

MINISTERIO PÚBLICO

José Manuel BENVENUTI

Mariela UBERTI

SUMARIO: I. *Las funciones del Estado de derecho.* II. *El Ministerio Público en la Constitución reformada nuevo poder del Estado de derecho.* III. *El texto constitucional.* IV. *Integración y características del órgano.* V. *Las garantías funcionales.* VI. *Situación del Ministerio Público en el derecho público provincial.*

I. LAS FUNCIONES DEL ESTADO DE DERECHO

Hoy por hoy, nos parece que no hay duda que la clásica teoría de la división tripartita del poder ha sido superada, haciéndose visible la presencia de otras dos funciones que, sin perjuicio de las tradicionales, existen por encima del esquema de Montesquieu. Nos referimos a la función gubernamental y a la de control.¹

La función gubernamental consiste primordialmente en el trazado de la política global y en la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarla.

La función de control, que no debe ser vista como una función de achicamiento, tiene por objetivo asegurar, en el grado que los factores sociales y humanos hagan posible, la limitación del poder. Su ejercicio corresponde a los jueces, Ministerio Público, minorías legislativas, Auditoría General de la Nación, defensor del pueblo y Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas en los ámbitos que le son propios.

La función gubernamental es la más ardua y complicada; la de control la más delicada.

¹ Benvenuti, José Manuel, *El federalismo, análisis y prospectiva*, cap. IV, 1969, pp. 32 y ss.

Puede sostenerse que los “poderes” que resultan del proceso gubernamental se proyectan en las siguientes fases:

1. Asesoramiento (un verdadero “poder de consulta” para Duverger).
2. Decisión-ejecución-control y responsabilidad que emerge de la función de control.

Esta división funcional se corresponde mucho más exactamente con la dinámica del Estado contemporáneo.

Claro que hay otros controles que anidan en el seno de la sociedad antes que en los mecanismos del aparato estatal: básicamente el control que nace del pluralismo, ejercido a través de la crítica. La posibilidad real y legal de “crítica” es un elemento que hace a la supervivencia misma del sistema democrático.

Resulta imprescindible, entonces, el control que, desde el propio poder o extragubernamentalmente, inspecciona, limita, revisa, influye, etcétera, para que el ejercicio sea regular, justo, constitucional. El control —dentro y fuera del poder— anuda fuertemente todo el sistema constitucional.²

La refundación moral de un Estado descentralizado —una realidad a la que aspiramos— será viable en la medida que no se concedan derechos ni poderes sin las respectivas garantías y controles verdaderamente efectivos.

Lo señalado nos lleva al consabido interrogante de quién controla al control. Tan conocida como el interrogante es la respuesta que nos ofrece la

² La Convención Nacional Reformadora de 1994, incorpora —constitucionalizándolos— como órganos de control del Parlamento sobre la administración y el Poder Ejecutivo, la Auditoría General de la Nación (artículo 85, organismo de asistencia técnica que se pronuncia a través de dictámenes, ejerciendo una especie de contralor externo de la administración pública) y el defensor del pueblo (artículo 86, cuya misión fundamental es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses amparados por la Constitución y las leyes frente a actos u omisiones del gobierno en sentido amplio). Si bien a ambos se les confiere autonomía funcional y, en el primero, su presidente es designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso, la organización y funcionamiento fue diferida a la ley (leyes núms. 24.156 y 24.284, respectivamente). Por otra parte, la inclusión en el artículo 120 del Ministerio Público como un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, con “...la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad...”, está llamado a cumplir —en la medida que su integración sea efectivamente independiente— una importante función de control. Es decir, se agregan a los controles políticos clásicos que buscaban el equilibrio en los frenos y contrapesos (*checks and balances*). Súmese a ello la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas instituida por ley que ejerce el control de legalidad en todos los ámbitos de la administración pública desde fuera de ella.

ciencia política: no existen fórmulas mágicas e infalibles para esta verdadera “cuadratura del círculo” que se presenta en el Estado moderno.

La técnica constitucional puede colaborar ofreciendo mecanismos de control más o menos perfeccionados; como lo son en su espíritu, al menos, los constitucionalizados por la reforma de 1994.

Pero también sabemos que luego de probar todos los refinados procedimientos expuestos en el derecho constitucional comparado, solo nos queda en pie como *ultima ratio*: la fe en el hombre y la generación de una verdadera cultura para vivir en democracia.

II. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN REFORMADA. NUEVO PODER DEL ESTADO DE DERECHO

Como venimos sosteniendo, debería hablarse de división de funciones en lugar de división de poderes. Así, Bidart Campos conceptualiza que “el poder del Estado, como capacidad o energía para cumplir sus fines, es uno solo con pluralidad de funciones y actividades. Es decir, lo que se divide no es el poder, sino las funciones y los órganos que la cumplen. Cuando el derecho constitucional del poder habla de poderes en plural quiere mentar los órganos institución, es decir, aquellos que tienen sus respectivas competencias o funciones”.³

Como sostiene Loewenstein, la separación de poderes “es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales en diferentes órganos de gobierno”.⁴ El Constituyente de 1994 diseñó en el artículo 120 un Ministerio Público bicéfalo con atribuciones que le son propias de defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.

Su constitucionalización y ubicación metodológica en la segunda parte: autoridades de la nación. Título primero: gobierno federal, sección IV, nos ha llevado a sostener, al margen de su caracterización como órgano extrapoder⁵—contenida en la Ley declarativa de la necesidad de la reforma, denominación que no usó el Constituyente— que se trata de un verdadero po-

3 Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. II, p. 16.

4 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, p. 55.

5 Ley declarativa de la necesidad de la reforma núm. 24.309, artículo 3o.: “...G) Ministerio Público como órgano extrapoder. Por habilitación de un artículo a incorporarse en la segunda parte, en el nuevo capítulo”, y dictamen de la mayoría, Convención Nacional Constituyente 34a. reunión, 3a. sesión ordinaria, pp. 4671 y ss.

der del Estado, que se suma a la tríada clásica, no viéndose comprometido ningún valor republicano con su incorporación, antes bien, el desempeño eficaz e independiente del mismo potenciará el control.⁶

Agréguese a ello, que el proyecto respectivo se elaboró en la comisión de Sistemas de Control de la Convención Nacional Reformadora. El Ministerio Público ha sido incorporado a la Constitución por la puerta grande y estamos persuadidos que está llamado a jugar un papel destacado, especialmente, en el ámbito del control.⁷

Si bien es cierto que el Ministerio Público se desempeña en la órbita del Poder Judicial —sirviendo a la función jurisdiccional— aparece un amplio campo de atribuciones, funciones y actuación específicas en el ámbito del control le son propias y que, en las democracias modernas, cobran destacada importancia.

Aceptada la postura que venimos desarrollando —ampliación de los poderes clásicos con la aparición de nuevos órganos que vienen a asumir atribuciones que antes eran asignadas a aquéllos, pero con mayor especificidad, independencia y, es de esperar, mejores resultados— nos parece claro que se está en presencia de un verdadero poder del Estado aun cuando, desde el punto de vista metodológico, hubiere sido más adecuado reunirlos en una sección específica.⁸

Por otra parte, la doctrina de los denominados órganos extrapoderes no está aún totalmente desarrollada en el ámbito del derecho constitucional, principalmente cuando se los instituye con amplias atribuciones, como por ejemplo, el Tribunal Constitucional en Italia o España.

Sobre el particular, recuérdese que los tribunales constitucionales fueron concebidos por Hans Kelsen quien les confería una función legislativa de

6 Programa de la cátedra de derecho constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, Bolilla XVIII, 1995.

7 Si bien la Constitución de 1853 en su artículo 91 refería “dos fiscales” de la C.S.J.N., no aludía institucionalmente al Ministerio Público. La Constitución de 1819, sección cuarta, capítulo único, artículo XCII: “una Alta Corte de Justicia compuesta por siete jueces y dos fiscales ejercerá el Supremo Poder Judicial del Estado”. La Constitución de 1826, artículo 111: “Una Corte de Justicia compuesta de nueve jueces y dos fiscales ejercerá el Supremo Poder Judicial”.

8 El Consejo de la Magistratura formalmente se ubica dentro del Poder Judicial Federal (sección tercera, capítulo primero); en tanto la Auditoría General de la Nación y el defensor del pueblo están previstos en los capítulos sexto y séptimo, respectivamente de la sección primera: del Poder Legislativo.

signo negativo. “Es un tribunal que tiene el poder de anular las leyes y, en consecuencia, órgano del Poder Legislativo”.

Fernández Segado, lo califica como una especie de órgano *ad hoc*, sosteniendo:

...que la interpretación constitucional se nos presenta como una actividad más próxima a la que lleva a cabo el legislador o el hombre de gobierno, que a la que desempeñan los jueces ordinarios; precisamente por ello, se comprende la conveniencia de atribuir tal función a un órgano diferente de los tribunales ordinarios.⁹

Partiendo de un criterio sistémico, resulta decisivo en apoyo de la posición a la que adscribimos, recurrir a las funciones y atribuciones que le son propias y su autonomía respecto de los otros poderes.

Así, el objeto propio de tal función —en el marco democrático contemporáneo, claramente garantista, al que aspiramos— se centra en torno de la lucha contra la corrupción administrativa; los desvíos de poder,¹⁰ el lavado de dinero; las vinculaciones del narcotráfico con el poder político, etcétera. Busca, en definitiva, afianzar los controles y garantizar mejor las libertades públicas. También, desde el punto de vista de su ubicación formal, se desprende claramente que no integra el Poder Judicial, al que corresponde la sección tercera, ni a los otros poderes¹¹ aun cuando deberá actuar en coordinación con aquellos.

III. EL TEXTO CONSTITUCIONAL

El artículo 120 de la Constitución nacional:

El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera,¹² 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.

⁹ Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, p. 1050.

¹⁰ A partir de una fuerte concentración, en la mayor parte de la Latinoamérica en un Ejecutivo salido de cauce y de las recurrentes crisis institucionales y económicas.

¹¹ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, t. V, p. 635.

¹² Dicho ello con un énfasis que el Constituyente no empleó al referirse al Poder Judicial (artículo 114.3).

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.

IV. INTEGRACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL ÓRGANO

Como puede observarse la definición que del mismo se hace, es excesivamente ambigua e imprecisa, producto de no haberse alcanzado los consensos mínimos en el seno de la Convención Reformadora para conceptualizar con precisión al nuevo Instituto, situación que ha sido remediada —en buena medida— por la ley 24.946.

Del texto constitucional surge que el Ministerio Público es bicéfalo; conformado por dos ramas: el Ministerio Público Fiscal (cuya cabeza es el procurador General de la Nación, que actúa ante la Corte Suprema y demás fiscales de todas las instancias) y el Ministerio Público de la Defensa (que comprende a los Defensores de Pobres y Ausentes de todas las instancias y en cuyo vértice se ubica el Defensor General de la Nación).

Debemos precisar que el Ministerio Público no representa al Estado o al fisco, sino a la sociedad, a la comunidad en su conjunto, en su misión de velar por los intereses generales y el orden público constitucional (denunciando los actos y normas que se opongan a la Constitución) es decir, la legalidad en el sentido más amplio, habiéndosele asignado a los fiscales el deber de ejercer en forma discrecional la acción penal,¹³ ello garantiza el principio constitucional de la inviolabilidad de la defensa al separar claramente las funciones de acusar y juzgar.¹⁴

La norma en cuestión, con elogiado criterio, ha relevado a los fiscales de representar en juicio al Estado nacional, artículo 27.¹⁵ Un antiguo precedente la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo respecto de la titularidad del ejercicio de la acción vinculada con la declaración de inconstitu-

¹³ En lo atinente a los roles del Ministerio Público Fiscal y de la víctima querellante en la acción penal, véase opinión del doctor Germán J. B. Campos, L.L. 1998 – E. 432.

¹⁴ La policía judicial que debería implementarse coadyuvará en su tarea al Ministerio Público (véanse artículos 126 Constitución española y 109 Constitución italiana).

¹⁵ En realidad, la defensa en sede judicial de los intereses del Estado federal debe estar a cargo de un cuerpo de abogados, que normalmente integran los servicios jurídicos de los distintos ministerios, secretarías, etcétera; y cuyo superior jerárquico es el procurador General del Tesoro.

cionalidad de una ley, que únicamente puede ser intentada por aquél que es el actual titular del derecho y no por quien ha renunciado a ese derecho antes de iniciar el juicio, resultando obvio que el Poder Ejecutivo al promulgar una ley ha dado su conformidad en relación con su constitucionalidad. Es decir, se ubicaba al Ministerio Público en la esfera del Poder Ejecutivo.¹⁶

El Ministerio Público —debe quedar bien claro— no integra el Poder Ejecutivo como ocurrió a partir de 1989 y de la sanción de la Ley 23.774, ni tampoco el Poder Judicial. Estamos en presencia de un Ministerio Público desvinculado de ambos que ha terminado con la “servidumbre de dos mundos”, según lo expresara el convencional Masnatta al defender el despacho mayoritario en el seno de la Convención.¹⁷

La Ley 24.946/98 es una de las llamadas normas de “desarrollo constitucional” y bajo la denominación de Ley Orgánica del Ministerio Público su articulado se ocupa en el Título 1 de la organización e integración del órgano y de las funciones y actuación en el Título 2.

En capítulo II, relación de servicio que establece la designaciones (artículos 5o.-8o.) mediante el mecanismo de concurso público (de oposición y antecedentes) para determinar los postulantes a las ternas. Quedan excluidos de tal sistema el procurador General de la Nación y el defensor General de la Nación, cuya designación corresponde al P.E.N. con acuerdo del Senado que debe prestarse con una mayoría calificada de los dos tercios de los miembros presentes.

Los artículos 9o., 10 y 11 prevén los supuestos de incompatibilidades, excusación, recusación y sustitución.

El poder disciplinario y los mecanismos de remoción se establecen en los artículos 16, 17 y 18, creándose el Tribunal de Enjuiciamiento y sus reglas de procedimiento (artículos 19 y 20), precisándose respecto del procurador General de la Nación y defensor general de la Nación que —como verdaderas cabezas de poder— sólo pueden ser removidos por las causales y mediante el procedimiento del juicio político (artículos 53 y 59 C.N.).

¹⁶ Rasspe Sohne c./ Gob. Nac. 10/2/61, F.: 249-51. Posteriormente, la Corte admitió que la cuestión de constitucionalidad pueda ser introducida por el Ministerio Público, L.L. 110–119. Reconocía indirectamente que el P.E. y el Ministerio Público no integraban un mismo poder.

¹⁷ *Diario de Sesiones*, p. 4672.

En teoría, al menos, tal metodología debería permitir dinamizar su funcionamiento, modernizándolo técnicamente, requiriendo de sus integrantes idoneidad ética, jurídica y sentido común.

V. LAS GARANTÍAS FUNCIONALES

Las *inmunidades funcionales* y la *intangibilidad de las remuneraciones* de sus miembros están garantizadas en los artículos 14 y 12 de la mencionada disposición legal.

Es indudable que los procedimientos de designación, destitución, inmunidades e intangibilidad salarial se conectan indisolublemente entre sí contemplando la ley una serie de pautas en los artículos 12-15.

La normativa aludida ha incorporado disposiciones garantistas equiparando, en este aspecto con loable criterio, el *Ministerio Público* al Poder Judicial en todo lo concerniente a las garantías funcionales referidas en el último párrafo del artículo 120.¹⁸

En cuanto a su independencia y autonomía, la ley que comentamos dispone que hacia afuera el Ministerio Público ejerce sus funciones con unidad de actuación rechazando cualquier sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órgano ajeno a su estructura (artículo 1o.), es decir, que no está subordinado a otros controles que los propios del sistema republicano.

Interiormente, la unidad de actuación se impone —en principio— a los miembros inferiores sin perjuicio de la autonomía que corresponda de resultas de la especificidad de las funciones¹⁹ puesto que hace a la idea de unidad que caracteriza normalmente su actuación, estando axiológicamente vinculado al grado de prestigio y autonomía en el obrar concreto del procurador general.

El texto constitucional garantiza a tal punto la independencia del órgano creado que le confiere autarquía financiera —lo que resulta destacable— habiendo previsto el legislador ordinario, en el capítulo III: administración

¹⁸ Al votarse el artículo 120 el convencional Cullen había solicitado se incorporara un párrafo que asegurare al Ministerio Público inmunidades funcionales e intangibilidad de las remuneraciones similares a la de los señores jueces (Convención Nacional Constituyente 34a. reunión, 3a. sesión ordinaria, p. 4711).

¹⁹ Es discutible la norma consagrada en el artículo 27, 2a. parte, en tanto habilita al P.E. por intermedio del Ministerio que corresponda, a dirigirse a los titulares del Ministerio Público “... a fin de proponerle la emisión de instrucciones generales tendientes a coordinar esfuerzos...”.

general y financiera del Ministerio Público (artículos 21-24), que contará con crédito presupuestario propio, “el que será atendido con cargo a rentas generales y con recursos específicos”, elaborando sus titulares el proyecto de presupuesto. Normativa que se complementa en el artículo 71 (Recursos).²⁰

VI. SITUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

Como ya se ha precisado, en la doctrina y legislación tradicionalmente este instituto fue situado dentro de la órbita del Poder Judicial (diseño generalizado en el derecho público provincial), o en la del Poder Ejecutivo; además se encuentra en el ámbito legislativo o como órgano extrapoder.²¹

En las XII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos y III Encuentro de Ministerio Público para el Mercosur (S.F. del Valle de Catamarca, 26-28/8/99) se concluyó en la conveniencia de la estructuración de un Ministerio Público Fiscal independiente de los otros poderes del estado “dotado de autonomía funcional y autarquía financiera y sobre la base de un orden jerarquizado de sus miembros”.

20 El P.E.N. vetó el tercer párrafo del artículo 22 que textualmente expresaba: “...solo podrá formular —se refiere al Ejecutivo— las observaciones que estime apropiadas, pero sin modificar su contenido, debiéndolo incorporar al proyecto de presupuesto general de la nación”.

21 En las constituciones provinciales prevalece la tendencia a incluirlo al tratar el Poder Judicial en forma genérica: las Provincias de Neuquén, Tierra del Fuego, Mendoza, Santa Fe, Santa Cruz, Corrientes, Formosa y Tucumán con un artículo específico: Misiones (142), Entre Ríos (162), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (107), La Rioja (138, presenta la novedad de utilizar la denominación “función” Legislativa, Ejecutiva y Judicial y no la clásica de “poder”), La Pampa (90), Jujuy (157), San Juan (202), Catamarca (200), San Luis (191), Chaco (156), Buenos Aires (189); en tanto, lo prevén en un capítulo: las de Santiago del Estero (III, artículo 186), Córdoba (V, artículos 171-173), Río Negro (IV, artículos 215/219), Chubut (V, artículos 194-197), Salta (II, artículos 164-168, confiriéndosele para el ejercicio de sus funciones, autonomía e independencia de los demás órganos del poder público), etcétera. En Estados Unidos normalmente tiene carácter electivo, y se lo considera actuando en la órbita del Ejecutivo, también en Francia, Inglaterra, Alemania e Italia. En la ex URSS dependía del órgano legislativo, y era designado por el soviét supremo, respondiendo ante éste a quien rendía cuentas de su gestión. Sistema similar tenían Hungría (artículo 52) y Bulgaria (artículo 134). La Constitución española lo ubica dentro del Poder Judicial (coincidiendo autores como Alamillo y Fernández Segado que la carta magna lo ha dotado de una estructura propia de mera acusación pública —dentro de la más estricta tradición europeo continental— de naturaleza funcional y dependiente del Poder Ejecutivo, lo que es una verdadera contradicción).

El artículo 84 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, establece que la Corte Suprema de Justicia se compone de cinco miembros y un procurador general.

El artículo siguiente, fija los requisitos que deberán reunir los miembros de la Corte, vocal o fiscal de las Cámaras. El artículo 88 consagra la inamovilidad de los magistrados y funcionarios del Ministerio Público, la que cesa al alcanzar los 65 años de edad si estuvieren en condición de obtener la jubilación ordinaria.²²

El hecho que el Ministerio Público esté dentro del marco del Poder Judicial en nuestra provincia conlleva —desde el punto de vista operativo— una seria desventaja, habida cuenta que la formación y actitud mental de los integrantes de cada una de sus ramas es diametralmente distinta de la del juez.

No es apropiado, ni favorece su formación y especialización que la función de *fiscal o defensor* se constituya —en los hechos— en un peldaño más en la carrera judicial, como ha venido ocurriendo en el ámbito federal hasta la implementación de la reforma de 1994 y que sucede actualmente en los estados provinciales.

No hay una verdadera vocación funcional, sino que aparece como un eslabón más en el derrotero para acceder a la judicatura.

Decimos, finalmente, que el Ministerio Público como una verdadera función independiente, hace a la efectividad del control y a la consolidación del sistema democrático. En cambio, subordinado —en mayor o menor medida al poder político— se vería seriamente diluido.

22 En realidad, la redacción de dicho artículo no es feliz y, de hecho, ha motivado la declaración de inconstitucional en “Iribarren”, solución que no compartimos, pues afecta la autonomía conferida a los Estados Provinciales en el artículo 5o. de la C.N. En tal sentido, el tema ha sido abordado con más crítica en el actual inciso 4, párrafo 3, del artículo 99 de la Constitución nacional.