



H. Cámara de Diputados de la Nación

control”, y por ello no tiene facultades de ejercer las funciones que las cláusulas observadas le otorgarían a la misma, tales como aprobar previamente o rechazar nombres de fiscales que ya han sido pasado por el concurso de oposición y debida designación con aprobación del Senado, para que de acuerdo con la necesidad de la política criminal seguida, esté a cargo de procuradurías, unidades, direcciones y subrogantes; tampoco la de aprobación previa o rechazo de unidades especiales, procuradurías y direcciones que el Procurador General entienda necesarias, siempre que cumpla con el requerido estándar de transparencia que debe exigir la Comisión.

Entonces, lo que se quiere evitar mediante esta observación es que el Congreso, sancione una ley con cláusulas que puedan ser tachadas de inconstitucionales por violar la división de poderes y de la autonomía del Ministerio Público Fiscal. Asimismo, defender una reforma necesaria y ajustada a la Constitución.

Otras cuestiones a considerar

Por otro lado, debo advertir que la cláusula transitoria cuarta establecida en el artículo 34 del proyecto, que establece que todos los fiscales a los que se les hayan asignado funciones que impliquen el traslado de sus jurisdicciones deban retornar a sus cargos en el plazo de 48 horas, podría causar conflictos y dificultades en el funcionamiento del Ministerio Público que en ningún modo han sido considerados ni evaluado su impacto en el funcionamiento de la administración de justicia.

Asimismo, el art. 2º, que modifica el art. 12 de la Ley Orgánica, al permitir en el inciso b) a la Comisión Bicameral efectuar “observaciones” o “recomendaciones” a las Instrucciones Generales que emita el Procurador General, entiendo resulta invasivo de la autonomía del Ministerio Público, al menos en cuanto no aclara que las únicas objeciones que resultarían procedentes son aquellas que adviertan sobre la arbitrariedad, abuso o desvío de poder e incluso, ilegalidad de las mismas.



H. Cámara de Diputados de la Nación

Finalmente, y como advertencia general, debo señalar que en cuanto al requisito que se impone, de cinco años de antigüedad para ocupar determinados cargos dentro del Ministerio Público como para poder ser designado en una Procuraduría, Unidad o Consejo de Fiscales, soslaya que en muchos casos tendrían prioridad quienes fueron designados antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Ministerio Público de 1998, que lo hicieron sin haber aprobado previamente un concurso público, por sobre quienes si lo hicieron y por tal, *a priori* cumplen con el requisito de idoneidad exigido por el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Origen y naturaleza del Ministerio Público Fiscal.

A luz de la desnaturalización que hace con esta pretendida reforma, y que cuyas críticas he puntualizado y a modo de preservar los principios constitucionales sobre los que descansa el Ministerio Público Fiscal, me parece oportuno reiterar como ya lo hice en oportunidad de la reforma del código procesal, el análisis de cómo surge y cómo fue evolucionando la institución del Ministerio Público a lo largo de la historia, y de este modo, no perder de vista el sentido último de la institución.

En cuanto al origen y evolución del Ministerio Público resulta oportuno traer a consideración el análisis histórico que hace Michel Foucault en su obra *“La verdad y las formas Jurídicas”* –Tercera Conferencia-, que en su parte pertinente nos ilustra al respecto:

“La acumulación de la riqueza y el poder de las armas y la constitución del poder judicial en manos de unos pocos es un único proceso que se fortaleció en la alta Edad Media y alcanzó su madurez con la formación de la primera gran monarquía medieval, en la segunda mitad del siglo XII. En este momento aparecen una serie de fenómenos totalmente nuevos en relación con la sociedad feudal...”



H. Cámara de Diputados de la Nación

- 1) *Una justicia que no es más pleito entre individuos y libre aceptación por estos individuos de ciertas reglas de liquidación sino que, por el contrario, se impondrá a individuos, oponentes, partidos. Los individuos no tendrán en adelante el derecho de resolver, regular o irregularmente sus litigios; deberán someterse a un poder exterior a ellos que se les impone como poder judicial y político.*
- 2) *Aparece una figura totalmente nueva, que no tiene precedentes en el Derecho Romano: el procurador. Este curioso personaje que surge en Europa hacia el siglo XII se presentará como representante del soberano, del rey o del señor. Cada vez que hay un crimen, delito o pleito entre individuos, el procurador se hace presente en su condición del representante de un poder lesionado por el sólo hecho de que ha habido delito o crimen. El procurador doblará a la víctima, pues estará detrás de aquel que debería haber planteado la queja, diciendo: “Si es verdad que este hombre lesionó a este otro, yo, representante del soberano, puedo afirmar que el soberano, su poder, el orden que él dispensa, la ley que él estableció, fueron igualmente lesionados por este individuo. Así yo también me coloco contra él”. De esta manera, el soberano, el poder político, vienen a doblar y, paulatinamente, a sustituir a la víctima. Este fenómeno, pues, se presenta como representante del soberano lesionado por el daño.*
- 3) *Aparece una noción absolutamente nueva: la infracción. Mientras el drama jurídico se desenvolvía entre dos individuos, víctima y acusado, se trataba sólo del daño que un individuo causaba al otro. La cuestión consistía en saber si había habido daño y quién tenía razón. A partir del momento en que el soberano o su representante, el procurador, dicen: “Yo también he sido lesionado por el daño”, resulta que el daño no es solamente una ofensa a un individuo sino a la ley misma del Estado. Se sustituye de esta manera la noción de crimen, la vieja noción de daño por la de infracción. La infracción no es un daño cometido por un individuo contra otro, es una ofensa o lesión del individuo al orden, al Estado, a la ley, a la sociedad, a la soberanía, al soberano. La infracción es una de las grandes invenciones del pensamiento medieval. Se ve así cómo el poder estatal va*



H. Cámara de Diputados de la Nación

confiscando todo el procedimiento judicial, el mecanismo judicial, el mecanismo de liquidación inter-individual de la alta Edad Media.

- 4) *Hay por último, un descubrimiento, una invención tan diabólica como la del procurador y la infracción: el Estado, o mejor, el soberano (ya que no se puede hablar de Estado en esta época) es no sólo la parte lesionada sino además la que exige reparación. Cuando un individuo pierde el proceso es declarado culpable y debe una reparación a su víctima, pero esa reparación no es la que aparecía en el antiguo derecho del feudalismo o en el Derecho Germánico, ya no se trata de que el perdedor rescate su paz dando satisfacción a su adversario, ahora se exigirá del culpable no sólo la reparación del daño hecho a otro individuo sino también la reparación de la ofensa cometida contra el soberano, el Estado, la ley. Es así que aparece con el mecanismo de las multas el gran mecanismo de las confiscaciones. Las confiscaciones de bienes son para las monarquías nacientes uno de los grandes medios de enriquecerse e incrementar sus propiedades. Las monarquías occidentales se fundaron sobre la apropiación de la justicia, que les permitía la aplicación de estos mecanismos de confiscación. He aquí el fondo político de esta transformación...”.*

Cuando Foucault empieza a estudiar la edad Media, dice: “En la Edad Media desaparece absolutamente toda la indagación”. Desaparece el testigo. Él no estudia todos los ámbitos, pero estudia uno: cómo se resuelven los conflictos entre los individuos. Cómo se resuelve el conflicto entre alguien que es acusado de dañar a otro y el que se siente víctima. Hay que tener en cuenta que en la edad Media no hay Estado. En consecuencia no hay ley, por lo menos ley con carácter tal como la conocemos hoy. Y si no hay ley, tampoco hay infracción, pues no hay código penal que violar. Para eso tiene que haber Estado y ley.

Hacia el final de la Edad Media, entre los siglos XII y XIII, vuelve la indagación. Ahora bien, ¿cómo reaparece el sistema de la indagación? En realidad, en esa época, el único poder organizado en la Edad media era la Iglesia. Funcionaba a la manera de un señor feudal, que



H. Cámara de Diputados de la Nación

poseía poder y otorgaba legitimidad. Los obispos, representantes de la Iglesia, cuando necesitaban saber, iban a las comarcas e indagaban. “¿Qué sucedió?” “¿Qué no ocurrió? Par poder sancionar para poder controlar, a ellos no les bastaba el juramento. Tenían que saber, y para saber tenían que indagar. Era una indagación de tipo administrativa. Y esta clase de indagación también se erigió como un modelo para las diócesis.

El sistema de indagación, que servía para controlar, está en el origen del Estado moderno. Pero para rastrear su nacimiento, debemos remitirnos a la época feudal. Entonces imperaba una poliarquía, es decir tenía lugar una coexistencia de diversos poderes. Por un lado estaba el rey, quien en realidad no tenía poderes. El ejército y el dinero eventualmente eran provistos por los señores feudales. En un determinado momento histórico el rey comienza a disputar el poder, convirtiéndose en una suerte de señor feudal, que compra feudos – no olvidemos que es una época de Cruzadas – y para poder enfrentarse a los señores feudales crea un ejército propio. Se trata de un ejército mercenario. Porque el señor feudal tenía ejército a cambio de la protección que otorgaba el feudo. Pero el rey, para tener ejército, debe hacerlo a cambio de la paga. Y para pagar un ejército propio, tiene que cobrar impuestos. Y para cobrar impuestos, tiene que establecer una ley. Y para hacerla cumplir, tiene que establecer un aparato burocrático. ¿Cómo se llama todo esto? Estado. Así nace el Estado moderno.

Retornemos al conflicto entre los particulares. En realidad, el conflicto – por ejemplo, un asesinato – dejaba de ser un conflicto para pasar a ser una infracción. Porque si yo mataba a alguien, lo que infringía era la ley que me había dado el monarca. Entonces el daño no era a los hermanos del muerto, sino al orden del Estado. Ahí aparece la infracción. Y alguien en nombre del rey tenía que perseguir al infractor. Ya aparece la figura del Procurador general, que hoy es el órgano acusador, y que en ese momento era el representante del Estado para perseguir al infractor. Esta figura era más que un fiscal. El rey concentraba todo el poder, y el procurador, que era un estrecho asesor del rey perseguía. Sería una mezcla entre el Procurador General de la Nación y el Procurador del Tesoro, ambas funciones juntas: entre un asesor general de gobierno y un procurador. Luego la historia posterior intentará separar



H. Cámara de Diputados de la Nación

ambas figuras. Pero en esa época estaba todo reunido, porque el Estado se concentraba en la figura del rey. Ahora bien, el procurador, ¿cómo hace para advertir dónde se comete la infracción? Para ello, copia el sistema de la indagación de la Iglesia. Porque no sirve que alguien jure o atravesase ordalías, se trata del que el rey efectivamente se entere, sepa. Y para ello hay que indagar. El Estado, el rey, tiene que dar una verdad oficial sobre la base de la indagación, la acusación y la prueba. Y ésta es la instancia de la sentencia, que sería una especie de “verdad oficial”, y a su vez una condena.

Veamos ahora cómo se relaciona esto con el tema de la verdad. En los conventos y en los seminarios de Europa también indagaban. Pero en vez de indagar la verdad sobre el Estado Administrativo, indagaban sobre otros objetos: la naturaleza, la botánica, el territorio, la geografía... Así nacieron, a partir del sistema de la indagación, todas las ciencias de observación modernas. Por eso el nacimiento del Estado moderno coincide con el nacimiento de las ciencias modernas, las cuales a su vez surgieron sobre la base de la indagación de la Iglesia de la Edad Media. La ciencia nació en la oscuridad de la Edad Media, y desde allí dio lugar al renacimiento.

Foucault destaca ese punto: la relación de la práctica religiosa y política de la indagación con el nacimiento de las ciencias, las cuales van a cambiar el mundo a partir del siglo XIII. En los siglos XIV y XV aparecen tipos de indagación que dan lugar a la geografía y la astronomía. Incluso la medicina y la botánica en los siglos XVI y XVII son parte de este proceso.

En estrecha relación con el sistema de indagación, en los siglos XVIII y XIX, aparece una institución que nos va a caracterizar hasta ahora: la institución disciplinaria. Supone la idea del criminal como enemigo social, como un individuo que rompe el pacto social. En estos siglos comienza a hablarse de la peligrosidad del sujeto. Y se pasa de analizar el hecho delictivo a analizar el cuerpo y la mente del sujeto. Y se pasa de analizar el hecho delictivo a analizar el cuerpo y la mente del sujeto. Es decir que el concepto de peligrosidad penal cambia el foco y pasa de analizar si el hecho ocurrió y quién lo hizo, a analizar cuál es la



H. Cámara de Diputados de la Nación

peligrosidad del individuo. De hecho, hoy no se concede la excarcelación en nombre de la peligrosidad del acusado. En vez de analizar el delito mediante es sistema de indagación, se empieza a realizar lo que se llama el examen sobre las personas.

A lo largo de la modernidad se van creando instituciones de disciplinamiento y examen de la sociedad. Lo que se denomina “examen” es algo distinto de la indagación. La indagación es sobre un hecho, el examen es sobre las conductas. Y el examen sirve tanto para examinar al sujeto como para disciplinarlo. En la etapa de industrialización se torna necesario el examen de las personas para disciplinarlas, por eso la industrialización es tan alienante. Se trata de prácticas políticas que se verifican en las instituciones, sin que éstas tengan un metadiscurso acerca de ellas. Ocurre simplemente que las prácticas políticas resultan funcionales. Si en algún lugar alguien comienza a disciplinar algo y funciona, y luego en otros lugares empiezan a disciplinar otra cosa y funciona, finalmente se termina disciplinando todo. De allí las estructuras en las que se apoya la sociedad disciplinaria moderna. Para mí esta observación es el aporte más importante de Foucault.

No somos una sociedad libre, somos una sociedad disciplinada y normalizada, donde el que no se normaliza está en las afueras, en la prisión o en el psiquiátrico. Por eso, como destaca Foucault en *Historia de la locura* en la época clásica, los hospitales, los psiquiátricos y las cárceles se ubicaron en las afueras de las ciudades, en los antiguos lugares donde estaban los leprosarios. Ya en la Edad Media, a los “imposibles” los metían en un barco que no tenía puerto. Yo siempre evoco esta figura, porque para mí es una imagen extraordinaria. A los que molestaban en las ciudades, los subían a ese barco que no paraba nunca. Era la muerte. Una metáfora de la muerte.

Foucault dice: “Nadie describió mejor la sociedad disciplinaria que Bentham a través del panóptico”, donde hay alguien que no es visto pero que ve a todos. Es la estructura de la escuela, los hospitales, el psiquiátrico, en la cual el que dirige puede ver a todos, y los que están allí disciplinados no pueden ver ni el disciplinamiento ni a quien los vigila. Esa



H. Cámara de Diputados de la Nación

sociedad va a dar lugar a lo que se llaman las ciencias de examen, ciencias que analizan, examinan y disciplinan. Por ejemplo, la sociología, la psiquiatría, la psicología.

En definitiva a lo que apunta Foucault es a demostrar cómo las prácticas sociales y de poder dieron lugar a formas de saber. Y así como el sujeto tiene una historia, la verdad también tiene una historia.

Y aquí está lo interesante. Porque si la verdad tiene una historia, y el hombre en todo caso la inventa, significa que no hay un origen, que no hay un determinismo. Es decir la mirada sobre lo que es la verdad puede ser cambiada por nosotros. Y no es necesario llegar arriba, a las instancias de "poder". Es necesario ver abajo, y jugar como contrapoder. Porque ese contrapoder, que es un acto de libertad, es el que puede crear otras prácticas sociales y otras prácticas políticas que den lugar a otras formas de saber y a otras organizaciones políticas.

En La verdad y las formas jurídicas, Foucault sostiene que las universidades funcionaron como el lugar de disciplinamiento de un saber que operara como un saber alto, especializado, en el que algunas cosas estuvieran vedadas para los que iban a aprender. De ahí que muchos campos de investigación quedaran fuera de la enseñanza. Porque el que podía saber más, no debía transmitir ese más. Porque transmitir ese "más" es subversivo.

Lo mencionado no es más que un recordatorio de lo que escribí en mi artículo "Verdad, poder y libertad":

El sistema de indagación, que servía para controlar, está en el origen del Estado moderno. Pero para rastrear su nacimiento, debemos remitirnos a la época feudal. Entonces imperaba una poliarquía, es decir tenía lugar una coexistencia de diversos poderes. Por un lado estaba el rey, quien en realidad no tenía poderes. El ejército y el dinero eventualmente eran provistos por los señores feudales. En un determinado momento histórico el rey comienza a disputar el poder, convirtiéndose en una suerte de señor feudal, que compra feudos – no olvidemos que es una época de Cruzadas – y para poder enfrentarse a los señores feudales crea un



H. Cámara de Diputados de la Nación

ejército propio. Se trata de un ejército mercenario. Porque el señor feudal tenía ejército a cambio de la protección que otorgaba el feudo. Pero el rey, para tener ejército, debe hacerlo a cambio de la paga. Y para pagar un ejército propio, tiene que cobrar impuestos. Y para cobrar impuestos, tiene que establecer una ley. Y para hacerla cumplir, tiene que establecer un aparato burocrático. ¿Cómo se llama todo esto? Estado. Así nace el Estado moderno.

Retornemos al conflicto entre los particulares. En realidad, el conflicto – por ejemplo, un asesinato – dejaba de ser un conflicto para pasar a ser una infracción. Porque si yo mataba a alguien, lo que infringía era la ley que me había dado el monarca. Entonces el daño no era a los hermanos del muerto, sino al orden del Estado. Ahí aparece la infracción. Y alguien en nombre del rey tenía que perseguir al infractor. Ya aparece la figura del *procurador general*, que hoy es el órgano acusador, y que en ese momento era el representante del Estado para perseguir al infractor. Esta figura era más que un fiscal. El rey concentraba todo el poder, y el *procurador*, que era un estrecho asesor del rey, perseguía. Sería una mezcla entre el Procurador General de la Nación y el Procurador del Tesoro, ambas funciones juntas: entre un asesor general de gobierno y un procurador. Luego la historia posterior intentará separar ambas figuras. Pero en esa época estaba todo reunido, porque el Estado se concentraba en la figura del rey (4).

Jorge Reinaldo Vanossi, se refiere al tema señalando: “...desde la monarquía absoluta hasta la república constitucional, el Ministerio Público ha evolucionado con una sumatoria de roles, que de alguna manera ha sufrido o ha reflejado las transformaciones del Estado y los roles se le han ido sumando o multiplicando. Si aceptáramos que nació en Francia en el siglo XVI, con la figura de una especie de vengador público, que reemplazaba a los delatores (así lo reconoce el propio Montesquieu en el libro sexto, capítulo noveno) tendríamos entonces que el origen del Ministerio Público, por creación del Rey, estaba fundamentalmente en la órbita penal, era un órgano ejecutivo; pero ya en ese entonces representaba intereses que eran de la sociedad, del pueblo, de la comunidad toda. No era el interés del Rey sino que era el interés del propio pueblo que componía el Rey” (5).



H. Cámara de Diputados de la Nación

Así, pues, en cuanto a la naturaleza jurídica del Ministerio Público, continúa diciendo Vanossi: *“... a fines del siglo XX, las posiciones se han dividido. Existen todavía algunos, aunque es una tesis bastante desacreditada o en retroceso, que sostiene la pertenencia del Ministerio Público al Poder Ejecutivo. Hoy en día son los menos. Otro sector estima que pertenece al Poder Judicial o es parte del Poder Judicial. Otro sector ha acuñado la expresión de “órgano extra poder” y sostiene que es un órgano independiente pero no es un poder propiamente dicho. Y, por último, hoy tenemos que tomar también en cuenta la tesis de que pueda ser otro poder, un cuatro poder, lo cual no es disparatado decirlo, no como expresión de simpatía sino como mera descripción fotográfica, porque, como vamos a ver, en la nueva Constitución el Ministerio Público tiene, en la ubicación del articulado, el mismo rango que los tres poderes clásicos. De modo que hay cuatro posturas posibles”*.

Asimismo, el doctor Masnatta, en el debate de la Convención Nacional Constituyente, se refiere al origen del Ministerio Público señalando: *“...este instituto surge en su momento con caracteres definidos en el Estado absolutista y nace como protector de la hacienda real. También dentro del sistema de la monarquía, luego sigue defendiendo el interés general. El rey no sólo tenía que custodiar su hacienda, su patrimonio, sino que debía defender a los pobres, a los ausentes y a los incapaces. Así se van diseñando las características de la institución. Cuando llega la República, el carácter democrático del Estado, se la ubica por distintas razones dentro de la órbita del Poder Ejecutivo. En el desarrollo ulterior de la institución, el derecho procesal enfatiza fundamentalmente la defensa de los intereses públicos por sobre lo que se podría llamar el fisco. De esa manera se erige más bien como acusador independiente para que se asegure así la defensa del justiciable. Entonces, se produce un corrimiento hacia la órbita del Poder Judicial, como figura en estos momentos en la Constitución de la provincia de Córdoba (6)*

En nuestro país no hubo de sancionarse una Ley del Ministerio Público sino hasta después de la reforma constitucional de 1994, cuando en el año 1998 se sancionara la Ley Orgánica



H. Cámara de Diputados de la Nación

del Ministerio Público N° 24.946; habiendo existido previamente, una gran dispersión de normas que regulaban algún aspecto de la actividad del Ministerio Público, incluidas en distintas leyes, como la Ley 1893, de Organización de los Tribunales de la Capital Federal; la Ley 2372 del Código de Procedimientos en los Criminal; el Decreto/Ley 1285/1958 de organización de la Justicia Nacional; Ley 20.581 de reemplazo en caso de recusación, excusación, impedimento, vacancia o licencia; Ley 23.984 del Código Procesal Penal de la Nación; entre otras.

Incluso, cuando a los fines de organizar la justicia federal se dicta la Ley N° 27, en su artículo 15 se establece que los Juzgados de Sección serán unipersonales y cuando en alguna causa fuese necesaria la intervención de un Fiscal, podrán nombrar para este cargo un abogado particular cuyo honorario será de cuenta del Tesoro Nacional. Siendo que el nombramiento del Fiscal es por parte del Magistrado, en relación al ejercicio de la acción pública en las causas penales.

Distinto es el caso de la Ley N° 43, mediante la cual el Congreso autoriza al Poder Ejecutivo a designar Procuradores Fiscales, o de la Ley N° 50 que es la primer ley que organiza nuestro procedimiento y la forma de actuar ante los Tribunales en los juicios civiles y penales. Porque en toda la regulación del juicio civil no hay una sola norma sobre el Ministerio Público; ni norma sobre recusación y excusación de Fiscales; ni normas sobre competencia. Esto porque para entonces, el Fiscal en el ámbito civil era exclusivamente representante del Estado en juicio, es decir, representaba a una de las partes del proceso. En esa misma ley, en el procedimiento penal sí se establece en cambio, la necesidad de un Fiscal, designado por un juez.

Cuenta Jorge Luis Maiorano que: *“El desdoblamiento de las funciones de asesoramiento legal y representación judicial del Estado entre el Fiscal General y el Procurador General de la Nación no pasó inadvertido para el legislador quien, al considerar el proyecto de ley de presupuesto general para los años 1863/1864, creó, el, cargo de Procurador del Tesoro*



H. Cámara de Diputados de la Nación

de la Nación en la órbita del Ministerio de Hacienda, suprimiendo y transformando el anterior de Fiscal General.

Del interesante debate suscitado en tal ocasión, que con erudición destacara el Dr. Rodolfo S. FOLLARI en su trabajo "Reseña sobre origen y la evolución de la Procuración del Tesoro", importa apuntar lo expresado por el Ministro de Hacienda, Dr. Dalmacio Vélez Sársfield; "Ahora llega el inciso en discusión y pido al Cámara vote un empleado más. En el Ministerio de Gobierno se ha suprimido el Fiscal de Estado, pero yo pido este empleo bajo el nombre de Procurador de Hacienda para el departamento respectivo. Este empleado es enteramente necesario; no es posible pasar sin él, tanto más, cuanto que va a haber un Juez Federal. En los Estados Unidos, a pesar de haber un Procurador General en el año treinta se dictó la ley creando el Procurador del Tesoro ... Pido al Dr. OBLIGADO que ha sido Gobernador de Buenos Aires, me diga si es posible que marche el Ministerio de Hacienda sin Fiscal; y mucho más ahora con la creación de un Juzgado Federal".

A través de la ley 74, sancionada el 7 de noviembre de 1863 se suprimió el cargo de Fiscal General creándose, reitero el de Procurador del Tesoro, sin solución de continuidad. Tal fue la transmutación del cargo que continuó siendo ejercido por el Dr. Ramón Ferreira quien, de tal modo, se convirtió en el último Fiscal General de la Nación y el primer Procurador del Tesoro". (6)

De este modo, podemos identificar en el origen de nuestra organización jurídica, la institución del Procurador Fiscal –antecedente de lo que hoy es el Procurador del Tesoro– como representante del Estado¹; y la del Ministerio Público, representante de otra institución distinta, que estaba referida al ejercicio de la acción pública en el proceso penal.

¹ Cuando decimos "representante del Estado" nos estamos refiriendo a la defensa del Estado en juicios patrimoniales a partir de la demandabilidad del mismo.



H. Cámara de Diputados de la Nación

La pregunta oportuna que se impone a esta altura es por qué no habían prosperado los varios intentos previos que hubo a fin de sancionar una Ley del Ministerio Público. La respuesta nos puede conducir al por qué no se ha logrado introducir nuevas modificaciones a la Ley sancionada en 1998. Pues como bien lo advierte Vanossi: *“Por razones fundamentalmente políticas. En la intencionalidad de algunos, la posibilidad de una ley orgánica podía significar un valladar al Poder Ejecutivo. Y aquellos que simpatizan con el "spoils system" obviamente prefieren que el Poder Ejecutivo tenga las manos sueltas para nombrar y remover. Una ley orgánica significaba, en casi todos los proyectos, el acuerdo del Senado. Obviamente al Poder Ejecutivo muchas veces no le ha gustado tener necesidad de seguir el mismo trámite que para los nombramientos judiciales, y además (estas serían razones políticas, razones funcionales), en los hechos, muchas veces ha habido una actuación promiscua del Ministerio Público como Ministerio Fiscal; es decir, ha intervenido en la defensa patrimonial crematística del Estado en Primera Instancia...”*

Lo cierto es que la mayoría de la doctrina fue avalando la tesis de la independencia del Ministerio Público. Como Néstor Sagüés al decir: *“el Ministerio Público no es un ente servicial del Poder Ejecutivo sino que le toca ejercer discrecionalmente a acción penal, velar por el principio de legalidad –en particular, de la legalidad constitucional- y velar por una recta administración de justicia”...* *“Si se admiten esos roles para el Ministerio Público, hay primera que jerarquizarlo, ubicándolo donde tiene que estar: una magistratura autónoma, órgano extrapoder, no sometido al Poder Ejecutivo ni tampoco al Judicial, puesto que debe actuar con independencia de ambos”.* (7)

Incluso, poco antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema sostuvo en el caso “Lamparter contra Valdo”, del 6 de octubre de 1992, la plena independencia funcional del Ministerio Público respecto del Tribunal ante el que actúa, en lo que hacía al alcance y modalidades del dictamen requerido; y agregó que esa independencia configuraba *una condición insoslayable para el adecuado cumplimiento de su misión de preservar el orden público y procurar la defensa del orden jurídico en su integridad.*



H. Cámara de Diputados de la Nación

Ahora, como bien lo destaca Vanossi, el tema fundamental es que el Ministerio Público debe ser ajeno al Poder Ejecutivo “... y ese es el dato arcóntico: que sea independiente y ajeno al poder administrador, pues ese es el dato fundamental para que pueda cumplir esos dos roles, es decir, el rol de auxiliar de la justicia y el rol del órgano de control” (...) “Para que realmente funcione el control, para que pueda haber control propiamente-dicho, hay tres presupuestos: Uno, es la independencia del controlante respecto del controlado. Nadie puede controlar a aquél con respecto al cual está sometido. Esto es obvio. Segundo, que el ámbito de lo controlado sea suficientemente importante y gravitante. Si el control recae sobre lo nimio, sobre lo secundario, sobre lo superfluo, no hay control. Y tercero, el acceso a la información, es decir la posibilidad del conocimiento para poder ejercer el control y tener iniciativa en la puesta en funcionamiento del control.

Si analizamos conjuntamente estos tres presupuestos, vemos que la clave reside en la independencia del órgano. ¿Qué quiere decir esto? No dependencia orgánica del Poder Ejecutivo, no interferencia o instrucciones de otro Poder (cualquier Poder) y no instrucciones de otros órganos que podrían reportar o estar en esa relación de “acople” con respecto al poder Ejecutivo.”

En consecuencia, puede apreciarse con claridad, cómo en las repúblicas, que la finalidad principal del Ministerio Público es la de defender los intereses de la sociedad en su conjunto, en forma diferenciada a los intereses del fisco. Es por ello que resulta imprescindible que la duración en el cargo del Procurador General de la Nación, cabeza del Ministerio Público Fiscal sea al menos de 10 años, de modo de no coincidir con los períodos de mandato presidencial garantizando de este modo su independencia y autonomía, criterio base que sentó nuestra Constitución Nacional en la reforma de 1994. Evitando de esta manera cualquier maniobra en su designación que pretenda defender abiertamente los intereses del Poder Ejecutivo Nacional en lugar de representar el interés general del pueblo de la Nación.



H. Cámara de Diputados de la Nación

La ley N° 24.309 declarativa de la necesidad de la reforma constitucional sancionada el 29 de Diciembre de 1993, estableció que debía considerarse al Ministerio Público Fiscal como un órgano extra poder, dotándolo de autonomía e independencia de los Poderes Ejecutivo y Judicial. El 18 de agosto de 1994, en la Convención Constituyente, se sancionó el dictamen de mayoría de la Comisión de Sistemas de Control, por el cual se incluía al Ministerio Público en el cuerpo de nuestra Constitución Nacional.

El dictamen de mayoría que resultó aprobado—y el cual voté a favor— rezaba lo siguiente: *“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. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.”*

De esta manera, se pretendió concluir con las especulaciones e interrogantes que giraban en torno a la posición que ocupaba el Ministerio Público institucionalmente. Existían, en aquel entonces, cuatro maneras posibles de entender la posición institucional que ocupaba el Ministerio Público dentro de los tres poderes que conforman el Estado. La primera, que coincide con la de los clásicos procesalistas argentinos, era la de ubicar al Ministerio Público dentro del Poder Ejecutivo. Otra de las posturas, lo ubicaba con rasgos de dependencia de la rama ejecutiva, o en todo caso, independiente del Poder Judicial. Para otros, el criterio que se empleaba era de pertenencia al Poder Legislativo. Por último, la posición más difundida dentro de los doctrinarios, era la de incluir al Ministerio Público dentro del Poder Judicial. Pero como lo señalamos *ut supra*, la mayoría de la doctrina avalaba la tesis de la independencia del Ministerio Público.

Ya en el despacho de la Comisión de sistemas de Control suscripto por los convencionales constituyentes De la Rúa y Cavagna Martínez, se planteaba la razón por la cual el Ministerio



H. Cámara de Diputados de la Nación

Publico debía ser definido como un órgano “extra poder”. Tal es así que el citado despacho se dejó constancia de que *“la definición del Ministerio Público como órgano extra - poder resuelve, en el orden nacional, todas las cuestiones de pertenencia orgánica (estructura dentro de la cuál está emplazada la persona y de la que forma parte, definiendo la proveniencia de los medios humanos y recursos materiales para la función), la relación administrativa (estatuto jurídico que norma las relaciones de trabajo con el sector que presta servicios, configurando derechos y deberes) y la dependencia funcional (relaciones de jerarquía entre superiores y subordinados) en la situación actual, la pertenencia orgánica y la dependencia funcional del Ministerio Público lo es en relación al Poder ejecutivo, en tanto la relación administrativa lo es con el Poder Judicial.”*

En este sentido, se expresó en su momento el constituyente Masnatta, quien al hablar por el dictamen de mayoría y preguntarse cuáles serían las funciones de éste órgano, aseveró: *“se debe promover la actuación de la Justicia. Es decir, se trata de un órgano destinado a asegurar la permanencia del servicio de justicia. Además, debe defender la legalidad y, lo que es muy importante, los intereses generales de la sociedad. A este respecto, aunque el dictamen en consideración lo ha omitido, quiero hacer referencia al importante debate que tuvo lugar en la Comisión, donde existió consenso sobre cuáles serían los extremos de esta función. Así por ejemplo, se ha indicado que debería tutelar la ética pública y atacar las manifestaciones delictivas que ponen en entredicho la credibilidad del sistema democrático...”*.

Y el convencional Maqueda expresó: *“Nosotros aquí, claramente, al Ministerio Público lo sacamos de la esfera del Poder Ejecutivo, claramente lo sacamos de la esfera del Poder Judicial, lo definimos como un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, definimos claramente cuáles son las funciones que tiene que cumplir...”*.

Por otra parte, se presentaron tres dictámenes de minoría firmados por los constituyentes J. I. Núñez, Navarro y Siqueiras, por Guillermo A. Pose y A. D. Bussi y por Germár



H. Cámara de Diputados de la Nación

Kammerath. El denominador común de dichos dictámenes era la oposición a que el Ministerio Público fuera considerado un órgano “extra poder” sino que fuera perteneciente al Poder Judicial.

Aquel dictamen de mayoría, que luego fuera sancionado e incorporado mediante un nuevo artículo en un nuevo capítulo de la segunda parte de nuestra Carta Magna, estableció que el Ministerio Público es un órgano independiente y con autarquía financiera y cuya función primordial es la de *“promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad”*.

En ese mismo sentido, en el orden del derecho público provincial, muchas de las Constituciones Provinciales se han ido inclinado por enfatizar esa independencia: algunas le han dado autonomía pero sin excluirlo de la órbita del Poder Judicial. En otras provincias, se ha adoptado el mismo esquema que el receptado por la reforma constitucional de 1994, que es la de la doctrina “extra poder”.

En ese entonces, como convencional constituyente, acompañé con mi voto esta iniciativa convencida de que el Ministerio Público debía ser un órgano que tuviera independencia del Poder Ejecutivo pero también del Poder Judicial. El espíritu de éste órgano que naciera como “protector” de los bienes de la corona y que luego mutó hasta convertirse en lo que podríamos llamar un “acusador independiente” para garantizar la defensa de sociedad en su conjunto, no debería ser otro que el de velar por la legalidad y la correcta administración de justicia. Esa fue la finalidad buscada por los constituyentes.

La Ley de Ministerio Público sea cual fuere la postura que adoptemos sobre la esencia del Ministerio Público, lo cierto es que debe ser un órgano independiente tanto del Poder Judicial como del Ejecutivo y del Legislativo, que defienda los derechos de la sociedad y que controle el funcionamiento de las instituciones. En efecto, el artículo 120 de la Constitución Nacional —incorporado con la citada reforma constitucional llevada a cabo en el año 1994— establece que *“el Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía*



H. Cámara de Diputados de la Nación

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”.

En tal sentido, Bidart Campos sostiene que el Ministerio Público Fiscal reviste “... *una función social controladora, desde fuera de los tres poderes clásicos. a) En un primer sentido al quedar definido con claridad suficiente que no depende del poder ejecutivo, se corta de raíz toda posibilidad de que el ejecutivo interfiera en las funciones del Ministerio Público o, lo que es peor, que le imparta instrucciones a través del Procurador General de la Nación; b) En un segundo sentido, las funciones tradicionales del Ministerio Público —si son bien asumidas y ejercidas— le aparejan otro espacio para el control de constitucionalidad y de legalidad; c) Si a este aspecto, que podríamos llamar simplemente “institucional” —o sea, en resguardo de las instituciones— se le acopla el control específico en cada proceso, cabe entender que también se fiscaliza por esta vertiente el ejercicio de la administración judicial a cargo de los tribunales en la particularidad y las circunstancias de un proceso determinado”*(8).

Al respecto, para garantizar las funciones de contralor y resguardo que nuestra Carta Magna le asigna es necesario garantizar con la duración de su mandato su independencia de los intereses de la Administración Pública, o, mejor dicho, del Poder Ejecutivo de turno; para evadiendo, pues, su tarea de contralor y de resguardo de las instituciones. Lo contrario implicaría, en consecuencia, un enorme retroceso.

En tal sentido, cabe recordar que como se dijo, en un principio ambas figuras se encontraban entrelazadas, es decir, se encontraban unificadas. En efecto, García Pullés sostiene que con la ley N° 1.893 “*accede a nuestro orden jurídico la unificación de la figura del Procurador Fiscal —representante del Estado— y del Ministerio Público Fiscal —representante de la*



H. Cámara de Diputados de la Nación

acción pública en sede penal, o representante de la institución pública, del orden público en el juicio civil— (9).

Ello fue así hasta que, “como consecuencia de la Ley de Presupuesto de los años 1863/1864, se suprimió el cargo de Fiscal General del Ministerio del Interior... y se creó el cargo de Procurador del Tesoro”

Es por ello que recién a partir de dicho año se empiezan a diferenciar con claridad ambas figuras. Si bien todavía no se conocía con precisión la naturaleza jurídica del Ministerio Público, sí se distinguieron ambas instituciones y la actuación de cada una de ellas.

En tal sentido, resulta oportuno citar un fragmento de mi discurso, en oportunidad de la sanción de la ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946, en el que me referí a la controversia sobre la esencia del Ministerio Público y su sol institucional, mencionando el origen histórico de dicho órgano: *“el Ministerio Público forma parte de un tema no resuelto en la institucionalidad argentina. No pudo ser resuelto en 1853. Este mismo debate no pudo ser resuelto en la famosa ley 182, de organización de la Justicia, dictada por el Congreso de Paraná. Recién se resuelve en 1994 y ahora lo terminamos de definir.*

El Ministerio Público tiene su origen en los poderes reales. Cuando el rey crea el Estado moderno, concentra para sí la administración de justicia y designa abogados para defender sus intereses patrimoniales y ayudar a las víctimas de los delitos frente a la acusación en los tribunales. Esos señores se llamaban procuradores reales y asumían otras funciones: asesoramiento al rey y protección de los indigentes, porque se estimaba que el rey tenía la tutela de los indigentes y menesterosos.

La constitución del Estado democrático fue dividiendo estas funciones, separando a la Justicia y haciéndola independiente. Lo que no pudo separar en la Argentina fue el Ministerio Público del Poder Ejecutivo...”



H. Cámara de Diputados de la Nación

En su artículo “*Por un Ministerio Público “dentro de la legalidad”*”, Perfecto Andrés Ibañez - Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid - cuenta cómo sobre la experiencia europea continental, en los casos, en que el ministerio público se tornó una articulación del Ejecutivo, y resalta los problemas que ello genera al sistema democrático. Al respecto señala: “... *esta realidad, como tal incontestable, dista mucho de ser satisfactoria por sus resultados. Sobre todo, en la perspectiva -ya nada teórica- de hacer valer la legalidad penal frente a todos, incluidos los sujetos públicos. El origen histórico de esa opción orgánica es ajeno a la avanzada disciplina del proceso 'acogida en ordenamientos constitucionales como el español actual y responde exclusivamente -como se ha dicho- a exigencias pragmáticas de un diseño político, no precisamente democrático, orientado a limitar las consecuencias de la separación de poderes en beneficio del Ejecutivo y en perjuicio de la independencia de la justicia. El punto de partida de la nueva andadura de la institución, en la forma que llega hasta nosotros, el golpe de Estado bonapartista del 18 de brumario de 1799, no deja lugar a dudas*”.

Y continúa advirtiendo sobre la aplicación tendenciosa de la ley penal en ese escenario, como contrapartida a la legalidad que deben garantizar tanto los jueces como los fiscales en un Estado de Derecho; al decir: “...*es preciso recordar que el fiscal tiene su campo de actuación por antonomasia en el proceso penal y que éste, como lugar de ejercicio de la jurisdicción, en el Estado de Derecho, debe estar presidido por el más exigente criterio de legalidad. En este punto no cabe la menor duda, la aplicación tendencialmente igual de la ley penal requiere -como presupuesto de efectividad de las garantías procesales- garantías orgánicas, entre las que se cuenta prioritariamente la independencia judicial... Si el fiscal, como el juez, más allá de sus diferentes posiciones procesales, deben operar como agentes de la legalidad, no se entiende el porqué de la reivindicación para él de una específica legitimación directamente política...*”.



H. Cámara de Diputados de la Nación

Porque en efecto, como advierte el mismo autor y huelgan más palabras al respecto, el problema mayor reside en los posibles actos criminales de los agentes del poder político: *“...no se trata de oponer al poder político, como poder malo, el contrapunto de un poder benéfico personificado en los actores de la jurisdicción. Basta, simplemente, poner de relieve algo tan elemental como cierto: la necesidad de que esta última funcione con verdadera independencia como momento de control desde la legalidad. De control, también, de los posibles actos criminales de los agentes del poder político. Control, pues, en última instancia, para el supuesto, a lo que parece nada improbable, de que pudieran fracasar en su función preventiva los de carácter administrativo y el parlamentario.*

Razones por las cuáles se decide por el sistema que mejor ha funcionado en tal sentido, resaltando la experiencia italiana: *“Desde mi punto de vista, a partir de la experiencia histórica y comparada, insistiré, el ejercicio independiente de la función judicial necesita de un titular de la acción pública que también lo sea. Por otra parte, es bastante claro que esa posibilidad sólo puede darse en un marco de previa independencia externa...como lo demuestra, a mi entender, la experiencia italiana última: sólo desde la independencia ha resultado posible hacer frente -en la limitada medida que cabe hacerla, no nos engañemos- a la brutal evidencia de una clase política y un Estado masivamente delincuentes”.*

Conclusión

En conclusión, si la prioridad de reformar la ley Orgánica del Ministerio Público debe ser garantizar que la independencia del mismo, otorgada por la Constitución Nacional para que de este modo, pueda cumplir libremente su función de *"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"* entonces es imprescindible evitar cualquier tipo de injerencia tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Judicial y del Legislativo; y como hemos puntualizado a lo largo de esta observación, no creemos que se estén resguardo dichos principios. Porque como escribiera Carrara: *"si [el fiscal] estuviera encadenado al Poder*



H. Cámara de Diputados de la Nación

Ejecutivo, será mentira llamarlo representante de la ley, no siendo sino un investigador representante del gobierno, que siempre pondrá el querer de este por encima de la voluntad de la ley".

Debo insistir en que, lo que se quiere evitar mediante esta observación, es que el Congreso sancione una ley con cláusulas que puedan ser tachadas de inconstitucionales por violar la división de poderes y la autonomía del Ministerio Público Fiscal; y por ende, mi voluntad es defender una reforma necesaria y ajustada a la Constitución.

Como puede advertirse, esta observación no se trata de una oposición total a la reforma planteada -en tanto coincido en la necesidad de efectuar una reforma para equilibrar la concentración de poder que hoy ostenta la titular de la Procuración General-, sino de un aporte “constructivo” para que la ley salga como debe ser y no sea fruto de un acuerdo político circunstancial que vulnera las instituciones democráticas; el que de ningún modo puedo avalar.

(1) Ver nota: “*Así reasigna fiscalías en forma irregular Alejandra Gils Carbó*”, publicada por *infobae.com* el 18 de octubre de 2016, en <http://www.infobae.com/politica/2016/10/18/asi-reasigna-fiscalias-en-forma-irregular-alejandra-gils-carbo/>

(2) Resulta público y notorio el enfrentamiento entre el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner y el fallecido Fiscal, quien la denunciara penalmente y apareciera muerto a los pocos días en sospechosas circunstancias que aún no se pudieron determinar.

(3) Idem nota “*Así reasigna fiscalías en forma irregular Alejandra Gils Carbó*”.

(4) Ver nota: “<http://www.lanacion.com.ar/1949851-gils-carbo-una-prueba-incomoda-para-Macri>”



H. Cámara de Diputados de la Nación

(5) CARRIÓ, Elisa, “Búsquedas de sentido para una nueva política”. Artículo “Verdad, poder y libertad”, PAIDOS, 2005.

(6) VANOSSI, Jorge Reinaldo, “El Ministerio Público según la reforma constitucional de 1994”. Comunicación efectuada por el académico Jorge Reinaldo Vanossi, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 22 de junio de 1995.

(7) MAIORANO, Jorge Luis* “La defensa del estado en juicio y la Procuración del Tesoro” en "130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación" (*Defensor del Pueblo Nacional. Ex Procurador del Tesoro. Ex Secretario Legal y Técnico de la Presidencia de la Nación. Ex Ministro de Justicia de la Nación).

(8) SAGÜES, Néstor P. “Reforma Constitucional: el Poder Judicial”, La Ley, 1987-E, 848.

(9) BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, p. 441

(10) GARCÍA PULLÉS, Fernando, “La Procuración del Tesoro y la Defensa del Estado”, en “Régimen de la Administración Pública”, Buenos Aires, 1990