

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 un 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”.<sup>88</sup> 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-

<sup>88</sup> 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,<sup>89</sup> según un sistema muy anticuado; <sup>90</sup> aunque pretenda resucitársele en Alemania <sup>91</sup> 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

<sup>89</sup> *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.

<sup>90</sup> 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.

<sup>91</sup> 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—<sup>92</sup> 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).<sup>93</sup>

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

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

<sup>93</sup> *Ibidem*.

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

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.<sup>95</sup> 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.<sup>96</sup>

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*,<sup>97</sup> este sistema ofrece el grave y fundamental inconveniente de inmiscuir al Ejecutivo en una esfera donde nada tiene que hacer. Cierto que de hecho,

<sup>94</sup> 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.

<sup>95</sup> 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.

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

<sup>97</sup> 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.<sup>98</sup> 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 disponga el MP,<sup>99</sup> 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,<sup>100</sup> pero

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

<sup>99</sup> "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).

<sup>100</sup> 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.<sup>101</sup>

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.<sup>102</sup>

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.

<sup>101</sup> *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.*

<sup>102</sup> *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.<sup>103</sup>

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 elector<sup>104</sup> —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—; <sup>105</sup> de un autogobierno “democrático” entre los mismos integrantes del cuerpo —lo que contradice el principio de “unidad”—; <sup>106</sup> se podría tratar de una junta o comisión integrada por senadores y fiscales.<sup>107</sup> 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-

<sup>103</sup> 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.

<sup>104</sup> 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).

<sup>105</sup> Constitución española, artículo 56. Tiene un poder moderador y nada más.

<sup>106</sup> 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.

<sup>107</sup> 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.<sup>108</sup> 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 MP<sup>109</sup> —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—. <sup>110</sup>

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,<sup>111</sup> 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.

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

<sup>109</sup> Cfr. Vellani, *op. cit.*, II, pp. 8 y ss.

<sup>110</sup> *Idem*, pp. 17 y ss.

<sup>111</sup> 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.<sup>112</sup> 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”).<sup>113</sup>

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

<sup>113</sup> 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; <sup>114</sup> 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..."

<sup>114</sup> 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;<sup>115</sup>

### II. Las siguientes prohibiciones:

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

b) Ejercer la abogacía;

<sup>115</sup> 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,<sup>116</sup> 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 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.

<sup>116</sup> 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 hiciere, “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.<sup>117</sup>

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...<sup>118</sup>

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

<sup>118</sup> 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.<sup>119</sup> Pero sí la admite como “acción civil pública” en materia de medio ambiente y de otros intereses difusos;<sup>120</sup> 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—.<sup>121</sup>

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.

<sup>119</sup> 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.

<sup>120</sup> 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.

Anótese 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”.<sup>122</sup> Y es problema crucial. En especial tras adoptar como base el principio *la plume est servée, la parole est libre*,<sup>123</sup> 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 <sup>124</sup> tan propenso a ser utilizado por el Poder Ejecutivo.<sup>125</sup> 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

<sup>122</sup> Esto es, en las no sencillas directrices sobre los agentes fiscales ordinarios —admitásemela 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 servée, la parole est libre”*, lleva a esa famosa “disociación de la personalidad”, tan grave.

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

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

<sup>125</sup> 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.<sup>126</sup>

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:<sup>127</sup>

... 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.<sup>128</sup>

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,<sup>129</sup> 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-

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> 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.

<sup>128</sup> 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.

<sup>129</sup> 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 burlar 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.<sup>130</sup> Pero no se aprovechó tal oportunidad.<sup>131</sup> 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.<sup>132</sup>

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”—.<sup>133</sup> Para

<sup>130</sup> Cfr. sobre los abogados españoles del Estado, Alcalá-Zamora y Castillo, “Lo que debe ser el Ministerio Público”, *cit.*, pp. 5 y ss. “Acieros 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.*

<sup>131</sup> 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.

<sup>132</sup> 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.

<sup>133</sup> 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.—.<sup>134</sup> 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”).<sup>135</sup> 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 juzgarlos<sup>136</sup> (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.<sup>137</sup> 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.<sup>138</sup>

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”—.<sup>139</sup>

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”—<sup>140</sup> en el proceso, tareas administrativas. En sí, pueden serlo; mas deben hallarse dentro de las instituciones. Y la

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

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

<sup>136</sup> 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.

<sup>137</sup> 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.

<sup>138</sup> 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.

<sup>139</sup> 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.

<sup>140</sup> 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).<sup>141</sup>

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 sumarial<sup>142</sup> 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.<sup>143</sup>

Pero al parecer, el profesor Maier y sus compañeros han preparado —amén de un sustancial incremento del personal del MP, naturalmente—<sup>144</sup> todo un gran plan de auxilio por informática, de millones de dólares.<sup>145</sup> 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”.

<sup>141</sup> *Idem*, pp. 72 y ss.

<sup>142</sup> *Cfr.* Maier, Reunión del 23 de febrero de 1988, *Síntesis...*, III, pp. 18 y ss.

<sup>143</sup> *Cfr.* Caballero, “Algunas reflexiones”, *cit.*, *Síntesis...*, III, pp. 62 y ss.

<sup>144</sup> *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.

<sup>145</sup> 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" (?),<sup>146</sup> 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.<sup>147</sup> Ahora, las ideas de Rousseau sobre el proceso por jurados, parecen un tanto sobrepasadas.<sup>148</sup>

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

## 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.

<sup>146</sup> 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.

<sup>147</sup> 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.

<sup>148</sup> 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.

<sup>149</sup> 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.

<sup>150</sup> 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 penal<sup>151</sup> 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.<sup>152</sup>

Se prescinde aquí de citar la copiosa bibliografía española sobre el auto de procesamiento y su necesidad o no.<sup>153</sup> 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");<sup>154</sup> y lo diferencian, como es lógico, de la resolución de prisión preventiva,<sup>155</sup> 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.<sup>156</sup> 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 inadmisibles.

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

<sup>152</sup> 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?

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

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

<sup>155</sup> 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.

<sup>156</sup> 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”<sup>157</sup> dada la enorme litigiosidad penal (“seleccionar para descongestionar el sistema”),<sup>158</sup> 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),<sup>159</sup> 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-

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

<sup>158</sup> 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).

<sup>159</sup> 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.<sup>160</sup> Y es que “la prisión preventiva” “no comprende todas las situaciones que técnicamente, abarca el auto de procesamiento para fijar la situación procesal”.<sup>161</sup>

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—<sup>162</sup> “de suprimir al auto de procesamiento y ponerse a buscar inmediatamente un sustitutivo. . .”<sup>163</sup>

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

<sup>160</sup> 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.

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

<sup>162</sup> 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.

<sup>163</sup> 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).

“En el acta deberá constar el cumplimiento de las disposiciones especiales previstas para los actos particulares” [las de las diligencias “cualesquiera” del artículo 261] (III).

Salvo disposición específica [y se están acercando los artículos 300 y 316], la omisión de estas formalidades sólo privará de efectos al acta, o tornará invalorable su contenido, cuando ellas no puedan ser suplidas con certeza sobre la base de otros elementos del mismo acto o de otros actos conexos, o no puedan ser reproducidas con posterioridad y siempre que provoquen un agravio específico e insubsanable a la defensa del imputado —*hic sunt leones*— o de las partes civiles (V).

De este texto, bastante minucioso, sólo se puede extraer, a efecto de intentar completar el amplísimo 254, la idea de la posibilidad de que “el contenido de tal acta” —del artículo 254— sea irreproducibile, o no pueda ser suplido sobre la base de otros elementos del mismo acto o de otros actos conexos, sino también y además la idea del peligro que la incompleción representará para la defensa del “imputado”, durante el debate (“juicio oral”).

Es regla genérica de los sistemas mixtos y que constituye la evitación de lo inquisitivo que supondría el admitir como pruebas lo reunido durante el sumario o instrucción judiciales, el que todos los materiales de tal índole [y en el Proyecto se debería evitar algún artículo, como el 256, en el que se habla indiscriminadamente de “medios de prueba en cualquier momento del procedimiento”, que lleva a confusiones], para ser elevados a prueba, sean presentados en el juicio oral o “debate”, bajo el principio de contradicción, de tal modo que el Tribunal sólo pueda tener en cuenta para dictar la sentencia, lo ocurrido en dicho momento procesal.<sup>164</sup> Y si ello ocurre en los “sistemas mixtos”, más debe ocurrir en los “acusatorios” como el que se comenta y que campea bajo tal calificación (“Exposición de motivos”, IV, 1), en los que esa instrucción, es administrativa en gran parte, como dirigida por una autoridad administrativa: el MP. Y el (los) Proyecto, se honra con un artículo como el 321: “el Tribunal apreciará la prueba según su libre convicción *extraída* de la totalidad del debate”.

<sup>164</sup> Y ello para evitar que se transforme en “prueba” lo adquirido por medios inquisitivos. *Cfr.* la “Exposición de motivos” de la LECRIM y el artículo 730 —entre otros— de dicha Ley.

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.<sup>165</sup>

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).

<sup>165</sup> 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*., 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—<sup>166</sup> 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,<sup>167</sup> que imponía —el Tribunal del periodo intermedio al MF— la obligación de acusar, contra su parecer de "liberar al sujeto de la persecución".<sup>168</sup>

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

<sup>167</sup> 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*.

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

La solución adoptada en los Proyectos ha sido criticada.<sup>169</sup> Ya ha mucho tiempo, en España, se había visto el inconveniente de obligar al MF a acusar formalmente,<sup>170</sup> 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;<sup>171</sup> 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-

<sup>169</sup> Cfr. D'Albora, en *Sintesis...* (Reunión de la Comisión de Legislación Penal de 11 de noviembre de 1987), II, p. 72.

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

<sup>171</sup> 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.<sup>172</sup>

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.<sup>173</sup>

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 autómatá teledirigido, probablemente una mayoría aplastante— el que esgrime, puede ser motejado de inquisitivo, como él mismo reconoce.

Se expuso Maier a una crítica,<sup>174</sup> 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),<sup>175</sup> 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

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

<sup>173</sup> Cfr., igualmente, el CPP francés, artículo 204, sobre inculpaciones *ex officio*.

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

<sup>175</sup> 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.

—respuesta de tal querellante al Tribunal, sobre la acusación del MP: y en letra pequeña, curiosamente (honestamente) el texto para países que lo admiten con calidad de parte independiente del MF—; <sup>176</sup> y B) la “acción popular”.<sup>177</sup> Preferiríamos esta última solución, ya que precisa combatir enérgicamente tendencias del MP a la inercia, al “no acusar”. Aunque sabemos lo reticentes que son los iberoamericanos en general a esta solución.<sup>178</sup>

Empero, no me asustaría demasiado el conceder al oficio del tribunal de acusación —pieza fundamental inexistente en Argentina y también en España— el imponer al MF que, pese a sus peticiones de sobreseimiento, debe continuar el proceso. A falta de acción popular, provista de los vehículos de publicidad de las actuaciones, necesarias para el general conocimiento de las actuaciones...<sup>179</sup>

Y desde luego, no subordinar al MP —en tanto no sea totalmente autónomo, como es el caso constitucional del brasileño, artículo 127 de la Constitución de 5 de octubre de 1988— el “acortamiento” del proceso por caminos de absolución improcedente.

## IX. COLOFÓN

Nos hallamos ante un trabajo largamente meditado, que ha llegado a un punto en el que difícilmente podrían haber pensado sus pioneros, los profesores Alcalá-Zamora y Castillo que lanzó la idea y los argentinos Vélez Mariconde y Clariá Olmedo que la recogieron, aun siendo optimistas: en un conjunto de normas ordenadas y preparadas

<sup>176</sup> En el PCPPM, artículo 269, se incluye una posible variante para los países con régimen de “acción/popular”; así como también sub. el artículo 78.

Pero con dos modificaciones, no se puede cambiar la tendencia de los Proyectos, opuesta a la acción citada.

<sup>177</sup> D' Albora (*Síntesis...*, II, 72), preveía ambas soluciones, como mejores que la de obligar al MP a acusar —de tipo germánico—.

<sup>178</sup> Cfr. Vélez Mariconde, en *DPP*, contra la acción popular, II, pp. 261 y ss. Y en favor, mi trabajo “El proceso como función de satisfacción jurídica”, *cit.*, §§ 9 y ss. *Temas...*, I, pp. 390 y ss.

<sup>179</sup> Cfr. “Ensayo sobre procesos complejos” y mi trabajo *últ. cit.* “Acción del Fiscal y acción popular”.

Sigo estimando que se trata del vehículo más democrático para promover el proceso penal por delitos públicos. Debidamente regulado, para evitar sus abusos —que no solamente se cometen por sus actores, sino también por otras personas y entidades, aunque sean “abusos negativos”, por inactividad— es un precioso elemento de la persecución de los delincuentes.

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