

## FUNCIONES Y DISFUNCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO PENAL

Prof Alberto M. Binder

Secretario del Instituto de Estudios comparados en Ciencias Penales, Buenos Aires, Argentina.

### 1. INTRODUCCION:

El movimiento de reforma de la justicia penal en América Latina ha renovado la preocupación por el Ministerio Público penal. Diversos países en los últimos años (Argentina, Bolivia, Chile, Perú, Ecuador, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala y otros) han reformado total o parcialmente la legislación sobre el Ministerio Público o han intentado realizar cambios más o menos sustanciales a través de proyectos legislativos que se encuentren en discusión parlamentaria o, finalmente, se hallan discutiendo sobre el futuro del Ministerio Público, en especial en su función penal. Por supuesto, todos estos proyectos se enmarcan dentro de lo que se ha llamado la "crisis de la administración de justicia" y pretenden constituirse en una de las respuestas a esa crisis, aunque todavía no esté muy claro cómo el Ministerio Público puede contribuir a palear esa crisis.

Llama la atención, sin embargo, cierta asimetría entre la intensa actividad legislativa o la discusión parlamentaria y la no tan abundante discusión teórica sobre sus problemas o la falta casi total de investigaciones empíricas sobre el fundamento de esta institución. Sí ha existido discusión política -y en gran medida sigue existiendo dicha discusión-, pero ella ha girado, alrededor de elementos emocionales contenidos en la mayor o menor confianza en el Ministerio Público o en su actuación política reciente.

Una vez más nos encontramos con el hecho de que la dinámica de los procesos sociales, su complejidad y la misma crisis de los esquemas tradicionales del análisis político nos dificulta hallar las causas de esa asimetría. Es posible que una primera razón se halle en el hecho de que el Ministerio Público penal no ha sido un objeto de preocupación intelectual en América Latina. Existen no muy abundantes estudios sobre su funcionamiento pero ello se debe más a preocupaciones personales, alguna crisis circunstancial o cambios menores en su legislación que a una constante actividad intelectual. Se puede decir que él no ha sido uno de los protagonistas del desarrollo de la doctrina constitucional y procesal penal y mucho menos ha motivado algún desarrollo doctrinario independiente. Ni la teoría constitucional se ha preocupado demasiado de él ni la dogmática procesal le ha asignado otro papel que el de su inclusión como uno más de los sujetos procesales. Al no existir una tradición científica en relación al Ministerio Público la reflexión teórica actual está condicionada y, en cierto modo, gira en cierto vacío teórico.

Ello no quiere decir que no existan estudios en otros ámbitos sobre los diferentes problemas que enfrenta y genera el Ministerio Público -la producción norteamericana es, en este sentido, la mejor muestra- pero ellas no han sido moneda corriente en los círculos estudiosos de América Latina. Además el Ministerio Público está tan íntimamente ligado

al funcionamiento global del Estado y a su "atmósfera" institucional que se hace mas notorio en la ausencia de una reflexión profunda "desde" América Latina, desde su realidad política y su cultura ciudadana. La producción doctrinaria sobre el Ministerio Público no ha sido absorbida por nuestros países.

Otro factor que condiciona el análisis del Ministerio Público -íntimamente ligado al anterior- es su pobre actuación institucional. En la mayoría de nuestros países se puede decir que desde una perspectiva "activa" él no ha causado mucho daño, no es el principal -y a veces ni siquiera secundario- responsable de las políticas de persecución o impunidad. En este campo su responsabilidad en relación a la de otros sectores estatales o en relación a la misma Administración de Justicia es mínima, es secundaria y tangencial.

Ciertamente ha sido una institución ausente y ello genera responsabilidad, pero si contabilizamos todas las "ausencias políticas" de las instituciones judiciales en Latinoamérica, haríamos tabla rasa del pasado e intentaríamos construir un nuevo poder judicial.

Llama la atención, también, la desconfianza que genera el Ministerio Público. A pesar de que las críticas a la administración de justicia sean profundas; que se acuse a los jueces de pasivos, burócratas, pusilánimes, etc., se prefiere a ellos antes que al Ministerio Público. No encuentro demasiados elementos racionales para justificar esa preferencia. La actuación del poder judicial en la década del terror nos debería haber dejado algo más que un sabor amargo, pero sin embargo la figura del juez tiene todavía una fuerza moral -que hunde sus raíces en las más antiguas tradiciones de occidente que no se puede transferir el Ministerio Público.

En definitiva, el Ministerio Público es una institución raquítica, acerca de la cual poco sabemos, que no hemos estudiado, que no tiene perfil político propio sin una historia importante y que genera desconfianza entre los ciudadanos. El panorama no puede ser más desolador y sin embargo estamos aquí cifrando bastantes expectativas sobre la capacidad del Ministerio Público par ayudar a superar la crisis judicial. ¿Puede el Ministerio Público en América Latina contribuir a superar esa crisis? ¿Es razonable cifrar alguna esperanza en esta institución? Estas preguntas siguen pendientes y creo que muchos cambios legislativos se han realizado sin una adecuada respuesta a ellas. Pretendemos modificar el Ministerio Público sin haber problematizado suficientemente la situación de él.

## II. MINISTERIO PUBLICO Y CONTEXTO PROCESAL: DISFUNCIONES DENTRO DEL SISTEMA INQUISITIVO

Se ha señalado que uno de los ejes de la reforma del proceso penal del siglo XIX fue la introducción del Ministerio Público. Reforma que, como sabemos, significó una suavización del sistema inquisitivo mediante la incorporación de algunos elementos del sistema acusatorio, tales como el juicio oral y público y, en algunos casos los jurados. Pero el núcleo del sistema inquisitivo quedó intacto (a través del mantenimiento de la instrucción judicial y, en especial, del juez inquisidor) ya que él no sólo es un sistema

procesal sino uno de los modelos autoritarios de política criminal mas persistentes, que ha generado una cultura propia -que todavía está vigente-, sustentada en consideraciones morales y religiosas (la lucha contra el mal y el imperio del bien) que en buena medida están todavía presentes en la cosmovisión judicial.

Sin embargo, el Ministerio Público, pese al más de un siglo de existencia no ha desarrollado en todo ese tiempo una fortaleza institucional relevante. Maier lo ha calificado de "adolescente" que no logra crecer demasiado porque es un híbrido que lleva dentro de sí contradicciones evidentes. "Por lo tanto dice Maier-, la función del Ministerio Público penal, su posición institucional, su organización y su tarea en el procedimiento seguirán siendo conflictivas y motivo de debates ásperos que, a mi juicio, sin resolver el problema primario, solo posibilitarán por el momento, soluciones coyunturales, según la preferencia política del legislador o del jurista teórico o práctico en el caso general que se le presenta a examen, esto es, soluciones de compromiso dentro de un sistema que, en sí, es caótico y reniega de su reducción a dertos principios analíticos mas generales, que ordenan todo el sistema".

Esta opinión de Maier apunta el meollo del problema y puede ser tan realista como pesimista, según se plantee el "problema primario". Si -como sostiene Maier- el problema primario es el poder penal del Estado y la persecución penal pública, entonces el problema del Ministerio Público penal no tendrá solución dentro del horizonte histórico nuestro; si, por el contrario, definimos el "problema primario" no ya como la abolición del poder penal mismo, del monopolio estatal en la persecución pública sino solamente como la abolición del "modo inquisitivo de ejercer el poder penal del Estado", que, como es señalado no es una cuestión procesal sino una de las "formas" culturales de ejercer ese poder penal y la persecución pública, la solución del problema del Ministerio Público no pierde fuerza y adquiere cierta posibilidad histórica de realización.

La diferencia no es de palabras ni de mayor o menor repudio al poder penal. No es este el lugar para desarrollar el problema del poder penal en su conjunto, pero creo que es necesario distinguir niveles. Ciertamente el conflicto penal es un conflicto interpersonal, básicamente lo es, aún cuando hablemos de bienes jurídicos colectivos, porque en ellos subyace una pluralidad de conflictos interpersonales. Desde esta perspectiva no creo que haya existido o pueda existir sociedad humana indiferente a esos conflictos, normalmente definidos por su mayor intensidad. Es decir, siempre ha existido una instancia suprapersonal de intervención en esos conflictos, con mayor o menor poder, en una mayor o menor cuota de violencia (teniendo en cuenta, claro está, que el concepto de violencia es también un concepto cultural).

Cuando decimos, por ejemplo, que en el derecho germánico un homicidio no afectaba sólo a los parientes cercanos sino a todo el clan, lo único que estamos diciendo es que esa instancia política -el clan- se sentía con autoridad para intervenir en ese conflicto. Y cuando decimos clan, queremos decir sus jefes, sus representantes políticos.

Lo mismo se podría decir de sociedades más primitivas, del señor feudal, de las ciudades libres o de la organización colonial. Ya podemos decir lo mismo, incluso, de organismos internacionales como la ONU, la OEA y otras entidades de verificación internacional.

No hay sociedad humana sin poder y no hay poder que no utilice el castigo (o formas persuasivas que a la postre son también privativas de libertad).

Por ello existe un concepto de poder penal del Estado, que se confunde con la idea de poder punitivo supraindividual. Si lo que se quiere es poner el problema del Ministerio Público en la perspectiva de la abolición de ese poder, entonces creo que el problema no tiene solución ya que el Ministerio Público siempre agravará la situación y produciría un fortalecimiento de "ese" poder del Estado.

Ahora bien, parecería que lo que sostiene Maier es más limitado se trata de la perspectiva del poder penal de "este" Estado. Entendiendo por tal "la irrupción en el mundo de una forma de organización social característica, creadora de un poder político centralizado, que deja a los habitantes bajo su dominio del ejercicio efectivo, cotidiano y local de su influencia política para convertirlos en súbditos de ese poder -de la organización del Estado-, obligados a respetar mandatos y prohibiciones heterónomas a ellos, acuñados con menor o mayor precisión por la instancia política centralizada, esto es, a partir del nacimiento y desarrollo del Estado central moderno". Sin ninguna pretensión crítica creo que es necesario precisar un poco más el concepto ya que no es posible establecer una relación lineal entre el Estado-Nación del siglo XVI y el Estado moderno. Mucho más clara es esa línea entre el Estado burgués que nace luego de la Revolución francesa. El Estado del proceso industrial, en definitiva el Estado fundado en el logos de la "Aufklärung", este hecho más directamente vinculado con las realidades del Estado actual. En este sentido, la crítica de Marx a la burguesía ilustrada que había dejado inconclusa la revolución, estableciendo principios que luego no se concretaban totalmente en la práctica social (democracia económica, igualdad real, etc); en definitiva el drama histórico que se manifiesta en Robespierre, las "leyes de ventoso", el "terror" y la revuelta de Thermidor que lo conducirá a la guillotina. Ahí está perfilado más claramente el Estado moderno que el Estado constructor de las nacionalidades.

En este sentido, el Ministerio Público sí es hijo de la revolución, tan hijo es que lleva sus contradicciones e hipocresías. La transacción que llevó a que las viejas aspiraciones de cambio -no olvidemos que Michael Fraucoult señaló que la Revolución Francesa fue también una revuelta contra el sistema judicial-, basados en la vuelta el viejo sistema europeo (ya por entonces solo vivo en Inglaterra y los E.U.), sólo produjeran una suavización, pero también una revitalización del sistema inquisitivo. (por ello se prefiere hablar del "inquisitivo reformado", antes que de procedimiento penal mixto").

Mas que en el Estado-Nación de los reyes católicos estamos todavía parados sobre el Estado de la Ilustración y la convergencia de sistemas que tanto ha señalado la Escuela de Frunkfurt nos demuestra que en el fondo hay una cuestión cultural, una civilización que es la que hoy está en cuestión (crítica a la modernidad, crítica el "logos" occidental, crisis del "cogito" cortesiano).

Sin embargo, en esa perspectiva el problema del Ministerio Público tampoco tiene solución. Si por "solución entendemos que sobre esa crítica pueda "emerger" el nuevo Ministerio Público y si la construcción del nuevo Ministerio Público no puede proyectarse sobre la crítica radical al poder penal y tampoco puede proyectarse sobre la crítica al poder penal del Estado moderno, ¿cuál es la perspectiva político-cultural que nos permite pensar en un Ministerio Público sobre bases más profundas que las puramente organizativas.

Creo que ella no puede ser otra que -y este es un punto de discusión- la crítica al modelo inquisitivo de ejercer el poder penal. Modelo inquisitivo que, repito, no es solo un modelo procesal sino una forma global de ejercer el poder penal. Por supuesto esta perspectiva es modesta ya que, a los efectos de la instrucción de un nuevo Ministerio Público, no pone en cuestión el poder penal y ni siquiera trata de resolver muchos de los problemas de centralización al poder penal; pero de esa modestia nace su fuerza, su posibilidad de una crítica concreta a un pacto concreto.

Sobre esta perspectiva se abre a mi juicio la aparición básica frente a la cual nos encontramos: o un Ministerio Público reproductor del sistema inquisitivo o un Ministerio Público que ponga en cuestión y quizás ayude a disentir el modelo inquisitivo de ejercicio del poder penal.

Debe quedar claro que cualquier pretensión de preocuparse del Ministerio Público por fuera del contexto político-cultural (como a veces pretenden hacerlo ciertos programas de fortalecimiento institucional) está condenado a fortalecer muchos de sus vicios. Ahora bien ¿cuál es ese contexto político cultural? Ya lo hemos dicho, es el sistema inquisitivo. Pero dentro de ese contexto ¿qué función propia cumple el Ministerio Público penal? Pareciera que ninguna y eso es lo que llevó a algunos países -como Chile y Honduras- a suprimir sustancialmente esa institución. La reconocida frase de que el Ministerio Público es en el proceso penal la quinta rueda del carro, que solamente demora el proceso sin que aporte nada significativo es una realidad cotidiana. No sólo no aporta nada en la investigación, por ejemplo, sino que tampoco cumple alguna función importante en la preservación de la imparcialidad del juez. No olvidemos que la adopción del sistema acusatorio formal, tenía como su propósito fundamental evitar la contaminación del juez mediante la concentración de funciones. La irrelevancia de la actividad del Ministerio Público -aún en aquellos sistemas que le otorguen el monopolio de la acusación e, inclusive, en los sistemas que adoptaron el sistema mixto- ha hecho que no pueda impedir dicha contaminación que se filtra a través de los actos de instrucción jurisdiccional.

Inclusive en el proceso inquisitivo se ha invertido lo que debía ser la relación básica. Es el juez quien investiga (o hace que investiguen) y el fiscal "dictamina", es decir, opina sobre el valor de esa investigación. ¿Es el Ministerio Público un control sobre la administración de justicia? Esta idea no es tan alocada porque existen legislaciones que le han asignado al Ministerio Público la función de "vigilar si los tribunales aplican correctamente la ley" (¿?). La atribución de la tarea de "garante" de la legalidad, una de las opciones posibles en la construcción del Ministerio Público, también ha contribuido a

oscurecer la misión y, paralelamente a oscurecer la misión de los jueces. "El Ministerio Público -señala Roxín- no fue concebido para cumplir una función unilateral de persecución, como es del caso con el acusador del proceso penal angloamericano, sino para ser "custodio de la ley. Ello significa: su tarea consiste en velar, a favor del imputado, porque se obtenga todo el material de descargo y porque ninguno de sus derechos procesales sea menoscabado".

El Ministerio Público latinoamericano no ha hecho ni una cosa ni la otra; ni ha sido garante de la legalidad ni ha sido un investigador. Pero ello no es un problema de negligencia de las sucesivas generaciones de fiscales. Esta falta de funcionamiento se debe a que en la práctica Latinoamericana no se ha salido de la cultura básica del sistema inquisitivo. Ese suave deslizamiento que se produjo en Europa a partir del Código francés de 1808 y que en las últimas dos décadas ha dado otro paso importante (Alemania, Italia, Portugal, procedimiento abreviado español, etc.) ha sido casi imperceptible en nuestros países.

En América Latina, la cultura judicial es inquisitiva, tan inquisitiva como lo era en la España de Felipe II y dentro de ella el Ministerio Público no es un adolescente, es un extraño, un cuidado de piedra; el invitado a una fiesta (porque está allí, ha sido invitado) pero que nadie sabe para que está o que se espera de él.

Por supuesto el Ministerio Público se organizó sobre la base de esta oscuridad institucional y adquirió un tipo de organización refleja. Su identificación con el modelo de organización judicial fue completa y así tenemos fiscales de primera instancia, fiscales de cámara, aunque la idea misma de "competencia", ligada al principio de juez natural carezca de sentido para el Ministerio Público. Asimismo cada fiscalía se organizó según el modelo del juzgado y su fiscal pasó a formar parte de una carrera judicial.

¡Vaya paradoja! La institución extraña al sistema inquisitivo, la que según Roxín cobró vida como "medio de liberación ciudadana" frente a las arbitrariedades monopólicas del inquisidor, adoptó en nuestro continente los principios, modalidades y vicios de la cultura inquisitiva. Hoy todavía no sabemos, en qué medida, el Ministerio Público es también una reserva de cultura inquisitiva.

Frente a este panorama, vale hacerse esta pregunta ¿Puede el Ministerio Público aportar algo positivo a la crisis judicial? ¿Puede ayudar a derribar la cultura inquisitiva? ¿Puede existir continuidad entre el Ministerio Público penal actual (que siguiendo con la metáfora orgánico puede ser considerado, con sus más de cien años, un viejo decrepito que absorbió los vicios del "Ancien Regime" con el Ministerio Público que necesitan nuestros países? ¿Qué Ministerio Público, entonces?

No pretendo en este trabajo responder a esas preguntas, básicamente porque no tengo las respuestas, pero sí quiero llamar la atención sobre la necesidad de profundizar la reflexión, por lo menos profundizarle hasta el punto en que no se vuelva paralizante y nos excluya, por consiguiente, del proceso político de transformación, que tiene su propia

dinámica y que no siempre puede esperar a que nos clasifiquemos para comenzar a actuar.

### III. DISCUSION DE MODELOS VRS. DISCUSION DE PROBLEMAS

El título de esta sección pareciera contradictoria con la línea argumental de esta nota. Hasta aquí la preocupación principal ha sido la de tratar de determinar cual es el marco general sobre el cual elaborar un modelo de Ministerio Público apto para nuestras realidades políticas. ¿En qué medida una discusión de modelos se enfrenta a una discusión de problemas? Básicamente se enfrenta en la forma de construir un modelo.

Cuando hablamos de un modelo de Ministerio Público o un modelo de Justicia penal fundamentalmente estamos hablando de la estructura básica de esa organización: estructura básica que no se identifica con sus reglas organizativas sino que incluye desde los objetivos básicos, las reglas de funcionamiento, su perfil de personal y su cultura organizativa. Una vez más el enfoque de sistemas nos es útil para abarcar esa totalidad compleja que es una institución política.

Cuando hablamos de "discusión de modelos" no queremos darle un sentido peyorativo, ni desmerecer la función crítica o constructiva de los modelos menos aún, hacernos eco de cierto chovierismo demagógico, que pretende "reinventar" el agua azucarada con un rasgo sello nacional, desconociendo el valor de la transferencia de experiencias entre los países. Sin embargo, ha existido una cierta tendencia en América Latina a superficializar las discusiones mediante la confrontación de ideas demasiado globales. Por ejemplo, la discusión sobre la estructura de las fases preparatorias -quizás la etapa más compleja del proceso- se ha convertido en un debate muchas veces estéril entre la "investigación a cargo del Ministerio Público" o el mantenimiento del juez de instrucción. Dicho debate es un debate necesario, siempre que sea un debate acerca de cómo una u otra forma de organización de la instrucción resuelve ciertos problemas procesales. Por ejemplo, la endémica sobrecarga de trabajo, la falta de control sobre la investigación, la formalización de los actos de investigación, la conversión automática del sumario en prueba, la delegación de funciones, la defensa durante las etapas policiales, el acceso a la información, las relaciones con los medios de prensa, las medidas cautelares, las salidas procesales alternativas, el régimen de la acción, el control de la prisión preventiva, la duración del proceso; en fin, numerosos problemas que sin los verdaderos problemas procesales si la discusión de modelos no es un mecanismo para discutir como, por ejemplo, la entrega de la investigación al Ministerio Público permite solucionar esos problemas o como la permanencia del juez de instrucción los mantiene o repotencia, entonces esa discusión de modelos es contraproducente.

Buena parte de la discusión ha girado alrededor del carácter jurisdiccional o uno de los actos de investigación y poco se ha esclarecido acerca de qué son sus actos de investigación y qué son sus actos de instrucción. O se ha discutido acerca de la constitucionalidad de la entrega de la investigación al Ministerio Público sin indagar con profundidad el modelo condicional de Administración de justicia y, en especial, la función de los jueces; el comentario cuando se pretende determinar el contenido de lo

preferente jurisdiccional se recurre a los códigos inquisitivos para los cuales todo es jurisdicción, inclusive el más pequeño atestado en acto. "Quod non est in acto non est in mundo" y por lo tanto la creación de la realidad le compete el juez -creador- omnipotente.

La aparición entre discusión de modelos y discusión de problemas no es una oposición conceptual ni ineludible; es una manifestación de las características de la discusión en nuestros países. Por ello creo necesario recuperar la centralidad de los problemas procesales en la discusión política y retórica. Solo a partir de esta centralidad de los problemas considero posible construir un modelo de Ministerio Público penal que sirva de referencia para la transformación de esta institución.

Creo poder resumir las dos ideas básicas expuestas hasta ahora del modo siguiente:

1. El marco político-cultural adecuado para el diseño de un nuevo Ministerio Público no es la crítica a la forma inquisitiva de ejercer el poder penal y a la cultura que lo es propia, que en nuestros países contiene tanto elementos de la ilustración como viejos resabios monárquicos del "Ancien Regime".

2. La necesidad de actuar con uno o más modelos de referencia no nos debe llevar a olvidar la finalidad de la construcción de cualquier modelo sobre el Ministerio Público. Partir de los problemas y su situación para llegar nuevamente a esos problemas. En esta perspectiva la construcción de un modelo significa la estructuración, la armonización de un conjunto de soluciones o problemas concretos. Discutamos los problemas para construir un modelo: construyamos un modelo para mejor solucionar los problemas.

#### IV. PROCESO, POLICIA, SOCIEDAD. TRES DIMENSIONES PROBLEMAS PARA EL MINISTERIO PUBLICO.

a) La participación del Ministerio Público en la instrucción

El proceso penal se debe estudiar alrededor del juicio. Un juicio que responde a ciertas características culturales y políticas, que se manifiestan en los principios de inmediación, concentración, continuidad, publicidad, defensa y contradicción. La oralidad es el medio de preservar esos principios.

De la misma idea de la importancia del juicio nace la complejidad de las fases preparatorias. Del modo como se organicen esas fases preparatorias dependerá, en gran medida, la preservación del juicio. En la lucha entre el "sumario" inquisitivo y el juicio oral republicano que se manifestó en el sistema mixto francés hasta ahora ha ganado ampliamente el sumario inquisitivo.

Las fases preparatorias, más allá de la organización concreta que adopte cada sistema procesal, pueden ser divididos en dos etapas: una es la instrucción y otra la fase intermedia. La primera es la retarante preparatoria; la segunda es la fase de control, crítica instructoria, análisis de los fundamentos de la acusación.

La segunda etapa preparatoria es fundamentalmente un control sobre la acusación y por lo tanto en gran medida actividad externa al Ministerio Público o control sobre sus actos.

El problema queda reducido a la fase proficiente preparatoria, a la que comúnmente llamamos instrucción. Pero esa etapa es compleja. ¿Qué significa preparar el juicio? Significa diversas actividades:

1. Preparar la acusación del fiscal
2. Preparar la acusación del querellante
3. Decidir cuestiones incidentales (excepciones)
4. Preparar la defensa
5. Decidir sobre los medios cautelares
6. Preparar anticipos de prueba

Básicamente las actividades durante la ms-trucción se agrupan en esos rubros y podemos ver que cualquier redefinición del rol del Ministerio Público poco tiene que ver o, a menos, no se relaciona directamente con las actividades señaladas. No está en discusión el que el Ministerio Público deba realizar por sí mismo actos irreproducidos -que por su esencia siempre requieren participación del juez, o que a él le corresponda tomar decisiones para resolver algún incidente y menos aun tiene una relación directa con las otras actividades ya que se podrá discutir sobre algunas facultades coercitivas del Ministerio Público, pero nadie sostiene que él deba dictar la prisión preventiva.

En consecuencia, el problema queda reducido (¿reducido?) a la preparación de la acusación del fiscal. El dilema es el siguiente: ¿el fiscal por sí mismo debe preparar su acusación o se la debe preparar el juez? Por supuesto este dilema tiene sentido si el proceso requiere la acusación para la apertura a juicio, porque si no es así el Ministerio Público no tiene razón de ser. Volviendo al punto, ¿debe preferir ser la acusación el fiscal u otro sujeto, por ejemplo el juez de instrucción?

Planteado de esta forma la cuestión parece tan sencilla, tan fácil de responder que no se explica cómo alrededor de este problema puede existir un gran debate en toda Iberoamérica.

¿Cuál es el problema que subyace a este problema? La clave del problema se encuentra en los fines no manifiestos, en los fines reales de la instrucción. En la lógica de la mayoría de las Constituciones existe una oposición básica: poder penal/juicio previo. Esta oposición ha pasado bastante desapercibida y de ese modo el poder penal "esquivo" al juicio previo. La instrucción es la etapa del proceso a través de la cual se ejerce la mayor (mejor dicho la casi totalidad) parte del poder penal. El fenómeno del "preso sin condena" o de la "condena sin juicio" es la indubitable demostración.

Vemos pues que el problema no es que el fiscal prepare su acusación sino tras esa aparente sutil idea se esconde la posibilidad de desmentir la instrucción como aparato del poder penal.

La tarea básica es, en consecuencia, desmentir la institución y rescatar la aparición básica del poder penal/juicio previo.

Esto nos demuestra que la discusión sobre el rol del Ministerio Público es una discusión derivada, que muchas veces verdaderamente se esconde. ¿De qué modo puede el Ministerio Público ayudar a desmontar la instrucción inquisitiva? Creo que la respuesta es compleja y en gran medida señala que el Ministerio Público puede ayudar indirectamente.

Su primera contribución consiste en liberar al juez de la investigación.

El problema se ha distorsionado y superficializado. ¿Por qué es que queremos liberar al juez de la investigación? Precisamente para que sea juez. El problema central no es quien investiga sino quien controla la investigación y allí la respuesta no puede ser otra que la judicial. No sólo porque políticamente ello es más sano sino, porque es claro en el diseño de las constituciones republicanas que dentro del concepto de jurisdicción se halla el control de ciertos actos que se sabe, por experiencia histórica, que pueden poner en peligro la seguridad de los ciudadanos.

Y si el juez no tiene que investigar ni las constituciones republicanas quieren que lo haga, ¿Quién podrá hacerlo? La respuesta es obvia: sólo el Ministerio público puede hacerlo. Hay quienes han dicho: Bueno, entonces establezcamos dos jueces, uno que investiga y otro que controla la investigación. Pero ello es sólo una cuestión de nombre, ya que el juez de investigación no sería otra cosa que un fiscal, que forma parte del poder judicial (como es el modelo de Costa Rica, por ejemplo).

Vemos pues que esta idea tan simple marca un cambio de perspectiva y le da otro "tono" a la discusión.

La segunda contribución del Ministerio Público es la desformalización de la investigación. El sistema inquisitivo es un sistema de registros. No porque otros sistemas no tengan registros sino porque el sistema inquisitivo se basa en registros (Quod non est in acta non est in mundo). El acceso a la información es siempre mediado por un registro. Esta mediación (que es un acto de poder, no olvidemos que históricamente la escritura ha generado fenómenos de poder e, incluso, su valor de centralización del poder penal a favor del monarca se cumple en gran parte porque el sistema escrito nace en el contexto histórico de una Europa analfabeta y de gran tradición oral). La formalización de la instrucción ha formalizado el juicio y la formalización del juicio es su muerte.

Esta formalización se da, tanto en la rigidez de las formas procesales, como en la secuencialidad absurda (recordemos, por ejemplo, que el "expediente" tiene que tener una

hilación que no responde Sólo a un criterio de orden sino que tiene un carácter sacramental, como si se tratara de un organismo vivo, que tiene que reflejar el hilo conductor de la vida) y una vigilancia estricta de las formas en cuanto tales. La función garantizadora de las formas procesales -que es su único sustento, ya que su antigua contribución a la seguridad jurídica, como en el viejo procedimiento formulario ya no tiene vigencia- queda totalmente superada por la sacramentalidad del trámite.

El ingreso del Ministerio Público debe servir a la desformalización de la investigación como uno de los medios más eficaces de preservar el juicio. Si el mismo expediente judicial, con las mismas sacramentalidades ridículas, lo único que pretendemos es que ahora lo firme el fiscal en lugar del juez de instrucción, entonces carece de sentido una reforma procesal.

b) El Ministerio Público y la Policía.

En la mayoría de los países de América Latina, la investigación policial es deficiente. Pueden existir cuerpos policiales mejor o peor preparados, pero lo cierto es que desde el punto de vista del aporte de una verdadera investigación al proceso, en todos los países existen problemas. Por supuesto, ello no es un problema autónomo, sino derivado de la crisis del sistema de instrucción.

Pero el problema no es sólo de eficacia de la investigación, sino de organización del cuerpo policial y de inserción de la policía dentro del contexto de las instituciones democráticas. Uno de los errores que, en general, hemos cometido hasta ahora dentro del proceso de reforma en América Latina es no preocuparnos intensamente por la incorporación de la policía a ese proceso así como el de no transmitirle valores positivos a esa institución. Todos reconocemos que no es posible prescindir de la policía en el contexto de la sociedad moderna, pero también le transmitimos señales de desprecio. Esta posición ambivalente ha ocasionado en muchas ocasiones que la policía busque sus valores positivos mirando al sector militar.

Una vez más el Ministerio público cumple un papel importante en este proceso. Por un lado, el proceso de profesionalización de las policías, que es un proceso permanente ya que debe acompañar la creciente complejidad de las conductas criminales, no se puede realizar sin que el Ministerio Público oriente esa profesionalización. Por supuesto, -y nuevamente nos hallamos ante el mismo problema- siempre que presupongamos la necesidad de un proceso penal que funcione correctamente. Si pensamos en una policía que entiende que un caso está "cerrado" simplemente cuando ella ha llegado a la convicción de que las personas imputadas son culpables entonces no será necesario el Ministerio público y la justicia cumplirá la función de legitimadora de la "convicción policial". Pero si pensamos en un proceso donde es necesario probar esa responsabilidad, entonces el Ministerio Público se convierte en una institución necesaria.

Por eso se ha dicho que el Ministerio Público es una institución bifronte, con una cara mirando al mundo policial y otra cara mirando al mundo judicial. Esta función de puente, de interfase entre estos dos mundos -cada uno de ellos con sus reglas, sus costumbres y

sus valores propios- es quizás la otra gran misión de este Ministerio Público penal que está emergiendo en América Latina. La mayoría de las legislaciones establecen normas sobre la subordinación de la policía a la justicia pero esas normas nunca se han convertido en una verdadera relación. Por supuesto los policías cumplen las órdenes de los jueces, pero existe cierta impermeabilidad de un sistema al otro, que no se puede relacionar sólo sobre la base del miedo mutuo y ni siquiera sólo sobre la base de la idea de control. En cualquier sistema procesal la policía cumple una función importante ya que ella es la que realiza las actividades concretas de investigación pero esas investigaciones policiales se vuelven insuficientes para hacer frente a la delincuencia no convencional. Frente a ella es necesario establecer estrategias de investigación de largo plazo, conformar grupos interdisciplinarios, diseñar mecanismos de recolección y recuperación de información y, además, lograr que toda la información acumulada durante la investigación ingrese válidamente al proceso a través de los medios de prueba establecidos y de las reglas de legalidad que rijan la prueba. Todo ello es una actividad compleja que necesita un alto grado de coordinación de distintas entidades.

La tarea consiste en reorganizar el sistema de investigación en su conjunto y dotarlo de eficacia para enfrentar situaciones complejas y dinámicas. Si esto significa que cierto sector de la policía deba pasar al Ministerio Público o se trata de una relación funcional es un problema diferente aunque importante. Muchas veces se ha superficializado la discusión y se ha olvidado que el problema principal no es la ubicación de la policía sino la reconstrucción del sistema de investigación. Desde esta perspectiva creo que es más importante una dirección funcional que una inserción administrativa de la policía dentro del Ministerio Público.

### c) Ministerio Público y sociedad.

La tercera relación que marca las grandes tareas de este Ministerio Público emergente es con la sociedad. Muchas veces se ha discutido si el Ministerio Público es representante del Estado o de la sociedad pero creo que la pregunta correcta es cómo se relaciona ese Ministerio Público con la sociedad en su conjunto. Hoy día ella está desorientada, porque el modelo del juez de instrucción provoca esa desorientación. ¿Quién es el responsable del fracaso de una investigación? Rara vez se le atribuye esta responsabilidad a la policía. De este modo el modelo del juez de instrucción es un sistema que genera siempre desprestigio para la justicia. El juez de instrucción será benigno y se dirá, entonces, que "los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra" o será un juez inquisidor y entonces se le atribuirán violaciones a los derechos humanos. Creer que un juez puede llegar al equilibrio perfecto dentro de las atribuciones contradictorias que le asigna el sistema inquisitivo es un ideal nunca cumplido. De este modo, aquella institución que necesariamente tiene que tener un gran prestigio social se ve afectada no ya por su actuación sino por el diseño mismo de sus funciones.

El Ministerio Público debe romper este círculo vicioso asumiendo para sí parte de la responsabilidad. Concretamente él es el responsable del éxito o el fracaso de una investigación. De este modo la percepción social sobre la administración de justicia adquiere una especificidad que hoy no tiene.

Dentro del conjunto de relaciones entre el Ministerio Público y la sociedad se encuentra el problema de su relación con las víctimas. El proceso penal moderno, por lo menos desde la perspectiva latinoamericana, no confía plenamente en el Ministerio público y permite un ingreso cada vez mayor de la víctima al proceso penal. Esto significa un paso más en la ruptura de la idea del monopolio estatal que subyace al concepto mismo de la acción pública. De este modo, el querellante ya no debe ser un sujeto procesal secundario y se va abandonando incluso en los últimos proyectos la idea del querellante adhesivo del Modelo Iberoamericano.

De esto no se debe extraer la idea de que la víctima debe competir con el Ministerio Público. En primer lugar porque aún cuando se trate de un querellante conjunto, sin ningún tipo de subordinación, el Ministerio Público debe colaborar con ella, en especial ayudándole a recolectar la información que el querellante necesita para fundar su acusación. En segundo lugar porque existe una gran cantidad de víctimas que no desean asumir el rol de querellantes o no pueden hacerlo porque no están en condiciones de asumir las cargas que ello significa. En estos casos el fiscal debe asumir con claridad su función de abogado de la víctima. Aquí se produce otra ruptura a la idea de monopolio estatal -recuérdese aquí el horizonte político sobre el cual sugerimos que debía proyectarse el problema de Ministerio Público-, ya que el concepto de acción pública no debe ser equiparado directamente a interés estatal, en el sentido de que el estado asume la ofensa. El concepto de acción pública significa también servicio del Estado a la víctima, servicio que se nutre de la intención que tiene el estado de controlar, de algún modo, la globalidad de la violencia social.

Es necesario, pues, volver a reflexionar sobre el concepto de acción pública en un contexto distinto, en el que se rompa la ficción del Estado-víctima. la víctima es la víctima y es discutible, incluso, si puede el Estado ser víctima, aún los llamados delitos contra la administración pública.

Un Ministerio Público que asume su rol frente a las víctimas debe ser un Ministerio Público que realiza acciones concretas frente a ellas. Los derechos de las víctimas en el proceso penal también se están ampliando del marco reducido de permitir su participación en el proceso. Derecho a la información, derecho a participar del juicio -no sólo como testigo-, derecho a realizar ciertas impugnaciones sin ser querellante, etc, van conformando poco a poco, un conjunto de exigencias distintas, muchas de ellas directamente vinculadas a la actividad del Ministerio Público.

## V. LA ESTRUCTURA DEL MINISTERIO PUBLICO. ORGANIZACION REFLEJA vs ORGANIZACION PROPIA.

Si, como vimos, el nacimiento del Ministerio Público penal está ligado a grandes problemas estructurales, que no pueden ser reducidos a simples problemas funcionales, entonces cabe preguntarse ¿Qué tipo de organización necesita el Ministerio Público?

Hasta ahora, incluso en la mayoría de los nuevos textos legislativos o en los proyectos de ley que se están estudiando en diversos países, la respuesta ha sido superficial. Más bien pareciera que ni siquiera se ha planteado como un problema profundo ya que se ha recurrido casi de un modo automático y, en todo caso, de forma acrítica, al modelo de organización judicial. De este modo el Ministerio Público se organiza de un modo reflejo, sin tomar en cuenta las características propias que deben surgir de sus finalidades sociales, de sus valores, de las exigencias funcionales y, en especial, de su carácter de institución emergente. La organización refleja del Ministerio Público no sólo recurre a un tipo de organización piramidal -lo que no es el problema, ya que se entiende que uno de sus principios organizativos es, justamente, el de la jerarquización, sino que también reproduce otro tipo de relaciones propias de la administración de justicia. Cuando observamos que se habla de fiscales de primera instancia, o fiscales de Cámara, o de fiscales adscriptos a los juzgados, etc, estamos asistiendo a la transferencia de conceptos tales como el de competencia que no tienen ninguna relevancia en la organización del Ministerio Público sino que están ligados a garantías judiciales, tales como el juez natural o la imparcialidad.

Está pendiente, pues, una reflexión profunda sobre qué tipo de organización se debe construir a partir de la situación actual del Ministerio Público y de sus tareas futuras. Una organización dinámica, que permita la adaptación a las circunstancias políticas, una organización en transición porque la misma institución se encuentra en ese estado, una organización que lo torne eficaz en esas tres dimensiones problemáticas señaladas en el capítulo anterior.

No se debe confundir un problema organizacional con un problema administrativo. El problema organizacional es mucho más amplio y, entre otras cosas, nos enfrenta al tema de la cultura organizacional. Muchas veces, por ejemplo, hemos hablado de la ideología de los jueces, de su cultura jurídica y hemos prestado bastante poca atención al problema de la cultura organizacional. En este sentido el sistema inquisitivo -que repetimos no debe ser confundido con un sistema procesal sino que es un sistema cultural- ha generado una determinada cultura organizacional autoritaria cuya persistencia es notoria y que ya podemos vislumbrar como la gran enemiga de todo el proceso de transformación judicial. Por ejemplo, es esta cultura organizacional la que ha tenido la enorme capacidad de absorber todas las reformas parciales que se han realizado a lo largo de la historia de nuestros países. Es esta cultura organizacional la que verdaderamente establece el ritmo de la administración de justicia penal.

Entonces, el modelo de organización refleja del Ministerio Público penal no sólo condiciona su funcionamiento sino que reproduce la cultura organizacional de la justicia penal. Una organización refleja del Ministerio Público lleva dentro el virus del sistema inquisitivo y preanuncia nuestro fracaso.

## VI. EL MINISTERIO PUBLICO EN CLAVE ESTRATEGICA.

Finalmente, cabe preguntarnos qué función cumple la emergencia del Ministerio Público en la perspectiva de la estrategia de reforma de la administración de justicia. El problema

es el siguiente: si se modifica radicalmente el sistema procesal en la tendencia predominante hacia el sistema acusatorio, entonces es necesario contar con un Ministerio Público penal preparado para asumir esa tarea, sin reproducir los vicios del sistema inquisitivo. Pero la preparación de ese Ministerio Público no es sencilla y pareciera que los plazos promedio de "vacatio legis" no son suficientes. Entonces pareciera que es necesario comenzar por la modificación de la estructura del Ministerio Público, ya sea mediante reformas parciales o mediante una nueva ley del Ministerio Público pero aquí nos encontramos con el hecho de que los fiscales deben comenzar a actuar dentro de un contexto del sistema inquisitivo, dentro del cual no tienen verdadera cabida y se corre el gran peligro de que absorban la cultura inquisitiva -muchos más aun sabiendo el tiempo de varios años que insume una reforma procesal penal- de tal modo que luego se convierte en un adversario del modelo acusatorio en lugar de un pilar de la transformación. Este círculo vicioso plantea problemas que difícilmente se puedan responder en términos generales o abstractos. La dinámica política de cada país, la estrategia particular de reforma indicará el modo de resolverlo. Lo que no podemos ignorar es el grave peligro de este círculo vicioso que ya se está manifestando en los países que han avanzado en el proceso de reforma.

Es importante concluir, pues, que la transformación del Ministerio Público no puede ser un hecho aislado. Ella es sólo una parte de la estrategia global de transformación de la justicia penal, aunque plantee algunos problemas particulares que deben ser afrontados con especificidad, sin olvidar la globalidad del problema de la justicia penal y su multidimensionalidad.

Se está perfilando un nuevo Ministerio Público penal en América Latina y ello nos plantea grandes desafíos. La dinámica política del proceso de reforma no nos da la tranquilidad suficiente como para resolver acabadamente cada uno de esos desafíos. En este sentido es tan nociva, a mi juicio, una posición acrítica y superficial, que lleve a crear un Ministerio Público reproductor del sistema inquisitivo, como una posición de crítica paralizante, que anule nuestra capacidad de operar sobre la realidad. Hallar el nivel de problematización que exige el proceso real de transformación es la tarea más inmediata y el desafío intelectual que se nos presenta en esta hora en la cual la sociedad no sólo exige nuevas ideas, sino también cambios profundos en la estructura de una administración de justicia obsoleta, alejada de las necesidades sociales, reproductora de violencia antes que pacificadora y sobre todo, inhumana.