hay otras sobre las que el Proyecto pasa muy rápidamente, sin fijar su forma escrita (así, las del artículo 258 —actos jurisdiccionales: anticipo de prueba—, IV), y otras, en fin a las que se las relaciona pero sin fijar ningún límite o norma de tramitación. Así, el artículo 261: "Facultades del Ministro Público. El MP puede *exigir informaciones de toda persona* y de todos los funcionarios públicos, emplazándolos conforme a las circunstancias del caso, y *practicar por sí o hacer practicar* por funcionarios policiales, *cualquier clase de diligencias.*" Si fuera nada menos que la de "aprehensión" —detención— de personas del citado artículo 261, se fija que constará en "acta" y el contenido mínimo de la misma. Pero nada se dice en concreto de la necesaria protocolización de esa "cualquier clase de diligencias".

Debemos remitirnos, pues, al artículo 254, de la misma "instrucción": "Formalidades. Las diligencias practicadas constarán, *en lo posible*, en una sola acta, con expresión del día en que se las efectúa, y la identificación de las personas que proporcionan información."

Ya sin ir más allá, este párrafo es confuso. En efecto, no se sabe si "es posible" el levantar acta —que debe serlo siempre, sea cual fuere el tipo de "acta"— o bien, si, "siendo posible" tal levantamiento —en los países iberoamericanos se utiliza el bello arcaísmo "labrar el acta"—, se trata de condensar en una sola todo lo "actuado". Parece que sea esto último.

Sigue el artículo 254: "El acta resumirá el resultado fundamental de los actos cumplidos y, con la mayor exactitud posible, describirá las circunstancias de utilidad para la investigación. El acta será firmada por todos los intervinientes y por el funcionario del Ministerio Público que lleve a cabo el procedimiento."

Si el interés de tales diligencias se limitase absurdamente al interior de la "investigación", casi podríamos dar por bueno lo aquí transcrito. Mas resulta —o puede resultar— que, a nuestro entender y visto el tenor del Proyecto, esa "utilidad" no sea la de la mera investigación en sí, sino que se aspira a que lo sean en el "debate" y sentencia, pasando por el acta de acusación.

Y como estamos ya previendo los artículos 300 y 316 sobre aportación y "lectura" de documentos —con fines de elevarlos a la categoría de prueba documental, evidentemente—, hallamos, por ahora, en el 254, una vaguedad con respecto al contenido de esa "acta", que lo hace inadmisibles, so pena de abrir el debate a recursos, incluso ante los tribunales internacionales, por limitaciones indebidas a la defensa (a la que ya se refiere el artículo 114, III).

En efecto, hallamos —además de la confusión sobre "lo posible", que parece decantarse en favor de "una sola acta, si es posible", esto es, en sentido de resumen —esta palabra se utiliza en el párrafo II del artículo citado— que se trata de un "resumen del resultado fundamental de los actos cumplidos". Y nos preguntamos cuál será la extensión de ese "resumen de resultados", y qué es lo "fundamental".

Y cuáles son las "circunstancias de utilidad para la investigación". Ya se ha dicho que ésta no es un fin de sí misma.

El artículo 254 podría entenderse completado en este punto, por el 114:

Cuando uno o varios actos deban ser protocolizados [aquí puede estar la solución del "en lo posible" del artículo 253: se tratará de hacer una sola acta], el funcionario que los practique [el funcionario del MF aludido en el artículo 253] encabezará el acta haciendo constar el lugar, el día, el mes y el año de su realización; la hora constará cuando la ley o las circunstancias lo requieran. Si en el acta constan varios actos sucesivos, llevados a cabo en lugares o fechas distintas, o cuando un único acto se haya suspendido, continuándose en otro lugar o en otra fecha, se harán constar en ellas los lugares y fechas de su continuación (I).

De ahí la necesidad de reproducir (valga la palabra) aquellos materiales de tipo "probatorio" reunidos durante la instrucción. Lo lógico es, en sus respectivos casos: *a*) adelantar la práctica de la prueba (artículo 285, *b*) o bien, si tales elementos eran irreproducibles, suplirlos por la lectura de sus protocolos (artículo 300, incisos 1, 3, 4, 5, 7). [Norma análoga existe en la LECRIM española: la del artículo 730: "Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral."]

La regla general debe ser la de la lectura íntegra de tales actas, protocolos. *Quod non est in actis nec in mundum*, a la inversa: lo que no está en el juicio oral (en el "debate") no se puede tener en cuenta en la sentencia. Y el Proyecto, en este fundamental punto, comete un error a nuestro modesto entender. En efecto, el artículo 316 dice así:

Otros medios de prueba. Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. El tribunal, *excepcionalmente*, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenando su lectura o reproducción parcial...

His latet lepus. Se incorpora al juicio oral (o "debate") y el tribunal puede tenerlo en cuenta en su sentencia, "el contenido esencial" (ya la expresión, abstracta, es susceptible de muchas interpretaciones) pero no "el contenido completo" de los documentos. No sería necesario nada de ello, ya que los documentos están allí, "presentes".

Naturalmente, esta omisión de "lecturas" por las que se sustituye la práctica de las diligencias a que aluden estos documentos, puede lesionar a la acusación o a la defensa. Ya el artículo 114 a.f., alude a ello acertadamente.

Hallamos pues, 1º una investigación dirigida por una autoridad no judicial (aunque se pretenda aproximarla); 2º que las "actas" puedan estar incompletas (artículo 114); 3º que aun estando completas, no se lean totalmente en el juicio oral o debate (artículos 300 y 316). El resultado puede ser desequilibrado para la defensa (pero también para la acusación que no sea la del MF —"acusación civil", partes civiles, aludidas en el mismo artículo 114—).

Esta disminución de la defensa, se hallará prevista incluso en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, artículo 8º, 2, c (Garantías judiciales “concesión al inculgado. . . de los medios adecuados para la preparación de su defensa”). [El TEDH así lo ha hecho, por ejemplo, en su sentencia del caso Barberá, etcétera *vs.* gobierno de España, de 6 de diciembre de 1988 (sentencia número 24/1988/171-173) en caso análogo, al haber admitido el tribunal el maltratado *usus fori* de “dar la prueba documental (*sic*) por reproducida” en el acto del juicio; y ello, con la aquiescencia de los acusados.]

En efecto, en el caso, entre esos documentos puede hallarse alguno en el que conste haberse practicado algún medio de investigación prohibido (verbigracia, la tortura para extraer declaraciones de autoría de los hechos, artículo 148, II), por lo tanto inadmisibles. Y que, en la masa de documentos a leer, “se escape ése”. Ello fue lo ocurrido en el caso Barberá, etcétera *vs.* gobierno de España.¹⁶⁵

Entendemos, pues, que la lectura de documentos que obren en la investigación instructora, nunca debe ser disculpada u omitida. De hacerse así, tales “documentos” no alcanzarán el carácter de probatorios, y por lo tanto, el tribunal no podrá tenerlos en cuenta de ninguna manera en su sentencia. El artículo 316 del Proyecto precisa de una modificación.

De todo lo visto extraigo —ahora debo utilizar aquí la primera persona del singular, a efectos de mi responsabilidad— la impresión de que el proyecto trata de la “instrucción por el MF” con bastante menos minuciosidad que la judicial, o que las actuaciones judiciales. Recuérdese, por ejemplo, que “cuando el acto que se practica debe constar en acta, el tribunal será asistido por un secretario” (artículo 141, I); en tanto que, probablemente dada la diversidad de intervinientes, no se asegura esta garantía del fedatario judicial en la instrucción del MF (artículo 254) y menos en cuanto a “las actas”. Y tales “actas” van a terminar su carrera en los autos del proceso, como probatorias, o al menos, eso desearía la parte que las produce en el “debate” (“la utilidad para la investigación” del artículo 254, II del Proyecto).

¹⁶⁵ Cfr. la sentencia del TEDH en el caso Barberá, etcétera *vs.* gobierno de España, §§ 27, 40, 73. Véase su traducción al español y comentario mío, en la *RDP*r., Madrid, 1989, p. 2.

Deberíase, pues, completar este tratamiento. No se pueden dejar lagunas o espacios dudosos entre normas, cuando se trata de una de las instrucciones, de la más trascendente según el artículo 250.

VIII. EL AUTO DE APERTURA DEL JUICIO ORAL Y LA ACUSACIÓN FORMAL IMPUESTA AL MINISTERIO PÚBLICO POR EL TRIBUNAL

El artículo 274 del Proyecto se refiere al "auto de apertura", *del juicio evidentemente*.

El "procedimiento intermedio" comienza tras "la acusación" del artículo 263 —actuación que se halla bien colocada—¹⁶⁶ o alternativamente, la petición de sobreseimiento (artículos 265 y ss.). En este "auto de apertura", entre otras cuestiones, se habrá de consignar por el tribunal (que es ya el futuro sentenciador).

"La orden de interponer acusación cuando rechace el sobreseimiento (absolución anticipada) o la clausura pedidos por el Ministerio Público, caso en el cual se individualizará al imputado (que es ya acusado, interpolo yo aquí) y determinará el hecho punible según se prevé en el artículo 263."

Y "la modificación con que admite la acusación, indicando detalladamente las circunstancias de hecho omitidas, que deben formar parte de ellas".

"La resolución conforme a los incisos 2 y 3, obligará al Ministerio Público a interponer acusación, según el auto de apertura [acusación formal, interpolo]. Esta acusación será notificada a todos aquellos a quienes se les haya otorgado participación definitiva en el procedimiento."

Hay, pues, órdenes del Tribunal al Ministerio Fiscal, de acusar.

El modelo que se ha adoptado parece ser el del antiguo 208 de la StPO de la República Federal de Alemania,¹⁶⁷ que imponía —el Tribunal del periodo intermedio al MF— la obligación de acusar, contra su parecer de "liberar al sujeto de la persecución".¹⁶⁸

¹⁶⁶ Cfr., por ejemplo, Gómez Orbaneja (con Herce Quemada), *Derecho procesal penal*, 9a. ed., Madrid, Artes Gráficas y Ed., 1981, pp. 231 y ss.

¹⁶⁷ Cfr. Maier, "La ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y consideración con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino", Buenos Aires, Depalma, 1982, II, pp. 179 y ss.

Este § fue derogado al suprimirse la instrucción jurisdiccional. Cfr. *infra*.

¹⁶⁸ Cfr. anteriormente, verbigracia, Von Kries, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Freiburg i. Br., 1982, pp. 517 y ss. (Anterioridad a la Novella Emmenger de 1924).

La solución adoptada en los Proyectos ha sido criticada.¹⁶⁹ Ya ha mucho tiempo, en España, se había visto el inconveniente de obligar al MF a acusar formalmente,¹⁷⁰ y por razones posiblemente metajurídicas que me resultan admirables.

En efecto, el "ordenar al Fiscal que acuse", significa un sucedáneo de la acusación de oficio por el tribunal, lo que sería notoriamente inquisitivo; pero además, y según la "Exposición de motivos" de la LECRIM española —probablemente obra del mismo ministerio de Justicia y gran jurista, don Manuel Alonso Martínez, coautor de dicha ley—, "...Ni son éstos los únicos inconvenientes que acarrea la admisión del acta de acusación de oficio; pues una vez formulada ésta, o se obliga al Ministerio Fiscal a sostenerla contra sus convicciones —*hic sunt leones*—, poniendo en tortura su conciencia, o se le deja en libertad para combatirla..."; combatiendo así, no al acusado, sino a un tribunal inquisitivo.

Maier defiende al antiguo § 208 (abrogado como secuencia de la desaparición de la instrucción preparatoria judicial); así:

La solución es completamente contraria a la prevista por el derecho argentino, pese a la similitud de situaciones. Para éste, terminada la instrucción jurisdiccional, si el Ministerio Público solicita el cierre del procedimiento —sobreseimiento o prórroga extraordinaria— y el juez de instrucción disiente —juez de sentencia en el Cod. Nacional—, decide el funcionario superior del Ministerio Fiscal —fiscal de cámara—, cuya resolución, en sentido de proseguir la persecución, forma la base de la acusación del inferior y, en sentido contrario, obliga al juez a dictar el sobreseimiento o la prórroga extraordinaria en su caso [Córdoba 307; Santiago del Estero, 249; La Rioja, 382; Mendoza, 367; Salta, 367;¹⁷¹ San Juan, 363; La Pampa, 317, II no resuelve el problema]. Según esta solución legislativa, ante el choque del principio *acusatorio* —*ne procedat iudex ex officio*— y el control judicial de la legalidad se ha dado preeminencia a aquél, dejando en definitiva en la misma órbita del Ministerio Público el cumplimiento de este último y evitando a su respecto el control jurisdiccional decisivo sobre la persecución penal. Otra cosa sucede, como simplemente puede verse en el parágrafo, en la legislación ale-

¹⁶⁹ Cfr. D'Albora, en *Síntesis...* (Reunión de la Comisión de Legislación Penal de 11 de noviembre de 1987), II, p. 72.

¹⁷⁰ Cfr. Lowe-Rosenberg-Riess, *Strafprozessordnung*, 14ª ed., Berlín, De Gruyter, 1984, §§ 198a, 212b, p. 158; "Exposición de motivos" de la LECRIM.

¹⁷¹ Cfr. Clariá Olmedo, *Tratado...*, IV, § 1072, pp. 381 y ss.

mana. Si se nos pidiera una opinión y tuviéramos la suerte de contar con un tribunal colegiado y diferenciado del juicio plenario para el procedimiento intermedio —*cámara de acusación*— nos decidiríamos por el sistema alemán, que deja en manos de los organismos jurisdiccionales el control de la persecución penal, evitando de esa manera la actividad decisoria puesta en manos del Ministerio Público; pero la Ordenanza no ha sido consecuente siempre con este principio: § 170, II.¹⁷²

El CPP de Córdoba está citado por Maier, en PCPPN 274; error —tipográfico muy inoportuno—, el que se debe consultar es el 364 y no el 304. Su sentido es el que dicho autor comenta.¹⁷³

Aunque nuestro autor no utiliza el argumento metajurídico de Alonso Martínez —que, sin embargo, subsiste, para los casos en que el agente del MF no sea un autómatas teledirigido, probablemente una mayoría aplastante— el que esgrime, puede ser motejado de inquisitivo, como él mismo reconoce.

Se expuso Maier a una crítica,¹⁷⁴ que vendría por uno de los caminos que su autor —D'Albora— expone —y ambos caminos son españoles—: A) el de la “oferta de acciones” a los perjudicados por el delito (artículos 642 y 643 de la LECRIM),¹⁷⁵ ampliando y valorizando la figura del “querellante adhesivo” argentino (artículo 78), deprimido a ser un coadyuvante; el mismo autor prevé el caso en su artículo 269

¹⁷² Cfr. Maier, “La ordenanza procesal penal alemana”, *cit.*, II, p. 179.

¹⁷³ Cfr., igualmente, el CPP francés, artículo 204, sobre inculpaciones *ex officio*.

¹⁷⁴ Ya no es la de D'Albora *cit.* anteriormente, sino otra del mismo, en *Sintesis...*, II, p. 76.

¹⁷⁵ Estos artículos prevén que, al final de la instrucción —“sumario”— del procedimiento ordinario español, si el fiscal pide el sobreseimiento —no va a acusar—, sea definitivo, sea provisional (absolución o suspensión del proceso) el Tribunal, si “no se hubiere presentado en la causa querellante particular dispuesto a sostener la acusación”, podrá acordar “que se haga saber la pretensión del MF a los interesados en el ejercicio de la acción penal” (esto es, a los ofendidos o perjudicados que se presentaron y a los que “se ofreció la acción penal”, artículo 109 de la LECRIM), para que dentro del término prudencial que se les señale comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno”. Y si “fuere desconocido el paradero de los interesados en el ejercicio de la acción penal” se les llamará por edictos y publicación en los periódicos.

Esto es, a falta de un acusador “oficial”, el Tribunal “busca” a uno particular. Y ello puede y debe extenderse a posibles acusadores populares —ya protegidos por el artículo 125 de la Constitución— por medio de la publicidad adecuada en todas las causas por delito público. Cfr. mi trabajo “Ensayo sobre procesos complejos”, *cit.*, y también mi trabajo “Acción del Fiscal y acción popular”, *Tapia*, Madrid, octubre de 1989.

en las que se ha intentado unir en maridaje elementos autónomos iberoamericanos y centroeuropeos.

El primer cuidado que nos da esta creación, es el de saber si corresponderá, si se hallará en consonancia con el sentimiento jurídico de las poblaciones. Los autores directos —que más o menos hemos colaborado ya unos cuantos desde 1970 hasta ahora— deben sujetarse en no poco a tal sentimiento. ¿Será este futuro Código comprendido por el gran grupo social de los juristas? ¿De los pueblos? No lo sabemos en este momento; sí tenemos indicios —en las discusiones habidas en la Comisión argentina de Legislación Penal, cuyas actas nos han servido de mucho en la preparación de estos modestos renglones— de opiniones diversas; y es lógico. Esta obra es demasiado nueva para no sorprender a bastantes, aunque sus bases europeas —sobre todo las alemanas e italianas y francesas— sean ya añejas. Este es un problema de cada Estado, de cada población o núcleo de poblaciones.

Otro será el de la oportunidad política que se presente en cada país para introducir estos textos; sin que se excluya la posibilidad de una recepción parcial y no total de su normativa. Esta “influencia” —así debe llamarse— del Proyecto, ha de tener una base: la de su prestigio jurídico y social.

Muy sinceramente he de decir —y con agrado— que el “Modelo” que se presente, es merecedor de buena acogida. Otra cosa es que *prima facie* —y permítaseme la expresión— resulte “chocante” para algunos miembros de nuestra honorable profesión. Trátase de que se convenzan de sus ventajas, jueces y abogados.

Y si, en el peor de los casos —que no deseo de ninguna manera se torne realidad—, este “Proyecto”, por ahora, no pasase de tal, en “Proyecto” quedase, como tal haría época. Haría época dichosa y positiva por sus aciertos, de manera análoga a como en los años cuarenta y hasta ahora, la hizo y hace el “Proyecto Couture”.

Tales prestigios, tal *auctoritas*, es raro que quede en los libros; que no acabe por salir de ellos a la realidad de la vida. . .

Víctor FAIRÉN GUILLÉN