

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA INDEPENDENCIA
DEL MINISTERIO PUBLICO

Dr. Felipe Seisdedos

I. ----- INTRODUCCIÓN

La independencia del Poder Judicial viene mereciendo desde larga data las meditaciones y preocupaciones de juristas y politicólogos, amén de contar con abolengo en la historia de las instituciones jurídico- políticas (¹) . No ha corrido la misma suerte, pese a merecerla, la independencia del Ministerio Público; ya que todavía se la cuestiona o, al menos, se la retacea.

Los argentinos hemos dado muestras de originalidad en la modelación de nuestras instituciones jurídico-políticas, aunque más no fuere en la adaptación de las que adoptamos. El Ministerio Público es un buen índice de lo dicho. En efecto, su regulación en el derecho público provincial anticipa soluciones que más tarde recogerá el derecho comparado (²) . Su independencia aparece nítida en las normas fundamentales de la inmensa mayoría de las provincias argentinas, adelantándose de este

1 La independencia se predicaba de los parlamentos del antiguo régimen francés (Cfme. Tocqueville Alexis de, **“El Antiguo Régimen y la Revolución, ps. 159/160**); Sarmiento García, Jorge, **“Proceso Administrativo”**, p. 30; Manzini, Vincenzo, **“Derecho Procesal Penal”**, t. II., p. 275, nota 13). En Inglaterra su nacimiento se ubica en el Act of Settlement (Cfme. Loewenstein, Karl, **“Teoría de la Constitución”**, p. 294 y Pereira Pinto, Juan Carlos, **“Derecho Constitucional”**, t. II, pg. 629).

2 Es Parcialmente cierto que “por primera vez en los fastos constitucionales sostiene el Dr. Carlos Ayarragaray, se dio categoría constitucional al Ministerio Público en la constitución federal brasileña” de 1946 (Ruiz, Juan Manuel “Acerca de la independencia y jerarquía de los procuradores fiscales federales” en LL 93-860). Destaca la solución aportada por las provincias argentinas Fix Zamudio Héctor, Ponencia General del Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, en “Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”, UNAM, México, 1977, p. 26.

modo a soluciones que hoy se propician por la más caracterizada doctrina y desde los más diversos foros ⁽³⁾ .

Cuando nos acercamos al tema que nos ocupa partíamos del pre-concepto que el Ministerio Público era un órgano judicial no jurisdiccional. Hoy nos parece más correcto caracterizarlo como órgano extrapoderes ubicado al “margen” y “en relación” con el Poder Judicial, el Ministerio Público es un satélite que gira en la órbita del Poder Judicial sin confundirse con él ⁽⁴⁾ . Pero esto último, precisamente, refuerza la necesidad de insistir en su independencia.

El estudio que sigue, enmarcado en el derecho federal, es de lege ferenda, ya que de lege lata el Ministerio Público aparece como un “híbrido” ⁽⁵⁾ .

II- — CARACTERIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público es fundamental y radicalmente un órgano del Estado a quien compete la guarda del principio de legalidad. Ello se advierte claramente al reparar en su cometido de defensa del orden público, cuando actúa en el proceso velando por la recta aplicación de las normas jurídicas indisponibles para los justiciables ⁽⁶⁾ .

Al Ministerio Público corresponde además la promoción y el ejercicio de la acción penal. En nuestro régimen la acusación es una exigencia

3 Fue la opinión unánime en la Constituyente de 1957 (Cfme. Lozada, Salvador, “**La reforma del Ministerio Público**”, en J. A. 1960-A-9); del Primer Congreso y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, México, 1960 (Fix Zamudio, Héctor, op. cit., p. 27); del Primer Congreso Latinoamericano del Ministerio Público, San Pablo, 1954 (Ruiz, Juan Manuel, op. cit., ps. 860/861); del XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981; según Maier también del Noveno Congreso Internacional de Derecho Penal y de las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal (Maier, Julio, “**La investigación penal preparatoria del Ministerio Público**”, p. 48), aunque de la información que sobre el primero proporciona Beiderman la conclusión de Maier no surge clara (Beiderman, Bernardo, “**El Noveno Congreso Internacional de Derecho Penal**”, en L.L. 115-1108).

4 Las expresiones entrecuilladas son de López (López, Mario Justo, Documento de Base del Seminario sobre “**Organización Jurídico Política del Estado**”, p. 33); Noaco, por su parte, destaca que “su función pertenece a la órbita del Poder Judicial” (Noaco, Julio César, “**Colisión de poderes públicos por una ley reprochable**”, en J. A. Doctrina, 1973-139). Ha receptado nuestra tesis Sagués (Sagués, Néstor P., “**Carrera Fiscal**”, en “**El Derecho**”, t. 107, p. 890).

5 Bidegáin, Carlos María, **Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional**, t IV., p. 308. De lege lata Vanossi indica: “en verdad, la situación de los agentes del Ministerio Público (fiscales) es más cercana al punto de vista «ejecutivo» que el criterio «judicial»” (Vanossi, Jorge, “**Teoría Constitucional**”, t. II, p. 349). Más concluyente en el sentido que el Ministerio Público no integra el Poder Judicial: D’Albora, Francisco, “**El Ministerio Público y el querellante particular**”, en E. D. de 19-X-81. Vanossi ha destacado la irrazonable “fractura” pretendida por algunos entre el procurador general como integrante de la corte y el resto del M. P. dependientes del P. E. (Vanossi, Jorge R., “Otra vez sobre el Ministerio Público”, en ED. 102-528).

6 Vanossi, Jorge, op. cit., t. II., ps. 46 y ss.

derivada del art. 18 de la Constitución Nacional —debido proceso adjetivo— y, a su vez, por imperativo legal aquélla descansa casi monopólicamente en un órgano estatal, siendo, por último, indispensable su promoción y ejercicio. En otras palabras, la pretensión punitiva del Estado, gobernada por el principio de reserva penal, es *irrefragable* para él y no puede decidir al respecto con un criterio de oportunidad ⁽⁷⁾. Por ello, entonces, es fácil concebir al Ministerio Público actuando en el proceso penal como órgano custodio de la legalidad, en aquella parte del orden jurídico que es “retributiva”.

Lo anterior explica que se postulen adiciones y supresiones en las tareas que incumben al Ministerio Público. Así se ha sugerido atribuirle la facultad de iniciar la acción de lesividad en el proceso administrativo ⁽⁸⁾. En sentido contrario, restarle la defensa de los intereses patrimoniales del Estado, que de efectivizarse evitaría la mayor parte de los malentendidos que han oscurecido la temática referente al Ministerio Público ⁽⁹⁾.

Distinta es la situación del Ministerio Pupilar, con lo que queremos referimos a los asesores de menores y defensores de incapaces, pobres, ausentes y oficiales en el proceso penal. Su ubicación dentro del Ministerio Público parece justificarse por una especie de tradición ⁽¹⁰⁾ y atento a que “en el ámbito del Poder Judicial, no se hace cargo el Estado de esas defensas, a través de los funcionarios en cuestión, en miras de la caridad o

7 La prohibición de actuar de oficio, la necesidad de la acusación —no necesariamente pública o estatal— y la indisponibilidad de la acción penal para el acusador público son lugares comunes en nuestra literatura jurídica. Ver: Bidart. Campos, Germán, “**Derecho Constitucional del Poder**”, t. IX, ps. 252 y ss.; Claría Olmedo, Jorge, “**Derecho Procesal Penal**”, t. II., pas. 263 y 269; Vélez Mariconde, Alfredo, “**Derecho Penal**” t. I., 242/243 y t. IX, ps. 179/183.

8 González Pérez, Jesús y otros, “Justicia Administrativa”, ps. 90/91.

9 Avellaneda Huergo, Alfredo, “**El Ministerio Fiscal**”, dedica continuamente sus esfuerzos a resaltar el error de equiparar al Ministerio Público con los “abogados del estado” y recuerda que el derecho español en el siglo XITI. distinguía entre el “abogado fiscal” y el “abogado patrimonial”, ambas funciones fueron refundidas por el decreto patrio de 27 de enero de 1829 en un solo órgano (Cfme. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Levene, Ricardo (h), “**Derecho Procesal Penal**”, t. I., ps. 369 y 372/373). La última voz que se ha alzado en el sentido del texto es la de Chiara Díaz, Carlos, **Características de la intervención del Ministerio Fiscal y el actor civil o querellante en el proceso penal**”, en E.D. de 16-X-1981, p. 2.

10 Avellaneda Huergo, Alfredo, op. cit., atribuye la creación del oficio de asesor de menores al Cabildo de Buenos Aire en 1814. Los defensores oficiales y el Ministerio Pupilar son considerados como integrantes del Ministerio Público por: Claría Olmedo, Jorge, op. cit., p. 175; Vanossi, Jorge R., op. y loc. cit., p. 530/531; Palacio, Lino Enrique: “Manual de Derecho Procesal Civil,” t. I., p. 185 y S. C. de Mendoza, Jurisprudencia de Mendoza, 1ra. Serie, T. IV., p. 88. Ayarragaray y Ruiz se inclinan por excluir de lege ferenda del Ministerio Público a estos funcionarios (Cfme. Jofré, Tomas, “**Manual**”, t. I., p. 225).

beneficencia, sino en atención al fin supremo de la justicia que, ciertamente, se comprometería si quienes por razones de cualquier índole, se encuentran en la imposibilidad de ejercer en juicio los derechos que les confiere la ley”⁽¹¹⁾.

III. — INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

La independencia del Poder Judicial deriva de su imparcialidad, aquella resulta corolario de ésta. Debido a que la prudencia política exige un órgano imparcial se lo hace independiente. No se estructura *ti priori* y sin razón alguna un órgano independiente para luego predicar su imparcialidad, el proceso se desenvuelve en sentido contrario.

Imparcialidad no significa tanto un tercero independiente, que existiría tan sólo en litigios entre particulares, sino esencialmente que el principio de legalidad no sufra excepciones en consideración al destinatario de la norma.

El Poder Judicial cuando el Estado es parte en el proceso no es un tercero, ya que obviamente es uno de sus órganos. Únicamente podrá sostenerse que es tercero frente a otro órgano del Estado, que comparece a juicio en calidad de parte representando a éste, pero ello no impide que aquél, a su vez, siga siendo órgano estatal y manifestación de una personalidad única. De ahí que los actos del órgano-parte y los del órgano-juzgador se imputen al Estado. En estos supuestos sólo de un modo muy figurado puede decirse que el Poder Judicial es un tercero. Ahora bien, lo último no es ni siquiera posible cuando la acción procesal administrativa se encamina a extinguir un acto administrativo emanado un órgano del Poder Judicial, de idéntica forma cuando el amparo procede ante lesiones causadas por órganos judiciales actuando fuera de la función jurisdiccional.

Negar su carácter de tercero no implica ignorar su independencia. Sigue siendo independiente en la medida que lo requiere su imparcialidad. Imparcialidad e independencia en un doble sentido. Primeramente, porque decide las causas con total prescindencia de las sugerencias, indicaciones y presiones de los restantes detentadores del poder. Y, además, porque aplica el derecho cualquiera fuere el resultado de ello, es decir, siempre ajeno a razones de oportunidad, mérito o conveniencia. En síntesis: “la

11 Lapalma, Guillermo, “**Régimen Jurídico del Ministerio Público**”, en L. L. 119-1104, p. 1101.

administración serena, recta e imparcial de las leyes” (12) .

Este tipo de imparcialidad, que apareja independencia, se le exige igualmente al Ministerio Público. Ya en 1853 se sostenía: “El Ministerio Fiscal debe ser inflexible en el cumplimiento de su deber; no tiene gracias que conceder, ni existen agravios que vengar; la ley le prohíbe la indulgencia, la ley le veda la severidad. Ni el temor, ni las lágrimas, ni las amenazas, ni las ofertas deben separar a los miembros del Ministerio Fiscal de la senda trazada por las leyes, y es así que ni el llanto de la madre desconsolada ni de la esposa tierna deben excitar su compasión, ni las amenazas del sanguinario asesino producir temor, ni la influencia del poderoso deben inclinar al Ministerio Fiscal ni a la indulgencia ni a la severidad” (13). Idéntico criterio, aunque expuesto con mayor sobriedad, ha mantenido la Corte Suprema al decir: “siendo su misión no sólo promover con la mayor eficacia la persecución y castigo de los delitos, y demás intereses de la causa pública, sino también defender la justicia, y prestar su apoyo a la inocencia” (14) .

La independencia del Poder Judicial, derivada de su imparcialidad, se traduce en la inamovilidad en el cargo, en un sistema calificado de remoción —juicio político o enjuiciamiento por un jury especial— y en las garantías relativas a la intangibilidad de la remuneración.

Pues bien, postulamos un régimen semejante para el Ministerio Público, inclusive hacerle extensivas las instituciones propias de la “carrera judicial” de crearse ésta. Ello por la sencilla razón que a él, vigía y guardián permanente del principio de legalidad, también se le exige que obre imparcialmente, que sea un órgano neutral.

12 “Es un poder neutral, si por neutralidad entendemos imparcialidad — no sólo frente a las partes del proceso, sino frente a los distintos sectores Políticos e intereses del partido” (Bidart Campos, Germán, op. cit., y Loe. Cit., p. 218). Hamilton, Madison y Jay, “**El Federalista**”, p. 330.

13 Hernández de la Rúa, cit. por Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Levene, Ricardo (h), op. cit., t. I, p. 368 nota 1. Antes aún, en 1812, D. Riva sostenía: “Céese pues, de una vez el funesto prejuicio que todavía persiste en algunos, de no ver en el Ministerio Público más que un magistrado siempre armado y siempre inexorable. Piénsese que quiere la ley que de sus conclusiones dependa igualmente la condena y la absolución de (sic) ciudadanos llevados ante los tribunales; que la paz y la tranquilidad de los ciudadanos se fundan, como la seguridad pública, sobre su valor y su lealtad, que con la misma mano que persigue la culpa debe socorrer al infortunio” (cit. por Manzini, Vincenzo, op. cit., t. II, p. 314, nota 3).

14 Cit. por Vanossi, Jorge, “**José Benjamín Gorostiaga**”, ps. 167/168. Lo que no implica desconocer que en muchas oportunidades, por razones de “sicología judicial”, el Ministerio Público obre de conformidad con el principio de culpabilidad y razona “daltónicamente” (Altavilla, Enrico, “**Sicología Judicial**”, t. H., ps. 1063 y 1065).

Lo último ha dejado perpleja a la doctrina, toda vez que el concepto de parte parece incompatible con el de neutralidad ⁽¹⁵⁾ . Pese a ello, sin renunciar a su imparcialidad, se ha terminado por admitir su carácter de parte en el proceso penal. Parte “al revés” o “fabricada” según Carnelutti, “sui generis” en opinión de Manzini, “formal” de acuerdo a Guarnieri ⁽¹⁶⁾, pero, de cualquier modo, siempre parte imparcial.

Ni que decir en aquellos casos en que el Ministerio Público realiza la instrucción preparatoria con facultades para indagar, detener y conceder excarcelación. En esta hipótesis un sector de la doctrina termina por reconocer el carácter jurisdiccional de tales actos efectuados por el Fiscal ⁽¹⁷⁾. De consiguiente, resultaría burdamente contradictorio no admitir la imparcialidad e independencia de quien actúa jurisdiccionalmente.

Idénticamente, cuando se extrema el “nenio iudex...” y se concluye que el Ministerio Público de segunda instancia debe mantener el recurso para que se “abra” la jurisdicción de la alzada, no sólo se dignifica al Ministerio Público como afirma certeramente Cuneo Libarona, sino que también se lo erige en una pieza clave en el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado. Y ese engranaje fundamental debe ser imparcial porque de él depende en gran parte el interés estatal de punir y el de los subditos por la libertad.

De todos modos, si no se compartiera que en algunas circunstancias el Ministerio Público ejerce función jurisdiccional y las conclusiones del caso “Gómez”, se nos ocurre que lo anteriormente expuesto explica sobradamente la imparcialidad y consiguiente independencia del Ministerio Público.

IV. — UBICACIÓN INSTITUCIONAL E INDEPENDENCIA

Parecen ser únicamente tres las posturas referentes a la ubicación institucional del Ministerio Público: órgano administrativo dependiente del Poder Ejecutivo, órgano judicial no jurisdiccional u órgano extra-poderes.

15 Ver: Carnelutti, Francesco, “**Lecciones sobre el proceso penal**”, p. 231. González Pérez, siguiendo a Guasp, afirma el carácter de parte y la imparcialidad del Ministerio Público (González Pérez, Jesús, op. cit., ps. 97/98 y “**Derecho Procesal Constitucional**”, p. 98).

16 Carnelutti, Francesco, “**Cuestiones sobre el Proceso Penal**”, ps. 213/214. Manzini Vincenzo, op. cit., t. II., p. 314, nota 3. Guarnieri, José, “**Las partes en el proceso penal**”, p. 156. “El Ministerio Público es un juez que baja”, “es un juez que se hace parte” (Carnelutti, Francesco, “**Cuestiones**”, p. 213).

17 Cfme. Núñez, Ricardo, Código Procesal Penal de Córdoba-Anotado”, ps. 46 y 65.

Por más que en principio los tres modos de concebir al Ministerio Público concluyen otorgándole algún grado de independencia, sea al cuerpo fuere a los funcionarios que lo integran, la cuestión de su ubicación institucional no resulta del todo irrelevante. En efecto, aquella guarda estrecha relación, en calidad y grado con ésta. Casi no es menester señalar que la primera opción mengua la independencia, basta prácticamente anularla, mientras la tercera la absolutiza.

V. — ÓRGANO ADMINISTRATIVO ANEXO AL PODER EJECUTIVO

Es la solución clásica aportada por Francia, país donde se origina la institución con sus caracteres modernos, y, en gran medida, la del derecho italiano. Se imponen algunas precisiones.

No es de extrañar que en Francia el “parquet” resulte dependiente del Ejecutivo ⁽¹⁸⁾ si computamos que su judicatura es una de las “menos independientes del orbe”. De ahí que no escandalice la “conocida frase: “Le ministere public c’est l’oil du gouvernement par lequel sont observé les tribunaux” ⁽¹⁹⁾. Con todo, la independencia se refugia en el no menos famoso adagio: “la plume est serve la parole est libre” ⁽²⁰⁾.

En Italia la conclusión no surge tan nítida, lo que ha provocado algunas polémicas. Es cierto que la modificación de 1946 al Ordenamiento Judicial de 1941, trocó por “vigilancia” la “dirección” que ejercía el Ministerio de Justicia sobre el Ministerio Público. También que la constitución del 47 dispone que integre la magistratura. Pero, pese a esos avances, la “vigilancia” del Ministro se mantiene; en ciertos casos el Ministerio Público se encuentra atado a la voluntad de aquél; el art. 107 de la Constitución no consagra ninguna garantía expresa sino que se remite a la ley; y ello sin contar con que en los hechos la independencia se encuentra bastante vapuleado. Manzini y Leone, entonces, concuerdan en que el

-
- 18 C. S. J. N., “Gómez, Mario Sixto”, L. L. 82-536. En “Blancomar” la Corte admitió la constitucionalidad del arte. 41 del decreto-ley 2021/63 que obliga al Fiscal de Cámara a mantener el recurso del Fiscal (Cfme. L. L. 131-281 y Cfr. Cuneo Libarona, Mariano, “El Fiscal de Cámara en lo Penal”, en CU L. 1978-A-57).
- 19 Curiosamente la Revolución Francesa le confirió independencia, la que 6in embargo “poco duró” (Ciaría Olmedo, Jorge, op. cit., p. 279).
- 20 Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Levene, Ricardo (h), op. cit., p. 376 y nota 14.

Ministerio Público es un “órgano del Poder Ejecutivo” u “órgano administrativo” según expresan respectivamente (21).

En el derecho patrio Joaquín V. González, Jofré y Naón son los abanderados de la corriente que propugna de jure condendo la postura que venimos analizando (22). Por razones de espacio nos ocuparemos exclusivamente de los fundamentos que aporta Jofré para avalar su tesis (23).

1º) Como la división de poderes consagrada por la Carta del 53 no es absoluta ni tajante “no tiene entonces nada de particular que el Poder Ejecutivo, a quien compete el mantenimiento del orden público, tome participación en la administración de justicia por intermedio de los fiscales”.

Coincidimos en que la distribución de funciones no es categórica. Sin embargo, su argumentación, en última instancia y de admitirse como correcta, sólo prueba que constitucionalmente el Ministerio Público puede depender del Ejecutivo, pero nada más. No explica, en cambio, por qué debe ser así, que es la cuestión a resolver de lege ferenda. Jofré desconoce la existencia de órganos fuera de la tríada clásica, que es lo que a nuestro juicio esclarece la solución del problema.

2º) Es lo que enseñan Inglaterra y Francia, constituye “el derecho común de Europa”.

En este caso el argumento de autoridad no convence. El ejemplo de Inglaterra es bastante discutible. Hemos visto que la tendencia actual en Italia intenta revertir esa situación. Asimismo conocemos las certeras críticas de Vélez Mariconde al sistema francés que implica la renuncia al principio de legalidad y su sustitución por el de discrecionalidad. Ello sin olvidar que del Ministerio Público francés se predica la unidad,

21 “El subterfugio implica una confesión de que, estando encargado de una función de justicia, este organismo no puede depender del Poder Ejecutivo cuando emite sus conclusiones finales acerca del fundamento de la pretensión represiva. Además, la doctrina es de una dudosa eficacia real, pues no puede gozar de verdadera independencia un funcionario respecto de otro que lo nombra, que le da órdenes e instrucciones y que tiene la facultad de trasladarlo o dejarlo cesante (Vélez Mericonde, Alfredo, op. y loc. cit., ps. 245/246).

22 Cfme. Manzini, Vincenzo, op. y loc. cit., 356 nota 1, 357/358 y 362/363 y Leone, Giovanni, “**Derecho Procesal Penal**”, p. 421 nota 4. En contra: Fix Zamudio, Héctor, op. cit., p. 26 y Biscaretti di Ruffia, Paolo, “**Derecho Constitucional**”, ps. 219 y 221.

23 Jofré, Tomás, “Manual”, t. I., ps. 218/221 y Prólogo a Ayarragaray, Carlos, op. cit., ps. VII a XIV. Naón, Eduardo M., “**Ministerio Público Comparado**”, ps. 262 y ss.. Sobre González, a quien no hemos consultado, ver la bibliografía que trae Jofré y una síntesis de su pensamiento en Ruiz, Juan Manuel, op. cit., en nota 2,

indivisibilidad y jerarquía, notas que *aproximadamente* corresponden al nuestro ⁽²⁴⁾.

3°) Son amovibles y “esa es la mejor manera de someterlos al cumplimiento del deber”.

En primer lugar, ello es únicamente correcto en lo atinente al Ministerio Público de primera instancia. Seguidamente, la amovilidad propiciada por Jofré ha desaparecido aún dentro de la Administración tras la reforma de 1957. Ella bien puede resultar el medio más expeditivo para hacer efectiva la responsabilidad, pero a su turno también es el medio más seguro y menos complicado para apartar al funcionario probo, lo que a la postre deviene mucho más perjudicial.

4°) Es la conclusión que se extrae de la reforma del 60 y de la primera ley sobre la materia dictada por el Congreso de Paraná.

Es otra verdad a medias. En 1860 desaparecen los fiscales de la Corte, no hay duda, pero ello no lleva derechamente a la integración del Ministerio Público en el Ejecutivo. El razonamiento tal vez sea eficaz ante la tesis judicialista, pero nada adelanta contra la que propugnamos. Además, en el Congreso de Paraná, amén de la polémica que rodeó al dictado de la ley, la mayoría confundió las tareas propias del Ministerio Público con las de representación del Estado. Deslindadas ambas funciones, como lo propusimos, poco dice este “antecedente”. Para terminar, se trata de determinar cómo debe estructurarse al Ministerio Público no como lo que ha sido o lo es, máxime cuando ninguna razón convincente se extrae de los debates que recuerda Jofré.

5°) Es indebida la inamovilidad del Ministerio Público y su remoción por el “inocuo” procedimiento del juicio político.

Acierta al considerar que por la vía legislativa no puede ampliarse la competencia del Congreso para remover funcionarios por el mecanismo previsto por los arts. 45 y 51 de la Constitución Nacional ⁽²⁵⁾. De idéntica forma, no puede seriamente cuestionarse la ineficiencia del juicio político. Aun así, nuevamente, las razones del eximio procesalista no conmueven la inamovilidad del Ministerio Público, tampoco, igualmente, impiden un sistema privilegiado o calificado de remoción distinto del juicio político.

24 “Se suele afirmar generalmente, repitiendo una de esas expresiones imaginativas y confusionistas en que es fecunda la literatura jurídica francesa, que el Ministerio Público es uno e indivisible (Manzini, Vicenzo, op. y loc. cit., p. 374). Cfme. Claría Olmedo, Jorge, oc. y loc. cit., p. 268.

25 Cfme. Bielsa, Rafael, “**Estudios de Derecho Público**”, t. III, p. 209, quien añade correctamente que tampoco es viable extender legislativamente el acuerdo del Senado para su nombramiento. Colautti limita la posibilidad de juicio político al procurador general (Colautti, Carlos E., Dependencia y estabilidad del Ministerio Público, en L. L. de 11-8-983, p. 8).

6°) De sus explicaciones resulta que el sistema que defiende se erige en la “tradicción” del derecho patrio.

Precisamente lo que se postula es abandonar la tal tradición (26), toda vez que la Constitución tolera una solución distinta a la ensayada hasta la fecha.

7°) Plantea la hipótesis que ante un crimen horrendo “un juez venal o ligero” sobresea o absuelva y el Ministerio Público tolere esa situación.

Si es por ponerse tenebrosos cabría preguntarse qué sucedería si el Presidente y el Congreso se encuentran interesados en tamaña absolución. No se trata de otra cosa que del eterno problema de quien guarda al guardián, que no es posible ni beneficioso multiplicar basta el infinito. Sin perjuicio que sobre lo patológico no puede edificarse ningún sistema; por más que, en la medida de lo factible y razonable, tampoco debe ignorarse su presencia (27). Alcalá-Zamora concluye que de considerar al Ministerio Público representante del Poder Ejecutivo se desemboca en que se persigue penalmente únicamente a quien quiere éste. Entre el mal que anuncia Jofré y el que profetiza el procesalista español preferimos el primero. Se trata aquí, como siempre, de elegir lo mejor dentro de lo posible, y lo mejor radica acá en aceptar el sistema que resguarde más adecuadamente la vigencia del principio de legalidad, o sea, confiar en un órgano imparcial e independiente.

8°) Se pregunta: “¿acaso el gobernador y el presidente no pueden conmutar penas, aún de los procesados, con idénticos resultados?”.

Realmente sorprende tan grave error en un hombre del talento de Jofré. Nos parece fuera de toda duda que el Presidente no puede indultar al procesado por impedirselo el art. 95 de la Constitución. Jofré ignora, o quizás mejor olvida los efectos limitados del indulto: en lo atinente a la antijuricidad del hecho, la reincidencia, etc.; en resumen, aquello de que borra la pena pero no el delito.

9°) “Es necesario tener en cuenta que en esta compleja vida moderna, tan cambiante y tan agitada, donde el elemento obrero ha adquirido suma importancia, pueden presentarse situaciones en que sea necesario pacificar

26 Torres, José A., nota en J. A., leg., p. 83, sostiene que en el derecho patrio con anterioridad a 1853 no existen técnicamente “antecedentes”. La tesis, harto discutible, le permite confirmar la postura de Jofré.

27 En este sentido constituye una garantía anexa la existencia del querellante particular y, de no admitirse, la posibilidad que el actor civil recurra las decisiones desincriminadoras también en los aspectos penales, aunque lo último normalmente no se acepta.

los espíritus y para lo cual sea indispensable que el Agente Fiscal no acuse o retire una acusación ya formulada” (28).

El argumento podría extenderse a otros sectores: políticos, estudiantiles, militares, industriales, etc. De esa manera el principio de indisponibilidad de la acción penal se reduce a cenizas y la profecía de Alcalá-Zamora se cumple acabadamente. Silencia Jofré que el indulto y la amnistía permiten lograr la tranquilidad de los espíritus de la que habla tras la borrasca y aún en medio de la tormenta.

10°) Es más fácil hacer efectiva la responsabilidad del Ministro de Justicia —por la prensa, por el Parlamento que podrá llamarlo a su seno y “llegar basta el juicio político— que la de un Agente Fiscal inamovible; con el cual ‘no puede discutirse públicamente’ y únicamente es removible a través del medio “único e inocuo” del juicio político. Sin contar que el Ministro es una “persona altamente colocada que tiene mucho que perder”.

Extraña que en un caso el juicio político resulte un medio idóneo y en el otro no. En cualquiera de ellos la situación es idéntica o, en todo caso, al contrario de lo que piensa Jofré, resultará prácticamente imposible hacer efectiva la responsabilidad del Ministro si su partido tiene mayoría en el Congreso, y esto último es lo habitual. Según certera expresión de Max Weber en la dominación burocrática “uno se hace funcionario para toda la vida”, con mayor razón como miembro del Poder Judicial o del Ministerio Público, en tal caso, estos funcionarios tienen tanto o más que perder que el personaje “altamente colocado” que ocupa el Ministerio de Justicia.

Hasta acá Jofré. Para cerrar el tratamiento del tema nos resta recordar que Naón, para quien el cuerpo es representante del Ejecutivo ante el Judicial y cuyo “jefe” es el Ministerio de Justicia, aboga en favor de la independencia del Ministerio Público. Llega a conferirle estabilidad y a prever un tribunal disciplinario especial para hacer efectiva su responsabilidad. El laudable esfuerzo pese a su sana intención está condenado de antemano al fracaso. Vélez Mariconde ha demostrado hasta el hartazgo que independencia e inamovilidad son absolutamente incompatibles con cualquier vínculo con el Ejecutivo, se trate de “dirección” o de “vigilancia” (29).

28 Similar es el pensamiento de Alsina, Hugo, “**Derecho Procesal Civil y Comercial**”, t. II., p. 350, nota 13, y Colautti, Carlos E., op. y loc. cit., p. 8.

29 Naón, Eduardo M., op. cit., ps. 262, 264/265, y 270/271. Vélez Mariconde, Alfredo, op. cit., ps. 248, 219 y nota 15.

VI. — ORGANO JUDICIAL NO JURISDICCIONAL

Hasta donde conocemos Avellaneda Huergo, Ayarragaray y Vélez Mariconde son los adalides de esta concepción. Vélez se encargó de “demostrar” que el Ministerio Público en lo penal por la naturaleza y fines de las tareas que cumple ejerce *función judicial no jurisdiccional*. Otro eminente procesalista cordobés, Ciaría, ratificó, a su turno, la postura, que completó con una revista del derecho público provincial. Por fin, otro hombre formado en Córdoba, Jorge Maier, ha sintetizado magistralmente la posición ⁽³⁰⁾.

“La función judicial del Estado en lo penal no se agota con el ejercicio de la jurisdicción, sino que abarca tareas diferentes para realizar el derecho penal sustantivo. Por imposición del derecho penal — *del ejercicio de las acciones*— el Estado ha tomado sobre si no sólo la labor de juzgar, sino también, como regla, la de perseguir (obligatoriamente) provocando la intervención del juzgador (delitos de acción pública). Sin embargo, esas dos tareas, *requirente y jurisdiccional*, son especies meramente formales de una misma actividad del Estado: la de administrar justicia en materia penal. Su unidad material surge al reparar en la unidad de fines de ambas labores: su meta final es la realización del derecho penal y su objetivo inmediato el de averiguar la verdad como única manera de cumplir eficazmente aquella. Su escisión formal, al otorgársele diverso valor dentro del procedimiento a los actos que practican y dictámenes que emiten, es necesaria para respetar el juicio previo querido por la Constitución Nacional, en cuanto se advierte que, para no violar la defensa, es preciso que el juzgador condicione su actuación a una “excitación extraña” debido a que de esa forma se mantiene “el proceso dentro de los límites de un objeto específico” ⁽³¹⁾.

Al ser el Ministerio Público un órgano judicial se le hace extensiva la independencia de la judicatura y las garantías que le son anexas.

La tesis ha encontrado eco en alguna jurisprudencia, y en una de las famosas vistas de Cortés, que ocasionalmente pone al descubierto el carácter bifronte del Ministerio Público, ya que es un órgano sujeto a las directivas del Ejecutivo en tanto representante del Fisco y órgano judicial independiente en cuanto cumple las restantes que le atañen ⁽³²⁾.

30 Vélez Mariconde, Alfredo, op. cit., ps. 254 y ss. y Carla Olmedo, Jorge, op. cit., ps. 287

31 Maier, Julio B. J., op. cit., ps. 26 nota 36, 25 nota, 21, 15 nota 4, 48 y nota 79, 92 y 46. Cfr. Leone, Giovanni, op. cit., p. 423.

32 E. D. 87-578 y 36-243; Digesto Jurídico de L. L. IX-1810-Nº 70; L. L. 98-694, 12-505, 98-234 con nota en contra de Nerva.

Alguien ha pretendido ver en algunos proyectos de ley adhesiones a la tesis judicialista. Lo que no es correcto en todos los casos. En efecto, otorgarles la misma remuneración que a los miembros de los tribunales ante los que actúan, conferirles, además, las mismas garantías que gozan estos, no implica necesariamente convertirlos en parte integrante del Poder Judicial ⁽³³⁾.

La postura pese a estar construida con muy sólidos elementos, que no pueden aceptarse sin beneficio de inventario, ofrece algunos reparos.

A la jurisdicción judicial, a la administrativa y a la militar —si es que existen las dos últimas— viene ahora a sumarse una función judicial jurisdiccional y otra requirente. Cabe preguntarse si no es complicar excesivamente el panorama. Lo decisivo, apunta De La Rúa, no es como “se define la jurisdicción, sino como se hace práctico el sistema de garantías constitucionales que resguardan la libertad y les derechos” ⁽³⁴⁾, y el razonamiento nos parece puede hacerse extensivo al problema que nos ocupa.

Se corre otro peligro. Mediatizar al Ministerio Público haciéndolo subordinado del Judicial —a quien sin embargo debe controlar ⁽³⁵⁾—, aunque más no fuere estableciendo la superintendencia de éste sobre aquél.

La tesis trae aparejados algunos inconvenientes no imaginados por sus propugnadores, así v.gr.: la prohibición al Ministerio Público de demandar la inconstitucionalidad de las normas ⁽³⁶⁾, que cobra relieve si a la vez se veda la declaración de oficio.

La tesis podrá convencer si se repara exclusivamente en el Ministerio Público “penal”. Es inaplicable a la función de guardián del orden público en los procesos. E indudablemente, deja de lado al Ministerio Pupilar. De ahí que no resulte plenamente satisfactoria ⁽³⁷⁾.

33 Ver: Lapalma, Guillermo, op. cit., y “**El proyecto de ley orgánica del Ministerio Público**”, en L. L. 134-1328 y Lozada, Salvador, op. cit.. Asimismo comparar las opiniones de Prócuro en L. L. 93-116 y 82-535.

34 De la Rúa, Fernando, “**Jurisdicción y Administración**”, p. 21.

35 Naón, Eduardo M., op. cit., ps. 272 y 273; Sánchez Viamonte, Carlos, “**Manual de Derecho Constitucional**”, p. 291.

36 Cfme. Cámara Federal Bahía Blanca, “Fortaleza Eduardo”, L. L., 96-39.

37 Contrariamente a lo que cree Ciaría Olmedo el Ministerio Público no integra al Poder Judicial en la provincia de Mendoza. Básicamente: el art. 142 no lo menciona al mentar los órganos del Poder Judicial; el 143 habla de un Procurador “para ella” —la Corte— y el 150 de un Procurador “de ella”, sucede lo mismo que con los ministros que son del Ejecutivo pero no son el Ejecutivo que es unipersonal; es la opinión de Barraquero, principal inspirador de la constituyente, para quien el “procurador de ésta no es miembro de la Corte” (Diario de Sesiones, p. 334).

VII. — ÓRGANO EXTRA - PODER

Adelantamos que en nuestra opinión se trata de un órgano extra poder. No es este el lugar adecuado para polemizar sobre la existencia de órganos separados de la tríada clásica. Nos contentamos, en consecuencia, con afirmar dogmáticamente que el Ministerio Público es un órgano de este tipo que actúa “en relación” con el Poder Judicial, que gira en su órbita.

La primer ventaja que deviene de lo anterior es eliminar la discusión referente a quién es el sujeto representado por el Ministerio Público. En tanto que órgano estatal representa al Estado, en el sentido que sus actos se imputan a éste. No es representante de la ley, que no es representable sino que se actúa según enseña Bielsa, y lo es de la sociedad en la misma medida que los restantes órganos estatales.

La consecuencia realmente trascendente es que se desvincula al Ministerio Público del Poder Ejecutivo y del Judicial. Se lo independiza de ambos. Por ende, no se halla sometido a la dirección, vigilancia o *superintendencia* de ningún poder extraño⁽³⁸⁾, sino que éstas descansan en el órgano que dentro del propio cuerpo lo preside.

Ahora bien, la independencia alcanza del mismo modo a cada una de los oficios monocráticos que lo componen. Lo que no implica desconocer *la superintendencia y poder disciplinario que compete a quien preside el cuerpo*. Esta independencia tampoco obsta para que este último, a modo de casación, obre fijando pautas generales de interpretación del ordenamiento jurídico, obviamente obligatorias para todo el cuerpo. Pero eso sí, excluye de un modo absoluto la facultad de impartir instrucciones particulares para un caso concreto y la de sustituir o reemplazar a un miembro por otro en la atención de los asuntos de su competencia⁽³⁹⁾.

En definitiva, la independencia que propugnamos para el Ministerio Público es idéntica a la que nuestra dogmática constitucional exige para el Poder Judicial. Es decir, estabilidad, sistema privilegiado de remoción, intangibilidad de las remuneraciones y exclusión del poder jerárquico⁽⁴⁰⁾.

38 Avellaneda Huergo, Alfredo, op. cit., ps. 20 y 29. Iñares Quintana, Segundo V., “**Gobierno y Administración**”, t. II, ps. 220/221. Lo que no excluye la potestad disciplinaria de los tribunales cuando actúa como parte (Avellaneda Huergo, op. cit. p. 22 y Naón, op. cit. p. 273/274).

39 Cfme. Alcalá Zamora y Castillo Niceto y Levene, Ricardo (h), op. cit., p. 382, nota 27; Vanossi también se pronuncia por la superintendencia del Procurador General (Vanossi, Jorge R., op. y loc. cit., p. 533).

40 La remoción puede realizarse por un jurado o tribunal especial ante el inconveniente constitucional señalado en nota 25.

Tenemos dicho que la independencia es resultado de la imparcialidad y, asimismo, que el Ministerio Público debe obrar de esa forma. Con todo, ello es insuficiente para fundarla. Se imponen algunas precisiones.

Toda la actividad estatal se desenvuelve bajo el principio de legalidad, o sea, el Estado se encuentra sometido al ordenamiento jurídico, la Constitución obliga tanto a gobernantes como a gobernados.

De ahí que todos los funcionarios públicos deben actuar el derecho. Aún en aquellos sectores en donde campea el poder jerárquico la "obediencia debida"⁵ del art. 34 del Código Penal no es absoluta y el derecho administrativo reconoce al subordinado el control formal-sustancial de la orden recibida.

Desde esta perspectiva no surge ninguna especificidad en la actividad del Ministerio Público, la que, si se nos autoriza la expresión, es "reglada". La única distinción radica en que el Ministerio Público, a diferencia de la Administración, no actúa competencias discrecionales. Pero la Administración en las regladas debe operar de la misma manera que lo hace aquel. Si se pretende excluir al Ministerio Público del poder jerárquico y otorgarle independencia la razón que lo justifique hay que ir a buscarla a otro lado.

De idéntica forma, la imparcialidad, entendida como el deber de sujetarse al derecho sin consideración especial por el destinatario de la norma a aplicar, no es privativa del Ministerio Público ni del Poder Judicial. El agente estatal está obligado, dentro del procedimiento administrativo, a dar razón al particular cuando su petición se adecúe al orden jurídico. El vicio de "desviación de poder" y la obligatoriedad de realizar fines públicos en el ejercicio de facultades discrecionales lo prueba acabadamente.

La Administración consultiva, amparada por la estabilidad consagrada por el art. 14 bis, es ajena al poder jerárquico en cuanto al contenido de sus dictámenes. Ello demuestra que el deber de imparcialidad recae también en la administración. Y, a su vez, que algunos de sus órganos gozan de una independencia bastante acentuada, diferenciándose de la judicial esencialmente por la falta de un método calificado de remoción y por la ausencia de las garantías referentes a la retribución.

La excelsa jerarquía de los valores implicados en la actuación del Ministerio Público son los que justifican que su imparcialidad sea garantizada con su independencia. El orden público, la pretensión punitiva del Estado y la indisponibilidad de la defensa en el proceso penal, tienen la

trascendencia suficiente para explicar por qué a los funcionarios que velan por ellas se les debe dispensar un trato privilegiado. La indisponibilidad, tanto para el Estado como para los particulares, de las tres especies en danza, justifican sobradamente el régimen jurídico diferencial que propugnamos. A lo que viene a sumarse su condición de activo e imprescindible colaborador en “la administración serena, recta e imparcial de las leyes”. En suma, la vigencia del principio de legalidad, a cuyo servicio se encuentra el Ministerio Público, impone su independencia.

Distinto es el caso del Ministerio Pupilar, es decir, de los asesores y defensores de incapaces, pobres y ausentes. Estos tutores de intereses primariamente privados tienen su origen en el deber del Estado de resguardar adecuadamente los derechos de los habitantes, exigencia derivada del Bien Común y del mandato constitucional de “afianzar la justicia”, y debido a que igualmente de este modo, aunque indirectamente, se afirma el principio de legalidad.

Sin perjuicio que en la actuación de sus miembros se entremezcla más de una vez el orden público —v.gr.: cuestiones de estado—, median razones suplementarias que avalan su independencia.

En los supuestos en que únicamente existen intereses privados en juego la independencia del Ministerio Pupilar se impone por la necesidad de equiparar a estos defensores con los defensores particulares. Ambos requieren libertad para el ejercicio de su alto ministerio, libertad que se traduce en ausencia de directivas extrañas, con mayor razón cuando ellas provienen del Estado. De consiguiente, la igualdad y la libertad explican su independencia. Se aprecia con más claridad la necesidad de esa independencia cuando los derechos de los “imposibilitados” entran en colisión con los derechos e intereses del Estado —sea de sus órganos institución fuere de sus órganos persona— ya que es superfluo indicar que no se puede servir a dos señores.

VIII. — CONCLUSIÓN

Trasladar la independencia del Ministerio Público al terreno de la prudencia política puede parecer una fundamentación pobre, lo reconocemos, pero, a su vez, es la única verdadera. Si se nos apura, responderemos que es la misma que da basamento a la del Poder Judicial.

Volvemos a recordar a De La Rúa: lo decisivo son los derechos de los habitantes. De ahí se sigue la conveniencia de estructurar un Ministerio Público realmente independiente como uno de los medios más seguros para protegerlos, y, a su turno, a la Constitución que les sirve de soporte.