

## El ministerio público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina\*

### I. El problema

I. El nacimiento tardío del ministerio público, “concebido como acusador estatal distinto de los jueces, encargado de ejercer ante ellos la llamada acción penal pública”<sup>1</sup>, quizá pueda explicar las dificultades que aún existen para lograr que este órgano opere, en la práctica, cumpliendo efectivamente las funciones legítimas que se le atribuyen como encargado de la persecución penal pública.

A pesar de antecedentes históricos que aparecen a fines de la Edad Media<sup>2</sup>, lo cierto es que el ministerio público, como lo concebimos en la actualidad, fue producto de la reforma de la justicia penal del siglo XIX<sup>3</sup>. La transformación del procedimiento que instaló el sistema inquisitivo reformado consolidó un ministerio público definido “más que como *parte* en el procedimiento, como órgano de persecución *objetivo e imparcial*, a semejanza de los jueces, con una tarea presidida por la misma meta, colaborar en la averiguación de la verdad y actuar el Derecho penal material, con la obligación de proceder tanto en contra como a favor del imputado... característica que le valió al oficio el mote descriptivo de ‘custodio de la ley’ y, más modernamente, de ‘órgano de la administración de justicia’”<sup>4</sup>.

El resultado de este desarrollo histórico ha sido el establecimiento de un órgano híbrido, “a mitad de camino entre funcionario judicial imparcial, ligado a los *principios de objetividad e imparcialidad*, y representante de administración pública para la persecución de los crímenes”<sup>5</sup>. Por este motivo, se afirma que “nunca se supo bien, y se discute aún hoy en día, a qué rama del gobierno de un Estado pertenece el ministerio público... y, conforme a ello, qué cuota real de independencia en su tarea y decisiones poseen o deben poseer los funcionarios del ministerio público”<sup>6</sup>.

II. Como se ha señalado, una de las cuestiones que aún genera apasionadas polémicas, especialmente durante el desarrollo de un verdadero proceso de reforma de la justicia

---

\* Ponencia presentada al II Seminario sobre la reforma de la administración de justicia penal en América Latina, realizado en la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, noviembre de 1998.

<sup>1</sup> MAIER, *El ministerio público: ¿un adolescente?*, p. 21.

<sup>2</sup> MAIER se refiere a los *procuratores caesaris* y a los *advocati fisci* romanos como antecedentes “de las fiscalías que aparecieron en la última parte de la Edad Media, y se desarrollaron en la Moderna” (cf. *El ministerio público: ¿un adolescente?*, p. 22).

<sup>3</sup> Cf. MAIER, *El ministerio público: ¿un adolescente?*, p. 31.

<sup>4</sup> MAIER, *El ministerio público: ¿un adolescente?*, p. 30 (destacado en el original).

<sup>5</sup> MAIER, *El ministerio público: ¿un adolescente?*, p. 33 (destacado en el original).

<sup>6</sup> MAIER, *El ministerio público: ¿un adolescente?*, p. 33.

penal<sup>7</sup>, consiste en la ubicación institucional del ministerio público, esto es, la decisión acerca de a cuál de los poderes del Estado pertenece.

RUSCONI, uno de los tantos juristas que han abordado esta cuestión, ha señalado que lo que en verdad es más importante “son las relaciones del ministerio público con los demás poderes organizados constitucionalmente, y este cúmulo de relaciones es más complejo que la dependencia institucional o subordinación total a uno de los clásicos poderes”<sup>8</sup>. En su opinión, las discusiones centradas en la ubicación institucional del ministerio público arriban a conclusiones “poco permeables a obtener efectos prácticos”, a diferencia del enfoque que propone, que sí resulta capaz de lograr “los efectos prácticos pretendidos, con un complejo de pesos y contrapesos compatibles con un ministerio público que, a la vez, cumpla su tarea con *eficiencia* y objetividad, *sin dañar intereses individuales*”<sup>9</sup>.

En principio, concordamos con la posición de RUSCONI. Su propuesta es tanto más seductora, además, considerada en abstracto. Sin embargo, también creemos que determinadas regulaciones de la ubicación institucional del ministerio público, en sí mismas, implican la aplicación práctica de determinados principios, criterios rectores y características esenciales que, cotidianamente, determinan hasta cierto punto su actuación y organización. Además, también se debe reconocer que ciertas opciones acarrearán efectos simbólicos que pueden revestir importancia significativa como obstáculos para la transformación necesaria de la justicia penal requerida en todo proceso de reforma.

En consecuencia, si la decisión acerca de la ubicación institucional del ministerio público, en sí misma, es capaz de afectar, formal o informalmente, el cumplimiento de sus funciones e, incluso, sus relaciones con los demás poderes del Estado, en sentido contrario al del modelo considerado deseable, la cuestión reviste más importancia y produce más efectos prácticos que los que reconoce RUSCONI.

III. El modelo de enjuiciamiento penal que caracteriza al proceso de reforma imperante en América Latina, más allá de algunas diferencias, posee características estructurales comunes que acentúan los rasgos acusatorios. Entre los diversos elementos comunes del proceso de reforma, que no son necesarios mencionar aquí, uno de los principios de mayor relevancia es, sin duda alguna, el principio acusatorio. Este principio exige la estricta separación de funciones persecutorias y decisorias, y, dado su alcance formal, la atribución de dichas funciones a órganos estatales diferentes. Esta exigencia tiene por finalidad la realización efectiva de una garantía fundamental, la garantía de imparcialidad del tribunal. Ésta puede ser considerada como una “metagarantía”, de jerarquía axiológica superior, pues opera como presupuesto necesario y previo para la operatividad práctica de las demás garantías fundamentales.

---

<sup>7</sup> Entendemos por reforma de la justicia penal, en realidad, la transformación profunda que reemplaza los sistemas arcaicos y profundamente inquisitivos de los países de nuestra región, por una nueva forma de justicia penal estructurada alrededor del enjuiciamiento oral de corte acusatorio que refleja las tendencias más actuales del derecho procesal penal. Cf., sobre el nuevo modelo de procedimiento comprendido en este proceso regional de reforma, MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 334 y siguientes.

<sup>8</sup> RUSCONI, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, p. 76.

<sup>9</sup> RUSCONI, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, p. 79.

La realización de la garantía de imparcialidad constituye un elemento primordial de la reforma porque esta exigencia ha sido, probablemente, la más vulnerada por la justicia penal de América Latina. Piénsese que otros derechos fundamentales alcanzaban un grado de realización tolerable en ciertos sistemas de enjuiciamiento oral, aún marcadamente inquisitivos, pero más modernos que los típicos sistemas escritos —v. gr., CPP Córdoba, CPP Costa Rica (1973), CPP Cuba—. Sin embargo, incluso estos sistemas poseían elementos inquisitivos —v. gr., juez instructor— que representaban un obstáculo insalvable para la exigencia de imparcialidad.

En este contexto, la consideración especial de la garantía de imparcialidad sólo refleja la existencia de una circunstancia particularmente grave, extendida de manera generalizada en los países de la región. Pero este dato coyuntural no permite ignorar que uno de los objetos principales de la reforma consiste en organizar un régimen de justicia penal cuya aplicación práctica cumpla con la obligación de los Estados de respetar de manera efectiva, sistemática y regular los derechos fundamentales de las personas sometidas a persecución penal.

La necesidad de reformar la justicia penal, entonces, reconoce como una de sus finalidades más importantes la realización de una política de persecución penal que signifique el respeto efectivo de los derechos fundamentales de las personas, contenidos en textos constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta afirmación, seguramente, es compartida por RUSCONI. Si ello es cierto, toda decisión acerca de la ubicación institucional del ministerio público que, en sí misma, presente obstáculos o dificultades para el logro de esta finalidad, merece ser analizada particularmente. En nuestra opinión, esta cuestión determina las posibilidades prácticas de respetar los derechos fundamentales en un sistema de justicia penal concreto y, por lo tanto, merece un tratamiento especial.

IV. El carácter híbrido del ministerio público y su escaso protagonismo en la persecución penal es mucho más evidente, por supuesto, en los países que conservan sistemas de enjuiciamiento penal típicamente inquisitivos —escritos u orales—. Sin embargo, la experiencia concreta de Guatemala demuestra que, aun en el marco de una profunda reforma de la justicia penal, existen serios problemas que impiden que el ministerio público obtenga el protagonismo y las potestades que le permitan el desempeño adecuado de su legítima misión.

Uno de los mayores problemas que ha presentado la implementación del nuevo CPP Guatemala ha sido, sin duda, la vulneración generalizada del principio acusatorio. A pesar de que el ordenamiento vigente en ese país establece expresa y firmemente las consecuencias del régimen acusatorio, distinguiendo las funciones requirentes o persecutorias del ministerio público de las funciones decisorias de los tribunales, la práctica judicial no se guía por esos criterios legales. Esta práctica es consecuencia de la incomprensión de los operadores jurídicos del alcance, significado y contenido de las diferentes funciones atribuidas al ministerio público y a los jueces penales en el marco de una reforma estructurada por el principio acusatorio.

La incomprensión de la diferencia entre funciones requirentes y decisorias provoca la conservación y subsistencia de prácticas inquisitivas que, de manera directa, vulneran la exigencia de imparcialidad y, consecuentemente, otras garantías fundamentales. El contenido del principio de imparcialidad, según el nuevo sistema guatemalteco, establece una distancia tan grande con el del ordenamiento procesal derogado que, por un lado,

fomenta la subsistencia de prácticas inquisitivas impropias del nuevo modelo y, por el otro, aumenta la necesidad de establecer mecanismos que eliminen o reduzcan este fenómeno negativo.

Cuando el modelo de enjuiciamiento penal impuesto por la reforma, como sucede en la mayoría de nuestros países, presenta grandes diferencias con el modelo derogado, las dificultades para consolidar una práctica acorde a las nuevas exigencias son mayores. Dada la confusión entre funciones persecutorias y decisorias que caracteriza a los modelos de procedimiento que la reforma intenta reemplazar, el problema debe ser considerado especialmente. En este contexto, no sólo se debe atender a las reglas del código procesal penal, sino también y especialmente, a la regulación normativa de todos los aspectos del ministerio público. Uno de estos aspectos es, indudablemente, su ubicación institucional.

La situación chilena, en este sentido, es particularmente singular. La inexistencia del ministerio público en el régimen que se pretende sustituir indica de modo indudable el marcado carácter inquisitivo del viejo sistema, circunstancia que puede operar como dificultad para la implementación de un modelo acusatorio. Por otro lado, este mismo hecho, paradójicamente, podría resultar una ventaja, en la medida en que podría facilitar, en la práctica, la organización y estructuración de un ministerio público que, por ser completamente nuevo, no arrastre viejas rutinas y, de este modo, asuma correctamente el desempeño de sus funciones.

## II. Las opciones “deseables”

I. El primer punto que oscurece la discusión acerca de la ubicación institucional del ministerio público es el alcance que esa decisión comprende. Parece razonable, en este sentido, centrar la discusión alrededor de los hechos comunes a los cuales se aplicará regularmente el régimen ordinario de persecución penal pública.

Se trata, en consecuencia, de regular el ejercicio de la acción penal pública respecto de los hechos punibles cuyo tratamiento ordinario resulta cuantitativamente más significativo y que, en la práctica, no presentan mayores diferencias referidas a las dificultades que origina su persecución. En este contexto, la regulación común del régimen de persecución sólo resulta razonable en la medida en que éste se aplique a todos aquellos delitos que, a pesar de sus diferencias, no presenten dificultades específicas para su tratamiento adecuado.

El problema generado por la enorme diversidad de comportamientos de los que se ocupa el derecho penal en la actualidad, y por el diferente grado de complejidad y especificidad de los distintos comportamientos punibles, no exige, en modo alguno, el establecimiento de un único sistema de persecución penal estatal. Esta circunstancia, por el contrario, conduce a una solución distinta, que permita establecer un sistema genérico de persecución penal para la denominada “criminalidad común” y, al mismo tiempo, un tratamiento particularizado de aquellos casos que, por sus peculiaridades, presenten dificultades especiales para su persecución. Este régimen diferenciado de ciertos hechos punibles puede ser establecido, por un lado, modificando reglas referidas directamente al órgano encargado de la persecución penal pública<sup>10</sup> o, por el otro, estableciendo mecanismos diferenciados de persecución aplicables a ciertos supuestos<sup>11</sup>.

Por estos motivos, se debe evitar la tendencia a resolver el régimen general de persecución penal atendiendo a los problemas propios de cierto tipo limitado de casos. Si acudimos a un ejemplo obvio, parece completamente razonable sentir desconfianza respecto de un ministerio público ejecutivo en supuestos de delitos cometidos por

---

<sup>10</sup> Es el caso de la persecución de delitos cometidos por funcionarios del poder ejecutivo en el derecho federal estadounidense, sometido a un régimen especial que reemplaza a los órganos de persecución ordinarios (fiscalías de distrito) por un órgano específicamente previsto para estos supuestos (fiscal especial *ad hoc*). Sobre este fiscal especial, cf. HARRIGER, *Independent Justice. The Federal Special Prosecutor in American Politics*; BOVINO, *Mecanismos de control de delitos que perjudican al Estado en el derecho federal de los Estados Unidos*, especialmente ps. 71 y siguientes.

<sup>11</sup> En el caso de delitos cometidos por funcionarios estatales que violen derechos humanos, por ejemplo, se puede prever la intervención de cualquier asociación o ciudadano en el procedimiento en calidad de querellantes. Este mecanismo de control del ejercicio de la acción penal pública para casos que regularmente presentan dificultades especiales, es una de las expresiones típicas del proceso de reforma que, por otra parte, ha demostrado su efectividad en Guatemala (cf. BOVINO, *La participación de la víctima en el procedimiento penal*, ps. ?? y s.).

funcionarios pertenecientes a ese poder o por personas vinculadas a ellos<sup>12</sup>. El problema, en consecuencia, reside en el intento de aplicar una misma solución, siempre idéntica, a la gran mayoría de casos penales —o a todos ellos—. La adopción de un solo sistema de persecución penal pública, aplicable a todo tipo de casos —v. gr., a delitos comunes, delitos de cuello blanco, delitos de funcionarios—, no representa una decisión acertada desde esta perspectiva. Si, además, se organiza el régimen general u ordinario de ministerio público sobre la base de las necesidades particulares de control penal de un grupo reducido y especial de hechos punibles, la situación es más grave aún.

II. La solución tradicional del derecho continental europeo, que ubica al ministerio público en el marco del poder ejecutivo, ha recibido severas críticas por parte de la doctrina<sup>13</sup>. Las propuestas contrarias a esta primera opción ofrecen, en general, dos alternativas consideradas positivas<sup>14</sup>.

Por un lado, se postula que el ministerio público pertenezca al poder judicial. Esta posición se funda en la necesidad de “obtener la máxima independencia funcional del ministerio público, pudiéndole otorgar de esta manera el mayor grado de atribuciones en la investigación preliminar y la posibilidad de crear, así, condiciones más favorables de imparcialidad”<sup>15</sup>.

En segundo término, se formula la necesidad de dotar de autonomía al ministerio público respecto de todos los demás poderes del Estado, es decir, de otorgarle el carácter de órgano extrapoder. “El ministerio público, así concebido, es una institución que no depende de alguno de los tres poderes... Se lo organiza, entonces, con autonomía suficiente, en el ejercicio de su tarea requirente, como para considerarlo un verdadero cuarto poder”<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> MUHM señala, por ejemplo, la desconfianza de la opinión pública alemana respecto de “la aparente incapacidad de los fiscales para ejercer la acción penal frente a personajes influyentes del mundo político y económico” en un sistema que “se caracteriza por una estrecha dependencia jerárquica de los fiscales respecto del... ejecutivo” (*Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana*, p. 97). Esa percepción fue confirmada por una investigación parlamentaria que “examinó las connivencias entre el ministro de Justicia y los funcionarios de la fiscalía, que a menudo decidieron el archivo de la acción penal en casos en los que se hallaban implicados personajes estrechamente ligados a miembros del gobierno” (p. 96).

<sup>13</sup> Cf., por ejemplo, MUHM, *Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana*; Compté Massach, *Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal*.

<sup>14</sup> Existe una tercera alternativa que consiste en establecer la pertenencia del ministerio público al poder legislativo, pero ella “no ha tenido gran acogida” (cf. RUSCONI, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, p. 69).

<sup>15</sup> RUSCONI, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, p. 63.

<sup>16</sup> RUSCONI, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, p. 70.

Esta última solución ha sido adoptada en el derecho federal argentino con la reforma constitucional de 1994, según la redacción del primer párrafo del nuevo artículo 120 de la Constitución Nacional:

“El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República”.

Ambas soluciones, a pesar de ser bien intencionadas, presentan problemas comunes que, a nuestro juicio, dificultan la implementación práctica, en los países de la región, de un sistema de enjuiciamiento penal acusatorio acorde con las reglas fundamentales del Estado de derecho.

### **III. Las consecuencias de las opciones “deseables”**

I. Podemos partir de la premisa de que tanto las posiciones favorables al ministerio público judicial como las partidarias del órgano extrapoder proponen la sujeción de la actividad persecutoria a exigencias de imparcialidad, legalidad, igualdad y justicia. Una de las herencias más importantes y persistentes que la Inquisición histórica impuso al procedimiento penal de la tradición continental europea fue, sin duda, la ficción de que el acusador puede perseguir penalmente de manera imparcial y objetiva. Esta ficción, típicamente inquisitiva, aún arrastra sus consecuencias en el procedimiento penal actual.

Esta ficción es propia de los ordenamientos procesales de América Latina —escritos u orales—, y funda la atribución promiscua de tareas persecutorias y decisorias a los tribunales penales. La misma ficción persiste cuando la investigación preparatoria se coloca en manos del ministerio público en un modelo de mayor contenido acusatorio y, sin embargo, se define la función de ejercer la acción penal como el deber objetivo de aplicación de la ley penal. Así, la función persecutoria en materia penal, es definida como una tarea neutral, objetiva e imparcial, orientada a obtener la recta aplicación del derecho penal y de la ley, a proteger los intereses de todos los miembros de la comunidad y, al mismo tiempo, a hacer respetar los legítimos derechos de la persona sometida a persecución penal.

Esta creencia ingenua en la posibilidad de que una de las partes —la acusadora— pueda intervenir en el procedimiento, actuar objetiva e imparcialmente, y proteger simultáneamente intereses en conflicto es, ante todo, una idea errónea. Por lo demás, la representación de intereses en conflicto resulta contraria a los principios generales de todo ordenamiento jurídico, pues se supone que toda regla de representación parte del presupuesto de que nadie debe representar al mismo tiempo intereses contrapuestos.

La imposibilidad efectiva de realizar la persecución penal de manera desinteresada ha sido demostrada de modo indiscutible por la experiencia histórica del procedimiento inquisitivo. Si en la actualidad fuera posible confiar en que los integrantes del ministerio público actuarán para lograr la realización de la justicia, la defensa de la legalidad y la protección de los intereses generales de la sociedad, como dispone la Constitución argentina (art. 120), ¿para qué necesitamos la intervención del tribunal? Hace varios siglos, esta misma idea de persecución penal objetiva determinó y justificó la concentración absoluta de todos los poderes persecutorios y decisorios en la figura del inquisidor.

II. Esta ficción inquisitiva produce, en la práctica de la justicia penal, un resultado inevitable de enorme trascendencia: perjudica la situación del imputado. Entre las consecuencias negativas más relevantes que ella produce se hallan, por un lado, la relativización del deber de controlar la actividad persecutoria y, por el otro, la justificación y ocultamiento del ejercicio, por parte del tribunal, de funciones persecutorias impropias de la función judicial.

La noción de persecución desinteresada, imparcial u objetiva, diluye el carácter contencioso del caso y, al mismo tiempo, relativiza el valor de los intereses, derechos y garantías del imputado. Aceptado el carácter objetivo de la tarea persecutoria, la actividad procesal orientada a la reconstrucción de la verdad acerca del hecho imputado puede ser ejecutada unilateralmente, a través de la perspectiva "neutral" del órgano estatal encargado de la persecución, que sólo reconoce una sola manera de evaluar las circunstancias del caso. En este contexto, se impone un método autoritario de reconstrucción de la verdad que depende exclusiva y directamente de la percepción de los órganos estatales. Desde este particular enfoque, la actividad procesal defensiva del imputado no representa la expresión de un interés igualmente válido, sino, en todo caso, una actitud que inevitablemente obstaculiza el proceso de reconstrucción de la verdad organizado a partir de la única perspectiva considerada legítima: la de la autoridad estatal<sup>17</sup>. Estos presupuestos sólo pueden ser útiles para incentivar, promover y justificar tanto el incremento de los poderes de las autoridades estatales como la restricción de las facultades defensivas del imputado.

Uno de los instrumentos que, paradójicamente, sirve a la ficción de persecución objetiva, y que favorece las posibilidades de triunfo de la hipótesis acusatoria, consiste en la atribución de facultades defensivas al representante del ministerio público —v. gr., la facultad de recurrir a favor del imputado—. A pesar del reconocimiento de estas facultades, sin embargo, el procedimiento no prevé forma alguna de controlar el incumplimiento de la obligación del ministerio público de actuar objetivamente, incluso a favor del imputado. Ahora bien, el deber de actuación objetiva del ministerio público también exige, por supuesto, la realización de actividad a favor de la persecución penal y en contra del imputado. Si bien ambas funciones derivan del mismo deber, cuando se trata de actuar a favor de la persecución, y a diferencia del caso anterior, el procedimiento sí contempla mecanismos para exigir al fiscal el cumplimiento de su obligación objetiva de perseguir penalmente —por ej., el control judicial o interno del pedido de sobreseimiento del ministerio público al concluir la investigación preliminar—

En este esquema, esa obligación, sin embargo, cumple un papel exclusivamente simbólico, como expresión de la ficción de la persecución penal objetiva, pues el procedimiento no comprende mecanismos efectivos de control que garanticen el cumplimiento del deber del acusador estatal de resguardar los derechos e intereses del

---

<sup>17</sup> En el procedimiento anglosajón, en cambio, las facultades defensivas no se justifican sólo como expresión del interés del imputado. Esas facultades, que estructuran un juicio altamente contradictorio, también son consecuencia de la noción de verdad implícita en el proceso anglosajón. En este sentido, se considera que la intervención de las partes en igualdad de condiciones es el mejor —aunque no el único— método de averiguación de la verdad.



imputado, a diferencia de lo que sucede cuando éste omite actuar a favor de la persecución y en perjuicio del imputado<sup>18</sup>. Esta decisión normativa no produce, en la práctica cotidiana de la justicia penal, consecuencias favorables para el imputado. Además, cuando se atribuye a los órganos del poder judicial el control del deber del fiscal de cumplir la función persecutoria, se coloca al tribunal en una posición requirente, comprometida con el interés persecutorio y, por ende, se imposibilita su actuación imparcial.

III. La objetivación del interés persecutorio, a su vez, produce consecuencias adicionales. Aceptado que el mismo órgano responsable de la persecución penal puede actuar objetivamente, con más razón se aceptará que el tribunal pueda desempeñar funciones investigativas, persecutorias y requirentes, sin dejar de lado su propia imparcialidad. Esta suposición errónea reviste de neutralidad judicial decisiones inequívocamente persecutorias, y relativiza aún más la magnitud axiológica de las facultades defensivas.

Aun cuando el tribunal no realice actividad persecutoria, la ficción de objetividad persecutoria, al teñir los actos del acusador de legalidad y neutralidad, presenta otra consecuencia negativa. La percepción de los actos del acusador como actos supuestamente neutrales disminuye las posibilidades de que el tribunal cumpla con sus funciones de controlar estrictamente su legalidad y, también, de proteger los derechos fundamentales del imputado. Cuanto mayor objetividad se atribuya a la tarea persecutoria, menor será la importancia que se otorgará al deber de controlar la legalidad de los actos del acusador.

La objetividad atribuida al interés persecutorio también afecta el significado central del derecho de defensa. El derecho de defensa requiere que exista la posibilidad de oponerse a la actividad procesal persecutoria, de contradecir al acusador, pero no se dirige a convencer al acusador, sino a convencer al tribunal imparcial que decidirá el caso. Si se transforma al derecho de defensa en la mera posibilidad de convencer a quien debe resolver el caso y, además, ejerce facultades a favor del interés persecutorio, expresivas de un compromiso anticipado con la hipótesis acusatoria, se degrada el contenido de este derecho fundamental y, además, se restringen sus posibilidades efectivas de realización.

La noción-ficción de persecución penal pública neutral, expresión clara del autoritarismo inquisitivo, constituye uno de los elementos que estructuran una racionalidad del procedimiento penal que resiste, limita y restringe la actividad expresiva de los derechos e intereses del imputado sin justificación racional alguna —más allá de la influencia de la cultura inquisitiva—.

#### **IV. La redefinición de la función persecutoria**

I. Frente al carácter indiscutiblemente ficticio de la objetividad e imparcialidad de la función persecutoria, y, también, como consecuencia de los efectos negativos que esta ficción produce, surge la necesidad de adoptar un enfoque diferente. Toda visión

---

<sup>18</sup> Este control se justifica como mecanismo para obtener el respeto del principio de legalidad procesal, regla reconocida, generalmente, en normas de jerarquía legal —por ejemplo, el art. 71 del Código Penal argentino—. El control en sentido inverso, en cambio, carece de regulación, aun cuando el deber de actuar a favor del imputado —objetivamente— deriva, en algunos casos, de normas constitucionales jerárquicamente superiores a las leyes —por ej., art. 120, Constitución Nacional argentina—.

alternativa exige, esencialmente, el reconocimiento del *carácter interesado* de la actividad estatal de persecución penal. Se requiere, además, que el ejercicio de las tareas persecutorias, investigativas y requirentes se distinga clara y precisamente de la actividad decisoria. Finalmente, resulta imprescindible, para asegurar las garantías fundamentales del imputado, que esas tareas sean atribuidas, respectivamente, al ministerio público y a los tribunales de la justicia penal.

El sistema de persecución penal debe asignar la función persecutoria *exclusivamente* al ministerio público y obligar a sus miembros a representar agresivamente ese interés. Al mismo tiempo, debe limitar estrictamente la función judicial a tareas decisorias, únicas tareas propias de un tribunal imparcial en un Estado de derecho que respete el principio de división de poderes. Para separar con precisión las funciones persecutorias y decisorias, es esencial generar una brecha entre los órganos estatales que desempeñan cada una de ellas.

En el ámbito normativo, la necesidad de generar esta brecha institucional y funcional torna poco recomendable la opción de un ministerio público perteneciente al poder judicial. Ella disminuye las posibilidades de distinguir al ministerio público de los órganos judiciales. La opción del órgano extrapoder también significa un obstáculo para lograr esta diferenciación. Esta opción, regularmente, establece un órgano que se rige, esencialmente, por principios propios del poder judicial, que definen su función y regulan su organización. Esta circunstancia asimila o confunde las funciones y principios organizativos de ambos órganos, y contribuye a dificultar la diferenciación precisa que se pretende, a pesar de la diferente ubicación institucional.

El establecimiento de esta brecha en el plano normativo, sin embargo, no es suficiente. Es necesario, además, lograr que en el plano empírico, la definición de la función persecutoria como función expresiva del interés estatal concreto en la aplicación de sanciones penales —público, pero interés al fin—, provoque en los tribunales una actitud de desconfianza respecto de la actividad persecutoria. Tal actitud es presupuesto necesario de prácticas judiciales sistemáticas y efectivas tendientes a controlar la legalidad de los actos del acusador estatal y a proteger los derechos fundamentales del imputado. El procedimiento penal, en este contexto, es el escenario que contiene intereses contrapuestos a los que se debe, en principio, idéntica consideración, y que equilibran las facultades del acusador con las del acusado.

La diferenciación entre funciones requirentes y decisorias, en consecuencia, consolidará la necesidad de controlar la actuación del fiscal y tornará más visible el deber de respetar la exigencia de imparcialidad. Cuanto mayor sea la distinción entre función requirente y decisoria —y cuanto menor sea la identificación institucional entre ministerio público y tribunales—, mayor será la posibilidad de lograr que los jueces ocupen el lugar que les corresponde en un Estado de derecho.

Esta definición de la función requirente del ministerio público, por otra parte, no impide la imposición de obligaciones que le exijan actuar en beneficio del imputado en ciertas circunstancias. Pero ese deber de “objetividad”, que lo obliga legalmente a beneficiar al imputado, debe partir del axioma de que la actividad propia del fiscal merece desconfianza y, por ende, debe ser controlada judicialmente.

Para que este deber de objetividad deje de ser una ficción de contenido meramente simbólico y sin consecuencias prácticas se torna imprescindible, además, la regulación

normativa de mecanismos efectivos de control que permitan verificar su cumplimiento y aplicar sanciones cuando no se respeten sus exigencias. De otro modo, el deber de objetividad seguirá, como hasta ahora, careciendo de aplicación práctica y de controles que garanticen su vigencia.

II. Para justificar el sometimiento particular de la actividad persecutoria estatal a exigencias de objetividad, neutralidad y justicia, se alude a la especificidad de la política criminal frente al resto de las políticas públicas. Esta especificidad, determinada principalmente por la gravedad de la intervención estatal que significa el derecho penal para el ciudadano, justifica estas exigencias y, también, la tremenda reducción de la discreción del órgano encargado de ejecutar la política de persecución penal impuesta por el poder legislativo a través del principio de legalidad procesal, que implica la persecución obligatoria de todos los delitos de acción pública.

Sin embargo, esta justificación resulta cuestionable. En primer lugar, el deber de actuar según el principio de legalidad obliga a todos los órganos estatales, sin necesidad de que sea reconocida expresamente respecto de las funciones atribuidas a un órgano determinado. Por otra parte, la especificidad de la política criminal no requiere, necesariamente, la restricción legislativa de la función persecutoria que representa el principio de legalidad procesal. La única manera de verificar el respeto de la exigencia de legalidad de la actuación persecutoria consiste, ineludiblemente, en no partir del presupuesto de que tal respeto existe por definición normativa. En cuanto a la especificidad de la política criminal, se debe tener en cuenta que ella ya determina exigencias jurídicas propias que contemplan su singularidad y la distinguen del régimen de aplicación práctica de las demás políticas del Estado. Estas exigencias propias del derecho penal distinguen su régimen de aplicación del de las demás ramas del derecho, en el sentido de que la realización del derecho penal se caracteriza por requerir, en todos los casos, de la intermediación del procedimiento penal. La realización necesaria del derecho penal sustantivo a través del procedimiento penal, además, se distingue por la exigencia de que ese procedimiento se desarrolle ante un órgano judicial, que verifique el cumplimiento efectivo de garantías fundamentales, que otorgan la máxima protección posible al individuo frente a la injerencia estatal arbitraria.

Ahora bien, para cumplir con las exigencias derivadas de la especificidad de la política criminal no basta con su reconocimiento normativo. Ellas obligan al Estado a establecer mecanismos que permitan su cumplimiento efectivo. En este sentido, la experiencia ha demostrado que el reconocimiento normativo del deber de objetividad en la persecución penal representa una simple ficción que no sólo es inoperante para cumplir con el deber de respetar los derechos individuales sino que, por el contrario, constituye un obstáculo para realizar ese fin. El establecimiento normativo y fáctico de una estricta distinción entre las funciones requirentes y decisorias, en cambio, opera como presupuesto necesario del respeto efectivo de las exigencias propias del derecho penal. Las opciones del ministerio público judicial o extrajudicial, en este contexto, contienen características intrínsecas que, en sí mismas, obstaculizan el establecimiento de la diferenciación de las funciones persecutorias y decisorias y, en consecuencia, el respeto de las garantías fundamentales en la aplicación del derecho penal.

## **V. Consideraciones finales**

I. El principio acusatorio, como hemos visto, exige la estricta separación de las funciones persecutorias y decisorias, y su respectiva atribución a órganos estatales diferentes:

ministerio público y tribunales. Esta separación no constituye un fin en sí mismo, sino que, antes bien, representa un presupuesto ineludible para garantizar la imparcialidad del tribunal. No es una finalidad del principio acusatorio, en este contexto, fomentar, facilitar o posibilitar la actuación imparcial del órgano acusador.

En el marco de nuestra arraigada tradición inquisitiva, la confusión de facultades requirentes y decisorias constituye un problema difícil de erradicar que, además, limita significativamente las posibilidades de respetar una de las garantías más necesaria, que opera como presupuesto de la efectividad de las demás garantías del debido proceso: la imparcialidad del tribunal.

La separación de las funciones persecutorias y decisorias dependen de la regulación normativa y, además, de circunstancias de hecho que permitan establecer una efectiva distinción de ambas funciones, reconocida por los operadores de la justicia penal. En este punto, la decisión acerca de la ubicación del ministerio público comprende aspectos normativos y, también, aspectos extranormativos que afectan la magnitud de la separación de estas funciones. Por este motivo, la cuestión de la ubicación institucional del ministerio público, en la medida en que pueda afectar el grado de realización de la exigencia de imparcialidad, merece ser discutida.

II. Como hemos visto, la separación de funciones requirentes y decisorias cumple el fin de garantizar la imparcialidad del tribunal y, además, de incentivar el control judicial de la actividad del ministerio público. Estos fines, por su parte, resultan instrumentales de la necesidad de brindar una protección adecuada a la persona perseguida penalmente.

Las opciones propuestas por la doctrina más moderna se limitan a dos: a) ministerio público judicial; y b) ministerio público como órgano extrapoder. Ambas opciones presentan problemas que dificultan su aplicación. En primer término, tanto el modelo judicial —por razones obvias— como el modelo extrapoder reducen las posibilidades de diferenciar ambas funciones. En el primer caso, la pertenencia al poder judicial; en el segundo, la adopción de ciertos criterios propios del poder judicial. En ambos, la definición de la tarea persecutoria como función objetiva, neutral y apegada a la legalidad, también reduce las probabilidades de distinguir entre tarea requirente y decisoria.

Por lo demás, la ficción de persecución penal neutral produce consecuencias negativas para la situación del imputado. En primer lugar, relativiza la necesidad de controlar judicialmente, de manera estricta, la legalidad de las actividades procesales del acusador, aumentando el nivel de desprotección del imputado frente a la injerencia del poder penal del Estado. Por otro lado, esta ficción, al objetivar la función requirente, fomenta la atribución de facultades persecutorias al tribunal, perjudicando aún más al imputado.

III. La opción de un ministerio público independiente e imparcial acarrea, a la vez, la definición de su función en los términos que aquí criticamos. Si el fin último que se busca es la actuación imparcial del ministerio público, especialmente en aquellos casos en los cuales se desconfía del ministerio público ejecutivo, ninguna de estas soluciones es, en realidad, necesaria. Aun en el marco de un ministerio público ejecutivo estos problemas pueden ser solucionados. En primer lugar, se debe recordar que el régimen de persecución penal ordinario, aplicable a los casos comunes, no debe ser diseñado atendiendo a ciertos grupos de casos particularmente problemáticos. En este sentido, la opción más razonable parece ser la de organizar mecanismos persecutorios especiales,

limitados a aquellos grupos de casos que presenten las mismas dificultades, sin caer en el error de diseñar todo el sistema de persecución a partir de las necesidades propias de un reducido número de casos, que presentan especiales particularidades, que los distinguen de los casos comunes.

Establecidos los mecanismos persecutorios especiales que garanticen la persecución eficiente e igualitaria de los casos problemáticos, a partir de la regulación, operación y control adecuados, resta solucionar el tratamiento de los casos comunes. La opción por el modelo ejecutivo, en estos casos, no presenta, en principio, los problemas propios de los casos especiales. La aplicación de aquellos principios del poder ejecutivo que resulten adecuados a la organización del ministerio público, en este contexto, parece una solución más adecuada para el órgano encargado de la política de persecución penal. La decisión, además, disminuye las posibilidades de identificación entre ministerio público y poder judicial. Cuanto menor sea esta identificación, mayor será la posibilidad de que los tribunales sometan a un control estricto las peticiones del ministerio público.

En este contexto, por otra parte, la definición de la función persecutoria en términos objetivos, no es un elemento indispensable. A los efectos de someter la actuación del ministerio público a las exigencias establecidas en el ordenamiento jurídico vigente, basta con someterlo, como a los demás integrantes del poder ejecutivo, al deber de ajustarse a la legalidad. La garantía del cumplimiento de ese deber, en este marco, no dependerá de una obligación no sometida a control alguno —v. gr., “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad...”, CN, art. 120— y, por ello, librada a su entera libertad. Por el contrario, se debe garantizar el cumplimiento de ese deber, de manera estricta, a través del control judicial.

En primer lugar, el control judicial de legalidad debe abarcar la verificación de los requisitos y exigencias normativas que habilitan la persecución penal o la restricción de los derechos del imputado. Por otro lado, los jueces pueden someter a control el cumplimiento de las obligaciones persecutorias a cargo del ministerio público —principio de legalidad procesal—.

Finalmente, si se pretende tomar en serio el deber del ministerio público de actuar aun en favor del imputado, tampoco resulta necesario definir la tarea persecutoria en los términos del art. 120 de la Constitución Nacional. Esa definición, como las reglas del Código procesal penal que autorizan al ministerio público a recurrir a favor del imputado, como hemos visto, carecen de mecanismos que controlen su efectivo cumplimiento. Así, resulta posible garantizar cierto grado de objetividad del ministerio público sin acudir a la definición del art. 120, CN, si, en cambio, se instrumentan mecanismos efectivos de control que permitan obligar al acusador estatal, en el caso concreto, a cumplir con determinados deberes en favor del imputado. Estos mecanismos, que deben prever sanciones para el caso de incumplimiento, podrían resultar efectivos para imponer cierto grado de objetividad a la actividad persecutoria, sin necesidad de invocaciones abstractas a deberes de legalidad e intereses de la justicia, esto es, sin necesidad de caer en el error de definir pomposamente supuestos deberes que carecen de todo efecto práctico y resultan inexigibles.

IV. El ministerio público, en conclusión, posee mayores posibilidades para establecer la brecha indispensable para consolidar la estricta separación de funciones persecutorias y decisorias. Las dificultades específicas del modelo en relación a determinados delitos

pueden ser solucionadas regulando mecanismos persecutorios específicos y adecuados, según las particularidades propios de ese tipo de delitos.

En cuanto al régimen común, es posible someter al ministerio público al cumplimiento de las exigencias de la legalidad a través de controles judiciales efectivos, sin necesidad de definir en términos objetivos la función persecutoria, definición que resulta, en la práctica, absolutamente inoperante. Su inoperancia, sin embargo, no impide que ella produzca consecuencias sumamente perjudiciales para el imputado.

Finalmente, se debe tener en cuenta que el problema central, para todo tipo de delitos, no es el de la falta de independencia del ministerio público. Se trata, en realidad, de impedir que las decisiones persecutorias o no persecutorias se ajusten a las exigencias legales y no a cualquier tipo de criterio arbitrario o ilegítimo. Y esta circunstancia no tiene relación directa con la falta de independencia sino, en todo caso, con problemas vinculados a la organización del ministerio público, a la falta de instrumentación de pautas persecutorias adecuadas, a la falta de transparencia de las decisiones de los integrantes del ministerio público y, sobre todo, a la ausencia o inoperancia de mecanismos efectivos de control y seguimiento de las políticas persecutorias.