

LA DETERMINACIÓN DE LA POLÍTICA DE PERSECUCIÓN CRIMINAL Y LOS RIESGOS DE LA CONCENTRACIÓN DE PODER

OBJETO: ANALIZAR LAS NUEVAS NORMAS CONSAGRADAS EN LA LEY 19.293 – “CÓDIGO DEL PROCEDIMIENTO PENAL” Y EN LA LEY 19.483 – “LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN”, RELACIONADAS AL DISEÑO DE LA POLÍTICA DE PERSECUCIÓN CRIMINAL Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO DE DERECHO.

1. BREVE SÍNTESIS Y ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO A LAS NORMAS RECIENTEMENTE CONSAGRADAS, RELACIONADAS AL DISEÑO DE LA POLÍTICA DE PERSECUCIÓN CRIMINAL

1.1. En nuestro país, desde el año 2014, se ha venido procesando a través de diferentes leyes, un cambio sustantivo en el ordenamiento jurídico penal con fuerte incidencia en la política de persecución criminal.

En diciembre de 2014, se aprobó por Ley 19.293 un nuevo Código de Proceso Penal que, luego de varias postergaciones, finalmente entró en vigencia en noviembre de 2017. Este Código en su artículo 9° consagra el Principio Acusatorio en aplicación del cual *“no se podrá iniciar actividades procesales, imponer prisión preventiva o medidas limitativas de la libertad ambulatoria, condenar o imponer medidas de seguridad, si no media petición del Ministerio Público”*.

Hemos pasado, por consiguiente, de un sistema penal inquisitivo a un sistema penal acusatorio, pasando los fiscales a cumplir un rol protagónico, particularmente en la primera fase de investigación y persecución criminal.

En agosto de 2015 se aprobó la Ley 19.334 que crea la Fiscalía General de la Nación como servicio descentralizado para ejercer el Ministerio Público y Fiscal.

Finalmente, en enero de 2017, se aprobó la Ley 19.483 de Organización y Funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación que en su artículo 13° incluye como uno de los cometidos de dicho organismo el de “Fijar, diseñar y ejecutar la política pública de investigación y persecución penal de crímenes, delitos y faltas”.

1.2. Según lo previsto en Ley 19.483, la política de investigación y persecución criminal se diseña a través de instrucciones generales “elaboradas por el Consejo Honorario de Instrucciones Generales y adoptadas en forma preceptiva y vinculante por el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación y comunicadas por escrito a cada uno de los fiscales y simultáneamente a la Asamblea General, en aplicación del principio de unidad de acción y de conformidad con el principio de legalidad”.

El Consejo Honorario de Instrucciones Generales está integrado por el Fiscal de Corte que la presidirá, un representante del Poder Ejecutivo, un representante de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, un representante de la Asociación de Fiscales y un representante de la Sociedad Civil a sugerencia de las organizaciones más representativas de la temática a tratar, el cual será designado por el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación. Las decisiones serán adoptadas por mayoría absoluta del total de componentes y para sesionar se requiere un cuórum mínimo de tres integrantes más el presidente.

1.3. Según lo anteriormente expuesto, podemos concluir:

En primer lugar, el Poder Legislativo delegó en la Fiscalía General de la Nación – sometida a tutela administrativa del Poder Ejecutivo – la

determinación de la política de persecución penal (artículo 13° de ley 19.483).¹

En segundo lugar, la política de persecución penal será diseñada a través de instrucciones generales elaboradas por un Consejo que adopta decisiones por mayoría y está integrado por cinco miembros, tres de ellos muy cercanos al Poder Ejecutivo (artículo 15° de ley 19.483).

En tercer lugar, la ley prevé que las instrucciones generales sean comunicadas a la Asamblea General de conformidad con el principio de legalidad, pero en realidad, conforme a dicho principio, la política de persecución penal debería ser diseñada por ley y no por un acto administrativo. En efecto, el principio de legalidad en materia penal, deriva del artículo 10° de la Constitución de la República y está consagrado en el artículo 1° del Código Penal. Este principio implica, por un lado, que no hay delito sin ley (*“nullum crimen sine legge”*), y por otro, que lo que la ley declara como delito, es delito (*“dura lex sed lex”*).

Téngase presente que el Consejo Honorario de Instrucciones Generales tiene un representante del Poder Ejecutivo y no tiene un representante del Poder Legislativo.

En cuarto lugar, el riesgo de esta delegación se ve agravado por el hecho de que, conforme a lo dispuesto por el Código de Procedimiento Penal aprobado por Ley 19.293, los jueces no tienen iniciativa en materia de investigación penal, sino que esa facultad fue trasladada a la Fiscalía General de la Nación. Según el artículo 98 de la ley 19.293, el fiscal podrá *“abstenerse de toda investigación, o dar por terminada una investigación*

¹ En flagrante violación constitucional, la ley 19.334 que crea la Fiscalía General de la Nación como servicio descentralizado prevé en su artículo 4º: *“(Observaciones del Poder Ejecutivo).- Interpretase el artículo 197 de la Constitución de la República respecto del servicio descentralizado Fiscalía General de la Nación, en el sentido de que las atribuciones asignadas por dicha disposición al Poder Ejecutivo refieren únicamente al funcionamiento administrativo de aquél, no comprendiendo la competencia ni el ejercicio del Ministerio Público y Fiscal en sus distintos niveles”*.

ya iniciada, si los hechos relatados en la denuncia no constituyen delito, si los antecedentes y datos suministrados indican que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado, o si las actuaciones cumplidas no hubieren producido resultados que permitan la continuación útil de la indagatoria". Si bien el denunciante o la víctima pueden pedir el reexamen del caso por el fiscal subrogante, en definitiva, siempre será en el ámbito de la Fiscalía General de la Nación donde se termina decidiendo cuáles son los hechos con apariencia delictiva que deben ser judicializados.

1.4. Se trata de normas legales cuya constitucionalidad ha sido cuestionada, pero respecto de las cuales la Suprema Corte de Justicia ya se ha expedido rechazando los recursos interpuestos contra ellas.

Estamos entonces ante normas legales vigentes, y como tales, de aplicación obligatoria, en tanto no sean modificadas, derogadas o declaradas inconstitucionales en un caso concreto.

2. IMPORTANCIA DE PRESERVAR LA AUTONOMÍA TÉCNICA DE LOS FISCALES Y RIESGOS QUE SE PRESENTAN

2.1. Ante ese traslado de competencias –de dudosa constitucionalidad- consagradas por la Ley 19.293 del *Código de Procedimiento Penal* y la Ley 19.483 de *Funcionamiento y Organización de la Fiscalía General de la Nación*, surge como prioritaria la necesidad de preservar la autonomía técnica de los fiscales, como último bastión capaz de contrarrestar la concentración de poder en una única persona, como forma de garantizar el derecho de acceso a la justicia de todas las víctimas de delitos, respetar los derechos de los imputados en un proceso penal y, particularmente, asegurar el cumplimiento del deber estatal de investigar, perseguir y sancionar los delitos con objetividad, transparencia y libre de toda amenaza o presión.

La Ley 19.483 plantea un confuso límite y frágil equilibrio entre los principios de unidad de acción, jerarquía y organización dinámica con el principio de la autonomía técnica de los fiscales, por lo que, existe el riesgo, de que una aplicación arbitraria de la ley por parte de los operadores jurídicos de turno, redunde en el menoscabo de nuestro sistema de justicia, que ha gozado, y aún goza, de un fuerte prestigio a nivel nacional e internacional.

2.2. El principio de unidad de acción y de independencia técnica de los fiscales letrados.

El artículo 4° de la ley 19.483 consagra el principio de unidad de acción. Resulta indiscutible lo expresado en el primer inciso de la norma en cuanto a que el Ministerio Público y Fiscal es único e indivisible y que cada uno de sus integrantes en su actuación representa a la Fiscalía General de la Nación en su conjunto.

Está implícito en la noción de justicia que ante situaciones similares se espera decisiones similares y que para eso se requiere similitud de criterios en la aplicación de la ley entre los diferentes órganos con competencia para entender en los diferentes casos.

El problema se plantea al momento de definir el procedimiento de elaboración, el alcance, la oportunidad de entrada en vigencia y la obligatoriedad de las instrucciones generales dictadas para obtener la unidad de acción deseada, de forma de no afectar el principio de independencia técnica de los fiscales letrados, consagrado en artículo 5° de esta ley.

La autonomía técnica de los fiscales es un principio de raigambre constitucional derivado de los principios de igualdad, acceso a la justicia y de la forma republicana de gobierno. Está definido como el derecho a no recibir órdenes ni recomendaciones de parte de ningún jerarca de la

institución ni autoridad ajena a la misma, para proceder de una determinada manera en cada caso concreto.²

El delicado equilibrio que debe existir en el juego de estos dos principios, la ley pretende resolverlo en artículo 15° y otros complementarios.

En primer lugar, en lo que refiere al alcance de las instrucciones generales:

Según artículo 15° de la ley, las instrucciones generales son *“directrices de actuación destinadas al mejor funcionamiento del servicio y al cumplimiento de sus cometidos en todas las áreas de competencia de la Fiscalía General de la Nación y en particular en las tareas de investigación de los hechos punibles y su adecuada priorización, ejercicio de la acción penal...”*³.

En la discusión en Comisión Parlamentaria se analizó por parte de los diferentes especialistas consultados, el tema del alcance de las instrucciones generales y hubo coincidencia en cuanto a que se trata de una herramienta que, bien utilizada, puede ser muy útil para evitar desigualdades en la actuación de la justicia o para unificar criterios en

² El estatuto vigente hasta noviembre de 2017 – ley 15.365 – preveía en su artículo 2º “El Ministerio Público y Fiscal es independiente técnicamente en el ejercicio de sus funciones. Debe, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados como sus convicciones se lo dicten, estableciendo las conclusiones que crea arregladas a derecho”.

³ El estatuto vigente hasta noviembre de 2017 – ley 15.365 – preveía en su artículo 20 la posibilidad de instrucciones exclusivamente para el Ministerio Fiscal (en defensa de los intereses patrimoniales del Estado. Independencia). “Los integrantes del Ministerio Fiscal defenderán los intereses patrimoniales del Estado, y deberán hacerlo de acuerdo a sus convicciones técnicas sin perjuicio de las instrucciones que les fueren impartidas por el Poder Ejecutivo y el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación”. Cabe precisar que artículo 3 de la ley 15.365 distingue entre el “Ministerio Público, en cuanto actividad funcional que tiene como objetivo la protección y defensa de los intereses generales de la sociedad” y el “Ministerio Fiscal, en cuanto actividad funcional que tiene como objetivo la vigilancia y defensa de los intereses patrimoniales del Estado”. La ley 19.334 – Creación de la Fiscalía General de la Nación prevé “A la Fiscalía General de la Nación le compete ejercer las funciones del Ministerio Público y Fiscal, conforme a las disposiciones vigentes”.

El estatuto vigente hasta noviembre de 2017 no preveía la posibilidad de instrucciones al Ministerio Público (protección y defensa de los intereses generales de la sociedad).

la aplicación del principio de oportunidad en materia penal atendiendo la lesividad del bien jurídico a proteger.

Es innegable que uno de los problemas que deben enfrentar los fiscales es el gran número de denuncias presentadas, por lo que deben seleccionar los casos que serán judicializados. Para el ejercicio de este tipo de facultades se deben establecer criterios claros y públicos, de forma de evitar la corrupción, favores o compromisos políticos o el archivo indiscriminado de casos con fines estadísticos.

También es innegable que se deben unificar criterios respecto a la persecución de determinados delitos. Como se dijo en la Comisión Parlamentaria, a modo de ejemplo, atenta contra el principio de igualdad, el hecho que *“un juez de aduana considere que pasar cuatro kilos de yerba es delito de contrabando y otro que considere que deben ser más de diez”*. Se mencionó también a modo de ejemplo, lo que sucedía hace unos años atrás con respecto a la cantidad de plantas de marihuana que se podían tener, y el caso de dos funcionarios públicos procesados sin prisión por un delito de abuso de funciones y que otro funcionario público, por el mismo delito, fue procesado con prisión.

El problema que se plantea, es si este tipo de dificultades puede resolverse mediante instrucciones generales, si de alguna manera no se está violentando el principio de autonomía técnica de los fiscales y, fundamentalmente, si no se está violentando el principio de legalidad en materia penal.

En suma, se entiende que es sumamente difícil precisar en la redacción de la ley el alcance de las instrucciones generales respetando ese sutil límite que existe entre los principios de unidad de acción y el principio de autonomía técnica y entre los principios de oportunidad y el de legalidad en materia penal. Pero, si bien se reconoce que siempre existirán zonas grises de discutible legalidad, la minimización de riesgos

debería buscarse a través del procedimiento de elaboración de las mismas, la oportunidad de entrada en vigencia y el grado de obligatoriedad para los fiscales letrados que entienden en los casos concretos, lo que será analizado en los párrafos siguientes.

En segundo lugar, en lo que refiere a la elaboración de las instrucciones generales:

Las instrucciones generales serán elaboradas por una Comisión Honoraria integrada por el Fiscal de Corte que la presidirá, un representante del Poder Ejecutivo, un representante de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, un representante de la Asociación de Fiscales y un representante de la Sociedad Civil a sugerencia de las organizaciones más representativas de la temática a tratar, el cual será designado por el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación. Las decisiones serán adoptadas por mayoría absoluta del total de componentes y para sesionar se requiere la presencia como mínimo de tres integrantes más el presidente.

Adviértase que la Comisión no cuenta con representante del Poder Judicial, ni del Poder Legislativo y que los fiscales – quienes en definitiva son los destinatarios de las instrucciones generales y quienes deberán aplicarlas – tienen una mínima representación a través de un solo representante.

Se entiende que lo lógico hubiera sido – si lo que se quería era mantener la unidad de acción respetando el principio de independencia técnica – que la Asociación de Fiscales contara con una presencia más numerosa.

En tercer lugar, en lo que refiere a la obligatoriedad de las instrucciones generales:

La ley prevé que los fiscales no podrán apartarse de las instrucciones generales, sin perjuicio de su derecho a formular objeciones y a excusarse haciéndolo saber al Fiscal de Corte quien resolverá en definitiva si lo aparta o no del caso.

La ley asegura la unidad de acción en desmedro del principio de independencia técnica. En efecto, si el fiscal que entiende en un caso, tiene objeciones que formular a las instrucciones generales que sean de aplicación al mismo, lo que la ley prevé es que se excuse a los efectos de que pueda ser subrogado por otro que no formule objeciones. Pero además, las objeciones formuladas quedan en el ámbito de quien elaboró las instrucciones, ya que el Fiscal de Corte se las debe comunicar a la Comisión Honoraria de Instrucciones Generales, no estando prevista su comunicación a la Asamblea General, como sí lo está cuando su elaboración.

En suma, la formulación de una objeción queda en su mera enunciación, sin estar previsto ningún trámite posterior. Si una instrucción general no es compartida por muchos fiscales, queda todo en la interna del servicio descentralizado.

En la discusión en Comisión Parlamentaria se planteó que los fiscales lo más que podrían recibir son sugerencias, pero no instrucciones de actuación.

En cuarto lugar, en lo que refiere a la oportunidad de entrada en vigencia de las instrucciones generales:

La ley no prevé el momento de entrada en vigencia de las instrucciones generales, por lo que se puede entender que son de aplicación inmediata a partir de su comunicación. Indudablemente, al ser de aplicación inmediata, aún cuando la ley prevea que las

instrucciones generales no pueden referirse a causas particulares, mediante ellas se puede estar incidiendo en una investigación en curso.

A nivel Colegio de Abogados se analizaron dos variantes, para evitar el riesgo de que las instrucciones generales encubran el deseo de influir en determinada investigación. Una era agregar un inciso en artículo 15 que diga que las instrucciones no serán aplicables en un caso concreto cuando el fiscal haya comenzado a actuar antes de la notificación o comunicación de ellas. La otra variante fue la de establecer directamente un plazo para que las instrucciones generales entren en vigencia, por ejemplo 60 días después de haber sido comunicadas para evitar esa influencia indebida que pueda existir en la materia. Ninguna de estas variantes fue incluida en la redacción definitiva de la ley.

2.3. El Principio de Jerarquía y el de Independencia Técnica de los fiscales.

El artículo 6° define el Principio de Jerarquía y prevé que *“cada superior jerárquico controla el desempeño de quienes actúan bajo su dependencia”*.

Un adecuado respeto al Principio de Autonomía Técnica implica un debilitamiento del Principio de Jerarquía. Sin embargo, la ley incluye normas que, en sentido contrario, implican un reforzamiento del Principio de Jerarquía frente al de Autonomía Técnica.

- El literal A del artículo 21° prevé como competencia del Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación el ejercer la vigilancia y superintendencia directiva, correctiva, consultiva e instructiva de todos los fiscales. Adviértase la diferencia de redacción con el artículo 239 de la Constitución de la República que prevé que la Suprema Corte de Justicia ejerce la “Superintendencia directiva, correctiva, consultiva y económica sobre los Tribunales, Juzgados y demás dependencias del

Poder Judicial”. En respeto de la autonomía técnica, los jueces no son vigilados por la Suprema Corte de Justicia y ésta no ejerce superintendencia instructiva sobre los jueces. No sucede lo mismo con los fiscales en su relación con el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación⁴.

- Los literales O y P del artículo 67 prevén como faltas graves el incumplir resoluciones o circulares de la Fiscalía General de la Nación e incumplir instrucciones generales⁵.

En la discusión en el ámbito de la Comisión Parlamentaria se planteó que, a la consagración del Principio de Independencia Técnica en la ley, le faltaría un inciso final que dijera que los fiscales “*no podrán ser sancionados cuando hayan actuado dentro de su margen de independencia técnica*”.

2.4. El Principio de Organización Dinámica y el Principio de Independencia Técnica.

El artículo 9º consagra el Principio de Organización Dinámica, previendo que la organización y estructura de la Fiscalía General de la Nación se regirá de acuerdo con los criterios de flexibilidad y dinamismo, con miras a atender las necesidades que el cumplimiento de sus funciones le requiera, en cuanto no afecta la carrera funcional y los derechos adquiridos de sus integrantes.

Este principio se materializa, entre otros, en el artículo 53º que prevé el traslado de los Fiscales Letrados a otras jurisdicciones territoriales y a

⁴ Cabe precisar que el texto del literal A del artículo 21 de ley 19.483 reproduce textualmente el numeral 1 del artículo 7 de la ley 15.365 – Ley orgánica del Ministerio Público y Fiscal, aprobada en 1982, que preveía como competencia funcional del Fiscal de Corte y Procurador general de la Nación en el orden administrativo: “*Ejercer la jefatura directa e integral del Ministerio Público y Fiscal con facultades de vigilancia y superintendencia directiva, correctiva, consultiva e instructiva de sus integrantes*”. En lo que refiere a la superintendencia instructiva, cabe tener presente lo expresado en nota al pie número 3.

⁵ El estatuto vigente hasta noviembre de 2017 – ley 15.365 – preveía en su artículo 38 “*Habrá lugar a corrección disciplinaria de los Fiscales del Ministerio Público y Fiscal en los mismos casos y con las sanciones que la ley prevé para los jueces, habida cuenta de sus funciones y en lo aplicable*”.

otras materias. Además, el artículo 56° prevé que cualquier interesado pueda solicitar al Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación el apartamiento del fiscal interviniente, por los motivos que se mencionan –interés personal en el proceso, afecto, parentesco o enemistad en relación a las partes–, quien resolverá en definitiva si lo aparta o no del asunto.

La organización dinámica para atender las necesidades del servicio y las potestades de traslado y apartamiento del caso de los fiscales penales, debe tener como contrapartida, la imprescindible estabilidad en el cargo de los fiscales compatible con el Principio de Autonomía Técnica. El uso indebido de traslados puede desembocar en una injerencia injustificada, debido a que la amenaza de traslado de fiscales de un puesto a otro puede utilizarse como elemento de presión sobre un fiscal o como un medio de apartarlo de un caso. Los traslados deberían realizarse en base a criterios públicos y objetivos, a través de un procedimiento previo y claramente establecido, regulado mediante ley.

La autonomía e independencia de los fiscales, también exige garantías específicas en lo que refiere a la asignación de casos y a la separación de los fiscales de casos que se encuentran en curso. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha instado a los Estados a que los sistemas de asignación y retiro de casos sean suficientemente detallados en la legislación para evitar todo tipo de manipulaciones.