

SR. PRESIDENTE DE LA COMISION DE CONSTITUCIÓN Y LEGISLACION DEL
SENADO DE LA REPUBLICA.

DR. FRANCISCO GALLINAL

Atento a la nota de fecha 19 de octubre de 2011 mediante la cual se solicitó la opinión de la Asociación de Magistrados Fiscales del Ministerio Público respecto del Proyecto presentado por el Senador Ope Pasquet sobre reubicación institucional del Organismo, tenemos el agrado de remitir a la Comisión que Ud. preside el siguiente informe.

1) LAS PRINCIPALES CARACTERISTICAS DEL PROYECTO.

Por el mencionado proyecto se crea el Ministerio Público y Fiscal como Servicio Descentralizado de acuerdo con lo establecido en la Sección XI de la Constitución de la República, introduciendo aspectos institucionales, orgánicos, presupuestales y competenciales de la persona jurídica estatal a crearse.

En la exposición de motivos, el autor parte de la consideración de que el *“diseño institucional actual que somete al Ministerio Público a la jerarquía del Poder Ejecutivo, no parece el más apropiado para ambientar la independencia técnica de los magistrados fiscales.”* De conformidad con ello, señala que el propósito del proyecto de ley es el de *“fortalecer las bases institucionales de la independencia técnica del Ministerio Público Fiscal, dentro del marco trazado por las normas constitucionales vigentes. Las normas constitucionales que atribuyen a aquel Poder la facultad de designar a los Fiscales ya significan un contrapeso importantea lo que se suma que el P.E es también el que elabora el proyecto de presupuesto del Servicio y lo remite para su consideración al P.L...el resultado que se obtiene dista de ser el mejor a los efectos de asegurar las condiciones para que actúen realmente con independencia”.* Esta necesidad adquiere *“especial relevancia”* en virtud de la reforma procesal penal esbozada por el anteproyecto de CPP elaborado por la Comisión formada por mandato del artículo 21 de la ley N° 17.897, que confiere un nuevo rol al Ministerio Público que le exige *“actuar con absoluta independencia de los poderes políticos del Estado.”*

“La solución ideal consistiría en organizar al Ministerio Público como Ente Autónomo”. Mas siendo controvertible la compatibilidad de esta solución con el diseño constitucional, “resulta necesario recurrir a la figura del Servicio Descentralizado”, la cual “no implica ruptura del vínculo jerárquico con el Poder Administrador, pero limita sus alcances al marco de lo que en nuestro derecho se denomina ‘tutela administrativa’.”

En líneas generales la Asociación comparte las motivaciones que inspiran el proyecto y en particular fundamentará las razones que la impulsan a apoyarlo.

2) LA NECESIDAD DE ESTABLECER UNA NUEVA INSTITUCIONALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL MARCO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL PROYECTADA.

La Asociación de Magistrados Fiscales ha reclamado históricamente el mayor grado posible de autonomía jerárquica institucional del Ministerio Público en relación a los Poderes del Estado y a las diversas organizaciones de la sociedad en su conjunto, sin desconocer los límites naturales establecidos en la Constitución. Así lo ha expresado en soberana Asamblea realizada en junio de 2007 a través de la discusión y aprobación del Proyecto de reformulación de la Ley Orgánica del M. P, que modifica radicalmente el Dec. Ley nº 15.365 del 30/12/1982, el que se agrega al presente informe.

Dicho Proyecto –que oportunamente fue elevado al Ministerio de Educación y Cultura con el expreso apoyo del Fiscal de Corte- **profundiza** en la reformulación de las competencias, funciones y estructura orgánica del M.P, **en aspectos que perfectamente vendrían a complementar el Proyecto del Senador Ope Pasquet, en lo que no se encuentra contemplado.**

Ello es así a tal punto que independientemente del grado de autonomía jerárquica que se defina, el proyecto de la Asociación contiene una serie de postulados que forman la base misma de nuestra propia independencia jerárquica y técnica, y que necesariamente deberán actualizarse y profundizarse ante el advenimiento de la reforma procesal penal.

Pero en el **plano estrictamente institucional la Asociación** prefirió dejar abierta la definición conceptual del art. 1º del Proyecto (Posición Institucional) a los efectos de buscar la forma jurídica más adaptable al momento histórico, dirigido a la búsqueda de la mayor autonomía posible.

En efecto, habiendo realizado diversas consultas a expertos Constitucionalistas (pondremos a disposición del Senado una consulta evacuada por el Dr. Daniel Ochs Olazábal) tenemos la convicción jurídica que con el actual marco Constitucional solo sería viable –como grado de autonomía máximo- la figura de un Servicio Descentralizado, descartándose la posibilidad de constituirse en Ente Autónomo u Organismo extra-poder (similar a la naturaleza jurídica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo o Tribunal de Cuentas) sin reforma Constitucional mediante.

En la exposición de motivos de dicho Proyecto se expresa lo siguiente:

“El texto de la reforma procura erigir al Ministerio Público en un órgano moderno siguiendo como modelo el de aquellos países que han encarado reformas profundas. Sin perjuicio de ello, y atento al marco constitucional vigente se entendió necesario establecer un primer artículo provisorio de carácter conceptual, sujeto al intercambio de ideas y a eventuales reformas del Estado que hoy se encuentran a consideración pública, buscando lo que ha sido una aspiración de nuestra Asociación, es decir la reubicación institucional del Ministerio Público sacándolo de la órbita del Poder Ejecutivo y ubicándolo como órgano extra poder como son actualmente el Tribunal de Cuentas o Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Esto no obsta igualmente a que se resalte la importancia de la reforma proyectada la que con pocas variaciones podría adecuarse a una eventual modificación posterior de la Carta que aborde una nueva ubicación institucional del Ministerio Público; así como también una modificación del rol de éste en el Proceso penal, extremo este último que hoy se encuentra a estudio de una Comisión creada a instancias del Poder Ejecutivo.

Luego, el Anteproyecto de CPP a estudio del Senado impulsa un proceso de “transformación integral del actual sistema de persecución penal y juzgamiento de delitos que hoy se encuentra vigente”, dirigido al abandono del modelo mixto-inquisitivo escrito vigente por la sustitución de otro de corte acusatorio oral. De las características del sistema proyectado, cabe destacar, en esta oportunidad, las siguientes: (i) juicio en audiencias orales y públicas; (ii) etapa previa de investigación a cargo exclusivo del Ministerio Público, incluyendo la dirección de la policía en la tarea de indagatoria preliminar; (iii) la actividad probatoria le corresponde a las partes, excluyéndose el decreto

oficioso de pruebas por parte del Juez o tribunal; (iv) discrecionalidad fiscal para el archivo provisional, no iniciar investigación y la aplicación del principio de oportunidad en determinadas hipótesis regladas por ley.

Las características indicadas afilian al anteproyecto de CPP uruguayo al gran movimiento de reforma procesal penal que se viene desarrollando en Latinoamérica en las últimas dos décadas, que comprende en la actualidad 14 países y un número sustancial de provincias y estados y que busca sustituir los sistemas penales de corte inquisitivo por sistemas de corte acusatorio o adversarial. Este proceso reformista latinoamericano tiene como motivo impulsor la necesidad de adecuar los sistemas de justicia penal a las exigencias propias del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, mejorar su capacidad de respuesta ante las demandas crecientes de seguridad ciudadana.

Ahora bien, las nuevas funciones asignadas a los Fiscales en las reformas procesales penales han requerido diversos cambios en la institución del Ministerio Público de los países de la Región.

Así, en forma paralela a la reforma de los códigos procesales penales, gran parte de estos países han procedido a las modificaciones de los estatutos que rigen los Ministerios Públicos orientadas a conferir mayor autonomía a la institución y capacidad de gestión.

“Luego de largos años de debate académico y legislativo, la mayoría de los países de la región, salvo algunos casos de excepción, han optado, en el marco del proceso de reforma, por un modelo de Ministerio Público autónomo o independiente.” La mayoría de los países de la región -Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Perú y Venezuela han seguido un modelo que ubica al Ministerio Público como órgano extrapoder, esto es, un órgano ubicado fuera de los poderes tradicionales del Estado. Colombia y Paraguay regulan la institución como un organismo ubicado dentro del Poder judicial, pero con un estatuto de autonomía funcional” (Centro de Estudios Judiciales de las Americas - OEA, “Desafíos del Ministerio Público y Fiscal en América Latina”)

En nuestro país, la Comisión establecida en el art. 21 de la Ley 17.897, en la exposición de motivos del anteproyecto de CPP por ella elaborado, luego de destacar que el mismo “presenta cambios paradigmáticos en cuanto a los roles y la forma en que debe impulsarse la investigación” y a que “el Ministerio Público, titular de la acción, es quien

lleva adelante la investigación de los delitos de acción pública”, se pronunció por la necesidad de la constitución de la institución como organismo autónomo. “La mera atribución de la investigación al Ministerio Público sin esta transformación no contemplaría adecuadamente la envergadura de su función. En tal sentido se requiere contar con vías procesales ágiles y con un M.P independiente del Poder Ejecutivo, el que deberá estar dotado de altos niveles de especialización para dirigir la indagatoria y actuar coordinadamente con otras Oficinas Estatales que hoy lo hacen de un modo aislado y sin responder a una política común de eficacia en la persecución penal”.-

Por ende, ya antes de que se vislumbrara la transformación integral del sistema de enjuiciamiento penal uruguayo, la Asamblea de la Asociación de Magistrados del M.P de 2007, en la consideración de la reforma de la ley orgánica de la institución, abogó por otorgar a la Institución el máximo de autonomía posible dentro del marco constitucional vigente, de no ser viable una reforma constitucional que le instituyese como organismo extrapoder.

3) COMPATIBILIDAD DE LA INSTITUCIÓN COMO SERVICIO DESCENTRALIZADO EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE.

Descartándose la viabilidad, en el momento actual, de una reforma constitucional que defina al Ministerio Público como organismo extra poder, cabe entrar a analizar ahora la posibilidad de constituir a este como Servicio Descentralizado, como propone el proyecto del Senador Ope Pasquet.

Es sabido que en el marco de nuestra Constitución existen “límites- positivos y negativos- a la potestad legislativa ordinaria de creación de personas públicas menores descentralizadas”, tanto para entes autónomos como para servicios descentralizados.

Respecto de estos límites, siguiendo al Maestro Cassinelli Muñoz (Derecho Público, Ed. F.C.U, año 2009, p. 282 y ss), han de distinguirse cinco zonas de actividad:

a) La primera: aquellos servicios que necesariamente deben estar a cargo de la rama ejecutiva del gobierno (art. 168 Constitución).

b) La segunda: determinados servicios públicos que, con arreglo al art. 186 de la Carta, pueden ser indistintamente o servicios centralizados o servicios descentralizados (Correos, Salud Pública, Aduanas y Puertos).

c) La tercera: la actividad industrial o comercial emprendida por sujetos estatales que podrá ser ejercida por entes autónomos o servicios descentralizados (art. 185 de la Constitución), vedándose toda posibilidad de centralización.

d) La cuarta: aquellos servicios previstos expresamente en la Constitución como entes autónomos necesarios (Banco de Previsión Social, Banco Central y los Servicios de Enseñanza Pública, arts. 195, 196 y 202 respectivamente).

e) La quinta: los servicios que al no estar comprendidos en ninguna de las cuatro categorías anteriores, por residualidad, pueden ser organizados libremente por el legislador ordinario, según el criterio de apreciación política del momento.

De conformidad a lo expuesto, nuestro Ministerio Público no podría organizarse como ente autónomo. Cabe preguntarse ahora si la Institución está comprendida en la categoría residual arriba indicada. La respuesta requiere un análisis de nuestra Constitución.

No cabe duda que nuestra Constitución alojó herméticamente en el Poder Ejecutivo los servicios de mantenimiento del orden interno, la defensa nacional y las relaciones exteriores (artículo 168). La única mención que la Carta hace al Ministerio Público es en el ordinal 13 del referido artículo. En el entendido de que lo único que esta disposición estatuye es la potestad designatoria del Ejecutivo sobre el Fiscal de Corte y los Fiscales Letrados, es perfectamente compatible la organización de aquel como servicio descentralizado, comprendido en la quinta categoría mencionada por el Maestro Cassinelli Muñoz.

4) CONSIDERACIONES SOBRE ACTUACION FUNCIONAL.

A esta Asociación le resulta importante reafirmar el mantenimiento de la autonomía técnica que gozan los Magistrados. Si bien tiene fuerza de ley al estar consagrado en el Decreto Ley 15.365, se recoge y reafirma en el proyecto de reforma de la Carta Orgánica aprobado por esta Asociación. En efecto, en la exposición de motivos de dicho proyecto, se *"mantiene la autonomía técnica que tienen los magistrados que ejercen*

el Ministerio Público. La formulación de criterios generales de actuación por, parte del Consejo Asesor (Art. 9 Lit. E), orientados a evitar la diversidad de modos de proceder en ciertas áreas en que es deseable que estos sean uniformes, no afecta la autonomía técnica de los magistrados fiscales por cuanto son solamente recomendaciones generales sin carácter vinculante”.

Los magistrados tienen como misión la defensa de los derechos de la sociedad y del recto funcionamiento del Estado de acuerdo a la propia Constitución que la Sociedad se ha dado (Dr. Guido Berro “La especificidad orgánica y funcional del Ministerio Público”). Por ello es menester resguardar dicha función de cualquier tipo de injerencia y en especial de los poderes políticos del Estado, estableciendo así equilibrios que garanticen la defensa de la sociedad y el cumplimiento y vigilancia de las normas. Máxime ello cuando nos hallamos frente a una inminente reforma del proceso penal que otorga un nuevo rol al Ministerio Público.

En la publicación del CEJA ya mencionada “Desafíos del Ministerio Público y Fiscal en América Latina”, se profundiza sobre falsas interferencias entre los conceptos de autonomía técnica y coordinación de políticas de estado en materia de persecución penal que bien vale la pena tener en cuenta a modo de reflexión para el diseño del nuevo modelo del M.P en Uruguay: “Frente a los intentos de intervención, la reacción de muchos Ministerios Públicos de la Región ha sido la de aislarse del resto de los Poderes del Estado y, en general, este aislamiento también ha comprendido al conjunto de la comunidad. El aspecto más problemático de esta reacción es que se ha confundido la intervención ilegítima de otros poderes del Estado en la fijación de políticas y gestión del trabajo del Ministerio Público que se quiere evitar, con la necesaria coordinación que el trabajo de esta institución supone con dichos poderes para el cumplimiento de sus funciones, que es indispensable para el buen funcionamiento de todo el sistema.....Lamentablemente, una cierta versión de la autonomía institucional se ha esgrimido en varios países como una forma de evitar la necesaria coordinación del trabajo de fiscales con otras agencias estatales y con otros poderes del Estado, incluido el Ejecutivo. Así, se ha generado una mala versión de la independencia o autonomía, según la cual el Ministerio Público no puede construir vínculos de trabajo y coordinación con otras agencias o poderes estatales. Ello ha llevado a un aislamiento del Ministerio Público que dificulta su inserción en el sistema

institucional y le hace perder posibilidades de transformarse en un actor relevante y con la suficiente fuerza para cumplir su mandato.”

5) CONCLUSIONES

Compartimos el planteo efectuado en el Proyecto del Senador Ope Pasquet en el sentido de procurar una ubicación institucional del M.P separada de la línea jerárquica directa del P.E, a través de la conformación como un Servicio Descentralizado, sin perjuicio de aspirar a la constitución como Organismo Extra-Poder ante la eventualidad de una Reforma Constitucional.

La posibilidad de que el Organismo proyecte el presupuesto conforme con lo dispuesto en el art. 220 de la Constitución y se constituya en ordenador primario de gastos y pagos, son aspectos fundamentales que hacen a la verdadera autonomía del nuevo modelo.

Ratificamos en todos sus términos el principio de independencia técnica del MP y de los Fiscales, estimando en tal sentido que es cuestionable en el Proyecto lo establecido en el art. 5º lit. a, en cuanto a la facultad “instructiva” del Fiscal de Corte, estimando como técnica legislativa más adecuada la promocionada en el art. 7 del Proyecto de reforma de Ley Orgánica de esta Asociación, en la medida que distingue la competencia funcional en los tres ordenes (judicial, administrativa y de asesoramiento).

Asimismo, existen otros aspectos del articulado donde preferimos algunas soluciones adoptadas en el proyecto de ley orgánica de la Asociación en la medida que dan solución definitiva a diversas problemáticas relacionadas con la estructura orgánica y el sistema de designaciones. Así, –en cuanto a las formas de designación y promoción de los Magistrados- debería complementarse con la disposición del art. 7 num 5) del Proyecto de ley orgánica de la Asociación: *“Proponer al Poder Ejecutivo, previa consulta al Consejo Superior Asesor, la designación y promoción de los magistrados del Ministerio Público y Fiscal. Si transcurridos sesenta días de formulada la propuesta, el Poder Ejecutivo no se pronunciare sobre la misma, ésta se considerara tácitamente aceptada. El rechazo a la propuesta por parte del Poder Ejecutivo deberá efectuarse por resolución fundada, la que habilitara al Fiscal de Corte a realizar una nueva propuesta”.*

Asimismo debería incluirse como numeral 7 del art. 3 del Proyecto del Senador Pasquet la categoría “Fiscalías Adscriptas” (actuales cargos de Secretarios y Asesores

Letrados que también pertenecen al Escalafón N y deberían ser el grado de ingreso a la Magistratura) contemplado en el Proyecto de ley Orgánica de la Asociación.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, creemos que el proyecto de ley orgánica diseñado por la Asociación requiere un nuevo examen a la vista del proyecto del nuevo CPP –proceso en el que estamos trabajando-, en la medida que conjuntamente con el Proyecto del Senador Pasquet de reubicación institucional del MP, constituyen las **tres piezas jurídicas fundamentales de un mismo sistema que deben ser analizados conjuntamente**, tal cual el proceso por el que han transitado los países que ya han implementado grandes reformas en materia procesal penal pasando de un sistema inquisitivo a otro acusatorio.

En consecuencia, **estamos a disposición para la discusión pormenorizada de los tres proyectos en cuestión, esperando que surjan instancias de trabajo sistemático en espacios políticos, técnicos y académicos** que reflejen la visión de los distintos actores sociales en el futuro proceso penal.

Saluda atentamente.

Por la Asociación de Magistrados Fiscales y Técnicos Profesionales del Ministerio Público y Fiscal.-

Dr. Carlos Negro

Presidente

Dra. Ma. de los Angeles Camiño

Secretaria