

EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL¹

Dr. Miguel Langón Cuñarro
Profesor de Derecho Penal en la UdelaR y en la UM

La interesante Jornada vivida en el día de hoy me hizo acordar de aquella convocada en Solymar, hace algunos años, por el entonces Ministro del Interior, Dr. Didier Operti, que permitió un intenso debate sobre la reforma procesal en trámite entre todos los interesados, al cabo de la cual resultó definida la Comisión que elaboraría el nuevo Código Procesal Penal², que dio por resultado definitivo la aprobación de éste por L. 16.893 de 16.12.97, que sin embargo, por diversos motivos, no entró jamás en vigencia³.

Esperamos que de ésta pueda resultar también un impulso suficiente para coadyuvar en el proceso actual de reforma, al cabo del cual podamos tener, al fin, un nuevo Código Procesal Penal, de tipo definitivamente acusatorio y por lo tanto regido por el principio de la oralidad, que sea eficaz y se pueda adaptar a nuestra realidad e idiosincrasia nacional.

Es realmente una paradoja, pero es un dato de la realidad, que los Códigos y leyes penales en general, vengán impulsadas, durante los últimos años, inevitablemente desde el Ministerio del Interior, sea cual sea el partido de gobierno y el titular del cargo en cuestión, pero en fin, como se ve, se delega la tarea a los especialistas, y en definitiva lo que importan son los resultados, por lo que hacemos votos de éxito para el esfuerzo actual.

Recuerdo la Jornada de Solymar porque allí el entonces Ministro de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Juan Mariño, dijo algo que me quedó grabado para siempre y creo es una enseñanza que se puede compartir y se debe seguir.

El nos dijo que debían hacerse las reformas sin pensar en las patologías, es decir, que no se puede elaborar un proyecto de ley considerando prioritariamente las posibilidades de falencias, errores y debilidades humanas, porque de ese modo se hace algo tan engorroso y pesado que jamás podrá llegar a entrar a funcionar.

Es claro que se debe mejorar la estructura, y yo creo firmemente que la verdadera garantía está en ella, pero también es cierto que con las mejores leyes si fallan los hombres que las aplican todo será inútil.

Y por el contrario, con regulares y aun malas leyes, si los hombres son buenos, las cosas irán mejor.

¡Pero cuánto más perfecto si se logran reunir buenas leyes y mejores operadores!, por lo cual se debe legislar, no desde la sospecha, sino desde la esperanza y la fe en los controles internos y externos que se puedan instrumentar, sin llegar a ser una carga tan pesada que frustre la finalidad de justicia que todos buscamos con la actualización de nuestro vetusto proceso penal.

Por ejemplo, y para ceñirme al tema propuesto: hay que reformar el rol del Ministerio Público, con energía y decisión, hay que jerarquizarlo, hay que darle más poder, sin pensar en las debilidades humanas, y sin tomar en cuenta incluso, las lamentables experiencias del pasado reciente que tanto han golpeado y lastimado al Instituto, particularmente por la politización que se ha querido introducir en él, y aún por el para no pocos

¹ Conferencia dictada en la Universidad de Montevideo, en 2007, adaptada para su publicación.

² Integrada por los Dres. Amadeo Ottati y Oscar Peri Valdez.

³ En efecto, a poco de aprobarse se reformó intensamente por L. 17.221 de 31.10.99, y luego de sucesivas prórrogas, se suspendió su entrada en vigencia por tiempo indefinido, por L. 17.506, de 18.6.2002.

desembozado intento de transformarlo en algo al servicio del gobierno de turno y no del país y de la legalidad, como debe ser.

Las opiniones que daré a continuación, debo decirlo, están desvinculadas en absoluto con el proyecto de reforma elaborado por la Comisión que preside dignamente el Dr. Dardo Preza, nuestro compañero de docencia y buen amigo, con el que transitamos hace ya largos años en el duro oficio de hacer justicia, desde nuestros respectivos roles.

Y está desvinculado porque no he tenido oportunidad de ver el proyecto que se está elaborando, del que sólo he escuchado sus líneas generales en el día de hoy, y con las cuales me siento en general identificado y reconozco con beneplácito que se transita, creo, por el buen camino.

Pero es mejor que así sea, porque lo que diré no viene ni a apoyar ni a criticar lo actuado, sino a dar una opinión absolutamente independiente y estrictamente personal, que he formado en años de pensar en el asunto y con la larga experiencia adquirida en el desempeño de mi cargo de Fiscal del Crimen por cerca de cinco lustros.

Espero que sean fermentales y que tal vez puedan ser tomadas en cuenta en el momento de la reforma, porque eso sí, creo que ahora la misma debe ser radical, e ir al fondo de las cosas, no valiendo más, si es que alguna vez tuvo interés, aquella idea de “acercarse al acusatorio”, que habían resuelto los representantes de los partidos políticos en el Parque Hotel.

Hoy hay que ir directamente al acusatorio puro, e implantar una reforma que dure treinta años por lo menos, es decir, cambiar desde la raíz el sistema y ponerlo a la altura de los tiempos como gustaba decir a don Luís Jiménez de Asúa.

Y esa reforma radical no se logrará nunca, si no se cambia en forma definitiva al Ministerio Público.

El Ministerio Público en el Uruguay, en los últimos años, de manera pública y notoria, como todos Uds., saben ha sido castigado, ha sufrido⁴, y entonces, cuando nosotros presentamos el modelo que pensamos es el mejor, no lo haremos desde la patología, no lo haremos considerando esta lamentable historia, sino que lo haremos desde el ideal, desde el deber ser, y no pensando cómo las debilidades y las pasiones humanas pueden incidir sobre los sistemas por mejores que ellos sean, porque esta condición de nuestra naturaleza no dejará de existir, lo que no debe impedir conformar una estructura que se acerque al ideal.

Eso no impide, claro, que se piensen y estructuren, dentro del sistema, los frenos y contrapesos necesarios, los controles internos y externos que pueden servir de estabilización y garantía, pero los controles no deben impedir las reformas, porque sin ellas no puede haber proceso dispositivo, contradictorio, dialogal, donde cada operador tenga verdaderamente su lugar, porque del rol del Fiscal depende la dignidad del Defensor y también la imparcialidad del Juez de sentencia, que no se debe contaminar en forma alguna con las partes en pugna, preservando así en forma absoluta la sagrada dignidad que le compete de hacer justicia, de decir el derecho, de fallar resolviendo el conflicto, con total independencia y libertad de conciencia.

⁴ En 1997 por primera vez en la historia, el Parlamento negó una venia al Poder Ejecutivo para designar un Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación (cuyo candidato era yo), lo que provocó la nominación y posterior designación con unanimidad de pareceres de alguien ajeno al Ministerio Público (provenía del Poder Judicial), entre cuyos integrantes, profundamente divididos, no se encontró candidato que pudiera cumplir los requerimientos exigidos para el cargo; la gestión del Fiscal designado no pudo culminar, pues terminó con su renuncia anticipada, al cabo de años de denuncias y procesos administrativos en su contra, que lo tuvieron como protagonista principal; y finalmente, el actual Poder Ejecutivo, alteró el sistema tradicional de interinatos imponiendo transitoriamente a un nuevo Fiscal de Corte, una dama, que se sabía desde el inicio que no contaba con los votos necesarios para su designación en titularidad, dándose el segundo caso en la historia, de negativa del Parlamento a designar al candidato propuesto por el Gobierno (tal vez por aquello de “heredarás el viento”), hasta que se llegó a la actual situación que parece, y así lo esperamos, lleve tranquilidad y normalidad a un servicio que, a nuestro juicio, jamás debió someterse a las tensiones por las que se le hizo pasar, donde parece clara, la intencionalidad política de unos y de otros (no de los magistrados involucrados sino de los operadores políticos) terminó por desprestigiarlo y lesionarlo, como decimos en el texto. Esta realidad no debe, sin embargo, obscurecer el rol que debe cumplir, y por eso ahora, que ya no hay dudas de que yo no seré nunca Fiscal de Corte, y que por lo tanto no se me puede atribuir, como se hizo maliciosamente alguna vez, ambición personal alguna, ningún apetito desordenado de poder, puedo decir, como dije siempre lo que creo que debe ser el servicio, con total honestidad, para bien de mi patria.

La pregunta entonces es la siguiente: ¿Cómo debería ser un Ministerio Público en un país democrático, moderno, civilizado y progresista del año 2007?

Hoy de mañana el Profesor CAIROLI recordaba la famosa frase de CANELUTTI sobre que hay que poner en su lugar al Ministerio Público, pues de eso se trata, ¿cuál es el lugar que le corresponde en el proceso?

No me voy a detener en esta ocasión en el estudio de los principios generales del Estado de Derecho que están en juego aquí, porque son por todos conocidos, y porque lo que quiero es dar un opinión sobre cómo creo se debe estructurar el servicio de la mejor manera posible y dar las razones de ello, a ver si se tienen en cuenta por los reformadores, como espero, por lo menos para que sean discutidas y consideradas estas ideas para mí tan queridas y fundamentales.

Pero no se debe olvidar que precisamente de lo que se trata es de servir al Estado de Derecho, que se caracteriza entre otras cosas por esos principios fundamentales, tales como la delimitación del poder, la separación de poderes, el control de la legalidad, la proporcionalidad, la sujeción al orden jurídico, a los cuales solo queremos referir brevemente, como digo, a los solos efectos de no perder la perspectiva de lo que se juega en la materia.

El Fiscal es, como se ha dicho, el “vigía de la ley”, no está allí para defender al gobierno, ni para atacar sistemáticamente, como regla, a los sospechosos, sino para pura y simplemente servir a las personas, dando cumplimiento al mandato del soberano, que se expresa a través de los textos normativos que elaboran sus representantes.

Igual que el juez debe al mismo tiempo cumplir la ley y servir a la justicia, tal como digo en un trabajo de reciente aparición⁵.

En delicado equilibrio, todo magistrado (y los fiscales lo son) debe cumplir la ley, como indicaba VAZ FERREIRA con carácter absoluto, y al mismo tiempo decidir por la justicia, como mandaba COUTURE con sabiduría.

Para facilitar este justo medio entre dos extremos aparentemente inconciliables y opuestos, aparecen, y espero recoja el Proyecto, los principios de oportunidad y trascendencia, que deben ser reglados, para que el magistrado fiscal no haga lo que le parezca, por capricho, sino dentro de los parámetros y con los controles que le exija la ley, actúe con discrecionalidad (que no es arbitrio) de manera que forma y contenido no se contrapongan, sino que sirvan al unísono al bien común.

Se debe cumplir la ley y hacer justicia, dentro de una estructura que garantice al operador, a los justiciables y a sus víctimas, asegurando la cristalinidad de la actuación, la objetividad de los operadores, la claridad de los fundamentos de las decisiones respectivas y el control interno y externo, donde la publicidad permita a la opinión pública conocer al detalle, si le interesa, la forma de actuar de sus fiscales, los por qué y los para qué de sus dictámenes.

La rigidez es contraria de la vida, y por lo tanto, algunos mitos nacionales, como la oficialidad de la acción, la implacabilidad en la persecución de los delitos, la obligatoriedad de seguir siempre todas las causas aún las que impliquen asuntos de ínfima importancia, la imposibilidad de realizar pactos o transacciones con la Defensa (porque se piensa en la patología, en la posibilidad latente de corrupción, como vimos) deben ser revisados, con criterio y racionalidad, porque es posible que, ante tanta intransigencia y aparente dureza, existan mecanismos que permitan arribar a soluciones más humanas, porque al fin y al cabo, el humanitarismo es uno de los principios esenciales del derecho penal social y democrático que decimos sustentar.

Si decimos las cosas como son, si nos quitamos las máscaras que portamos, reconoceremos que no hay magistrado que, ante algún caso concreto, no haya hecho primar su opinión o ideal de justicia por sobre la reseca y fría letra de la ley, aduciendo tal vez “razones de política criminal”, cuando ninguna ley le autoriza a hacerlo.

5 Vide mi Conferencia dictada en la ciudad de Resistencia, Provincia del Chaco, sobre este tema, en “Criminología y Derecho Penal”, Tomo 3, en colaboración con Germán Aller, ed. Del Foro, 2007.

Yo lo que propongo es simplemente eso, que la ley permita al magistrado ejercer su discrecionalidad en ciertos casos reglados, de forma que tenga un marco jurídico de actuación donde las ideas humanitarias y de proporcionalidad puedan ser usadas con franqueza, transparencia, publicidad y sujetas por supuesto a la crítica, porque no debe creerse que todos pensemos igual en todos los casos, pero hay que asegurar al magistrado, al que se le tiene confianza y por eso está allí cumpliendo esa importante función, de que puede actuar con libertad, sin temor a ser por ello sancionado, y sin obligarle a encubrir con frases huecas o argumentos torcidos, lo que significa simplemente un hacer justicia en el caso concreto objeto de consideración, que de eso, y solo de eso, se trata aquí.

Los fiscales tienen ya, por naturaleza diría yo, un enorme poder discrecional, que les viene dado por el hecho de que ellos (igual que en su momento el juez) son los que determinan el sentido de las palabras de la ley.

Los tipos deben ser lo más descriptivos posibles, pero sabemos que, en última instancia, todos ellos son normativos, valorativos, todos necesitan una elaboración o interpretación subjetiva del juzgador, en definitiva, la ley puede establecer un tipo, pero es el juez el que dice si la conducta humana se adecua o no al mismo.

Es el magistrado el que dice si hay o no delito, con lo que vengo a decir que en realidad todos los tipos son judiciales en última instancia, que todos los tipos son normativos y que la adecuación es un proceso mental de un humano que interpreta, hasta desde el punto de vista lingüístico, el sentido de las palabras y dice el derecho.

En suma, que el poder discrecional existe de hecho y lo que se postula es dotar a sistema de un anclaje normativo que permita que se tomen las decisiones que en conciencia se crean convenientes, pero que se fundamenten, que se haga todo con transparencia y simplicidad, para que todos puedan considerar y juzgar de la actuación de cada cual.

La ley procesal deberá establecer el sistema acusatorio integral, definiendo expresamente que no se podrá procesar, o imponer prisión preventiva, u otro proveimiento limitativo de la libertad sin pedido del representante de la sociedad, del defensor de la causa pública que es el fiscal.

Como se ve el sistema acusatorio potencia los poderes enormes que ya tiene el fiscal, de hecho y de derecho, el que se manifiesta, como es sabido, en forma superlativa en la posibilidad de disponer de la causa, al pedir un sobreseimiento, cosa que al fin y al cabo es una obligación del representante del Ministerio Público, que debe optar, siempre, al cabo del sumario, si acusa o no, en cuyo caso corresponde sobreseer.

Puedo señalar aquí una forma muy normal de limitar este poder excepcional, porque la causa al fin y al cabo no pertenece a la persona del fiscal, sino al ente moral "Ministerio Público", por lo cual algo muy sencillo es establecer que, en todos los casos de sobreseimiento, la causa debe pasar automáticamente a un segundo fiscal (de igual rango, etc.) el cual la estudiará y resolverá: a) si mantiene el criterio del titular, el Juez quedaría obligado a sobreseer basado en esa única razón (de que la parte desiste de ejercer la pretensión punitiva que le corresponde, "disponiendo" así del proceso), o b) formulando la requisitoria, lo que habilita el plenario (en la denominación actual) es decir, el juicio propiamente dicho, trabándose la contienda entre las partes, que decidirá soberanamente el tercero imparcial que es el Juez.

Un sistema de frenos y contrapesos durante todo el proceso.

La policía es controlada por el Ministerio Público que dirige la investigación, y éste por el Juez de garantías, que me parece esencial que se cree, como alguien diferente del sentenciador, que debe quedar absolutamente al margen de toda la indagación, controlándose la actuación judicial por medio de los recursos contra sus decisiones, todo lo cual es muy obvio y omito extenderme, en razón de la brevedad de la exposición, con más detalles, porque no hay allí cosas nuevas o diferentes que plantear, interesándome más bien centrar la exposición en el núcleo del rol del Ministerio Público, pese a lo cual no quiero dejar de dar una visión general de mi concepción al respecto, para mayor ilustración.

En este contexto no se puede dejar de mencionar el posible o necesario control del sistema y de las fiscalías en particular, por parte de las víctimas o deudos de ellas, debiendo definirse su participación en el proceso,

para lo cual tal vez sirva el antecedente establecido en la Ley de Delitos contra la Humanidad, N° 18.026/06, y el modelo proporcionado por la Convención de Naciones Unidas sobre el tema.

E incluso podría replantearse si no sería bueno dejar de lado al fiscal en los delitos contra el honor (difamación e injurias) e ir directamente a la querrela de parte interesada, evitando así la situación actual de doble acusación, cuando el fiscal se retira y la ley autoriza a continuarlo al concernido, que tantas polémicas generó.

Sería un buen modo de “reprivatizar el conflicto”, por cuanto si se trata de bienes preferentemente individuales, que afectan a la privacidad de las personas (el honor de cada cual), no sólo deberían perseguirse a instancia de parte, sino incluso por la propia parte, lo que alejaría al Ministerio Público de un asunto en el que mal puede calibrar por ejemplo el grado de afectación del honor subjetivo de las víctimas, porque evidentemente el Estado no lo es y no puede sentirlo en forma alguna.

En definitiva: un asunto privado que atañe al honor de las personas, que las partes afectadas (presuntos ofensor y ofendido) dilucidan directamente ante un juez, porque no hay ningún interés público prevaleciente concernido.

Me parece esencial discutir a fondo el tema de la unidad y la jerarquía del Ministerio Público, y el rol que tiene entonces el principio de independencia técnica, en ese contexto.

Si me preguntan si el servicio debe ser jerarquizado yo digo que sí, y si debe ser unitario también y si los fiscales deben ser independientes, también digo que sí.

Entonces nos enfrentamos una vez más al sentido de las palabras y a la idea de conjunto, de forma que, así como el juez y el fiscal deben aplicar la ley y hacer justicia al mismo tiempo, yo digo que los fiscales deben integrar un cuerpo unitario, dar un servicio que garantice seguridad y certeza jurídicas, sin perjuicio de la independencia de criterio de los operadores del sistema.

¿Cómo compatibilizar estas cosas? ¿Es que acaso son contradictorias?

El Fiscal de Corte es el jefe del servicio y debe poder dar instrucciones tanto generales (que no se discuten creo que por nadie) y también particulares.

No puede ser que para los representantes de la sociedad lo que sea delito en un lugar, deje de serlo en otro por diferentes interpretaciones de los operadores.

Por ejemplo, nada debería impedir, me parece, que ante asuntos de relativa importancia, pero que hacen a la seguridad jurídica, se establezcan reglas objetivas de carácter general que deben ser cumplidas por los fiscales, ya que al aceptar integrar el servicio deben saber que están sometidos a ello.

Por ejemplo: no veo porque el Fiscal de Corte no pueda establecer genéricamente qué cantidad de litros de alcohol se pueden introducir al país sin cometer delito, o, dicho de otra manera, a partir de qué número habrá infracción penal de contrabando.

¿Es delito introducir una caja de doce botellas de whisky o no? ¿Cuál es el drama si se fija genéricamente un límite para ello?

¿Podría establecerse el criterio de que el delito de abigeato se procese siempre con prisión preventiva? ¿o no? Yo no veo que esto vaya contra la conciencia de nadie, y siempre se podrán establecer mecanismos de objeción de conciencia, en el sentido de que si algún fiscal no quiere obedecer la orden por razones fundadas, podrá apartarse de ella y ser subrogado, sin que ello signifique ningún desmedro para su carrera y ninguna tacha funcional, por ejemplo.

A este tipo de cosas me refiero, y también, en el otro extremo, cuando se trata de asuntos de gran trascendencia pública, por ejemplo, me parece un poco desmesurado que un caso que involucre la extradición de militares en actividad a otro país, sea resuelto por un fiscal departamental, o que el asunto quede a criterio del inferior.

Este es un asunto de gran trascendencia donde hasta se podría dar cabida al derecho de avocación del caso por el superior, con transparencia y publicidad, para que haya un máximo responsable de lo que se haga y no quedar al criterio, cambiante y variable de los diferentes operadores.

Este tipo de soluciones se pueden instrumentar de diversas maneras que sería fatigoso detallar aquí, desde que el asunto lo asuma el propio Jerarca, hasta que lo pase a un Fiscal Nacional o a un Fiscal de Cámara, si es que se crean estos magistrados, para actuar ante los tribunales superiores de justicia.

Por cierto que también podría el Jefe determinar directamente, por ser el responsable del servicio, si debe o no concederse la extradición.

Igual tipo de ideas creo que deben aceptarse para juzgar pongamos por caso los asuntos que involucren la libertad de expresión del pensamiento y concretamente los de la libertad de prensa. O los que tengan que ver con inmunidades parlamentarias o juzgamiento de diplomáticos extranjeros, etc.

No me parece adecuado, y ustedes saben bien que tengo experiencia en la materia, que temas de esta delicadeza queden supeditados al leal saber y entender de un fiscal cualquiera, por cuanto hacen a temas constitucionales de competencia del Superior, que es quien debería determinar si se va a seguir adelante con la acción, por cual delito, o si se va a archivar el pliego.

Igual tema, como digo, podría involucrar otros asuntos graves o de trascendencia institucional, como los pedidos de desafuero de legisladores o el procesamiento de Intendentes o Ediles y cosas similares.

Yo digo siempre que la independencia técnica de los fiscales, su libertad de conciencia no están en juego porque la realidad hace que, en la enorme mayoría de los casos vayan a actuar tal como les dicte su maestro interior, entre otras cosas porque es obvio que el Jerarca no puede avocarse a todos los casos en todo el país, de modo que la independencia es un hecho de la naturaleza así como el poder discrecional que, de hecho tienen todos los operadores de la justicia y no solo los magistrados, porque eso se extiende también, por ejemplo, a la policía, etc.

Pero esto no impide que, cuando el interés común lo justifique, se deba preferir un criterio de unidad y de jerarquía, que es además más transparente, en la medida en que las órdenes se den por escrito, públicamente, sometidas a todo tipo de control (parlamentario, de la prensa, las víctimas, los concernidos, etc.) y se puedan exigir, como corresponde, las responsabilidades al Jefe por las cosas que decidiera, porque este sistema tiene la ventaja, entre otras, de determinar claramente quién es el responsable, para bien o para mal, que será siempre el Titular del Ministerio Público, el que, por eso sólo se cuidará bien, se supone, de hacer las cosas correctamente, porque en ello va su prestigio, su honor y aún su carrera, y ni que decir su libertad, si es que su accionar tuviere algún atisbo de criminalidad.

Esta cosa absurda que tenemos de que un Fiscal, como ha ocurrido recientemente en un sonado caso de prensa precisamente, recurre en casación contra una sentencia que cree ilegal de un Tribunal, que no es acompañado por la Fiscal de Corte actuante, que pide el rechazo del recurso del inferior, al que la Suprema Corte (conforme al derecho vigente) no considera un sobreseimiento porque el titular de la acción es el Fiscal Nacional y no la Jefa del Servicio, no se vería más como posible, en el sistema que propongo, porque es una cosa difícil de concebir, que la opinión del Jerarca (que en el caso yo no comparto en absoluto digo de paso) valga menos que la del subordinado.

La actual constitución española por ejemplo, es muy clara cuando determina que el Ministerio Público debe actuar por unidad de acción, dependencia jerárquica, legalidad, imparcialidad, independencia externa e interna regida por jerarquía y la unidad del servicio.

Como puede verse y creo haber explicado suficientemente no son cosas contradictorias entre sí y se puede tener un servicio mucho mejor, más transparente, más ceñido a la ley, dando garantías de certeza y seguridad a los justiciables y pautas razonables de previsión a todos los operadores defensores, jueces, ofensores y víctimas del crimen.

Se evitaría también la tentación de caer en la hipocresía de sostener por un lado, altaneramente, como algo sagrado, la independencia técnica de los fiscales, y al mismo tiempo, soterradamente, llamarlos por teléfono para darles indicaciones, mandarles emisarios que le hagan saber extra oficialmente cual es la opinión del jerarca en cada tema, presionarlos con traslados, ascensos o retrocesos en la carrera, como lamentablemente se ha denunciado que ocurrió en tiempos recientes, aparentemente con harta frecuencia.

No, se hace todo por escrito, a la luz del día, y se asumen las consecuencias y responsabilidades consiguientes, pudiendo llegar hasta la destitución del Jefe, con las garantías del caso, por vía parlamentaria, igual que se ha establecido para la Suprema Corte de Justicia y para el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Me parece interesante, dentro de este contexto, considerar la posibilidad de un control interno del actuar del Jerarca, por ejemplo a través de la institución de una Junta de Fiscales o algo por el estilo.

¿En qué consiste esta idea?

En que, por ejemplo en los casos que vimos, el Fiscal de Corte da orden de no extraditar a los militares al fiscal encargado del caso por el turno, y éste entiende que esa orden no la puede cumplir, hay una objeción de conciencia, porque cree, y lo funda, de que en el caso corresponde extraditar por tal o cual razón, conforme a tal o cual ley, etc.

Pues bien, en tal caso de resistencia a la orden debe garantizarse en primer lugar, que ello no le provocará ningún perjuicio funcional, ni personal, al titular de la sede, correspondiendo simplemente que el asunto pase, para su cumplimiento, a un fiscal subrogante.

Si este segundo fiscal cumple lo ordenado por el Jefe, no hay ningún problema y la causa sigue adelante (sin perjuicio del juicio público que se pueda hacer sobre la orden dada, etc., lo que entra en la libertad de opinión y crítica que nadie va a cuestionar), pero si sostiene en cambio la opinión del titular preopinante en contra del Fiscal de Corte, allí se plantea una interesante cuestión a este Jefe, al cual dos de sus principales subordinados le dicen que no tiene razón.

¿Qué puede hacer? Dos cosas, y solo dos. O acepta el criterio del segundo fiscal y no insiste en su posición, o, si insiste en imponer su opinión, llama a Junta de Fiscales, para que ésta decida sobre que hacer⁶.

Esa Junta estará compuesta por todos los Fiscales nacionales de la materia (o con todos los fiscales nacionales, según se vea, o con los fiscales de cámara si es que se crean) los cuales pueden respaldar o no al Fiscal de Corte, y se estará a lo que decidan por mayoría simple, no pudiendo votar el Jefe.

Pues bien, como Uds., se darán perfecta cuenta todo esto que parece complicado en realidad es muy simple y obliga al Jerarca a ser muy prudente en sus decisiones, porque no puede arriesgar ser desairado por los suyos y a éstos les da un valor importantísimo en la resolución de casos, todo a la luz del día, con las responsabilidades consiguientes y sometidos a la opinión pública, con total transparencia, que me parece es algo esencial en esto, pues son magistrados que tienen enorme poder y el público debe saber cómo se manejan y qué argumentos utilizan para tomar sus decisiones.

Con esta estructura es pensable que el Fiscal de Corte sea muy cauto al momento de dictar órdenes, y que ésta no será la tónica de su mandato, ni un hecho ordinario, sino absolutamente excepcional, para ciertos casos muy especiales, como el ejemplo propuesto, por lo que el riesgo de conculcar la independencia técnica y todo lo que se pueda decir al respecto, en realidad, es muy menor. Y los beneficios de este proceder en todo caso superan en mucho, los inconvenientes que toda estructura puede llegar a tener.

O sea, en buen romance, que muy lejos estamos de querer establecer una especie de dictador (o un “super fiscal”, como se me atribuyó alguna vez por la imbecilidad nativa) en la figura del Fiscal de Corte, sino suponer que éste es alguien que deberá tener un muy bien ganado prestigio, una autoridad moral y técnica de primer nivel para ser capaz de sustentar el enorme peso de su responsabilidad.

6 La L. 8.625, de 25.2.93, de Brasil estableció el Colegio Superior del Ministerio Público, que vendría a ser lo mismo que esta Junta, con diferente denominación.

El no podrá dar impunemente la orden de procesar a un inocente, ni dejar en libertad a un culpable, ni podrá fácilmente ser un esclavo servil del gobernante, ni su opositor sistemático, porque todo se sabrá y habrá controles de todo tipo sobre el servicio.

En definitiva postulamos un servicio en serio, sin hipocresías, sin desplantes, con total responsabilidad, con actuación a la luz de todos los focos que la sociedad pueda tener para controlar y saber qué es lo que está pasando.

A mayores poderes mayores responsabilidades, a mayores facultades más transparencia y control.

Por supuesto que todo esto debe acompañarse con la jerarquización y profesionalización del servicio, a través de un nuevo estudio del sistema de nombramientos y de ascensos, donde tal vez, entre nosotros el mejor modelo sea el del Poder Judicial que ha sabido establecer una carrera, y tener desde una escuela de jueces, hasta comisiones asesoras (Colegio de la Magistratura o algo así) que aconsejan los movimientos, culminando todo con el régimen automático de designación de las máximas jerarquías, por orden de antigüedad, cuando el parlamento en determinado plazo no logra los consensos necesarios para otorgar las venias correspondientes.

Teóricamente se puede decir que la antigüedad no garantiza la idoneidad técnica, ni el ascenso de los mejores, pero que tiene la enorme ventaja de ser absolutamente objetivo y de tomar en cuenta, al fin y al cabo, a jueces de larga trayectoria que han estado años dictando justicia por los tribunales del país.

Este sistema puede no ser perfecto, porque no hay sistema perfecto, pero es muy bueno (y yo no conozco uno mejor), porque todos los interesados tienen una expectativa más o menos clara de cuándo van a llegar, adónde van a llegar y eso es muy bueno porque da mucha tranquilidad y limita, porque no hay tampoco rigidez, el transitar por los despachos ministeriales o de los legisladores pidiendo apoyo, auto-alabándose en el mejor de los casos, o tratando de destruir reputaciones ajenas en el peor.

Finalmente quiero decir dos palabras sobre la ubicación institucional del Ministerio Público, aspecto que creo es crucial en toda esta temática, y que haría bien el legislador de encarar con seriedad y a fondo, en esa reforma radical que postulamos.

En el Uruguay, como todos Uds., saben, el servicio se encuentra, desde tiempo inmemorial en la órbita del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Educación y Cultura (que antes fue de Instrucción Primaria y tuvo un breve pasaje por un efímero y dictatorial Ministerio de Justicia) sistema que no es el mejor, pero que, pese a todo, y en especial a las dificultades ya mencionadas de los últimos años, nobleza obliga, no se ha transformado, hasta ahora, en un desembozado ejecutor de políticas del gobierno de turno, cumpliendo sus tareas bastante bien, al punto de que había logrado un bastante grande anonimato por así decirlo del que fue malamente sacado a luz, no siempre para bien⁷, lo que obliga a reformarlo urgentemente.

Este sistema del Fiscal atado al poder político es propio de otras culturas y responde a otros criterios, que pueden tener sentido en otros países, pero que no es nuestra idea de servicio público, dentro de la administración de justicia en general, de la cual es un engranaje esencial.

Así que con el sólo hecho de sacarlo del quicio donde se encuentra, ya se habría ganado en la verdadera independencia que es alejarla en lo posible de los factores de poder y las luchas político partidarias a que se enfrentan inevitablemente los gobiernos.

La Fiscalía no puede seguir siendo una unidad ejecutora de un Ministerio de Gobierno, eso está claro, y se debe modificar a la brevedad, promoviendo la reforma constitucional que sea menester.

⁷ Quizás el momento inicial de la crisis del Ministerio Público deba retrotraerse a fines de la década del sesenta, cuando el movimiento subversivo que actuaba por ese entonces en el Uruguay, privó de su libertad, y sometió a un seudo juicio popular al entonces Fiscal de Corte. Dr. Guido Berro Oribe. Eso produjo su alejamiento anticipado del cargo, luego de su liberación, y la asunción del Dr. Fernando Bayardo, que después sería Ministro de Justicia durante el período de facto, regularizándose la situación, hasta donde fue posible, con las dos recordadas jefaturas de dos dignos integrantes del servicio, los Dres. Mario Ferrari y José Robatto, que culminaron ambos, sus períodos decenales, trayendo aparente calma a la institución, hasta que se producen los hechos referidos con anterioridad, ya en plena democracia, en 1997.

Va de suyo que rechazamos también la idea de ponerla bajo la órbita de un nuevo Ministerio de Justicia, cualquiera sea el nombre que se le quiera dar a esta dependencia (porque la sola mención a este tipo de ministerio trae en nuestro país muy malos recuerdos) salvo que se quiera alterar toda la tradición y disponer que el Ministerio Público es un órgano gubernamental, pero si esto se pretende, debe decirse claramente y argumentarse a su favor, logrando los consensos que se necesitan. Yo, repito, creo que no es el sistema que conviene al Uruguay.

Una segunda posibilidad es ponerlo en la esfera del Poder Judicial, sistema que sedujo a la doctrina italiana de los años sesenta del siglo pasado.

Esto indudablemente es un avance sobre el sistema actual, pero tampoco creo que sea el más conveniente en nuestro país.

Entre otras razones porque no me parece adecuado que todo el servicio de justicia esté concentrado en un Poder del Estado, por más garantías que el mismo ofrezca, y porque las carreras estarían confundidas y eso lleva a una difuminación de los roles, donde todos los integrantes del servicio pueden ser alternativamente defensores, fiscales o jueces, y donde los que ejecutan ciertos roles, deben tener suficiente libertad de acción para opinar del modo que les parezca mejor, conforme a su conciencia, y no pensar en el hecho de que tal vez el magistrado al que hoy enfrenta, mañana sea el que decida sobre sus traslados, ascensos u otros aspectos de su carrera funcional.

También debe tenerse en cuenta el enorme aumento de tareas, administrativas y técnicas, que se arrojaría sobre un ya recargado Poder Judicial.

Yo, realmente, pese a todo lo que ha ocurrido, sigo pensando que el Ministerio Público en el Uruguay debe colocarse a la par del Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es decir, como un órgano de creación constitucional, con designación del Jefe más o menos como es hoy (y designarlo del mismo modo que se hace con los Ministros de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo) con el régimen de prohibiciones e incompatibilidades, retribuciones, equiparaciones, etc., similar al de estas jerarquías.

Con un tal organismo independiente, con responsabilidades políticas y jurídicas del Jefe, con transparencia y todo lo que hemos esbozado en la mañana de hoy, podríamos encarar con esperanza el porvenir, con un sistema de Ministerio Público a-político, al que le daremos muchas potestades, pero también exigiremos severamente que cumpla cabalmente sus deberes y eventualmente lo llamaremos a responsabilidad, bajo la regla de la cristalinidad, la publicidad y el debate público, preparando además al servicio para cumplir con los requerimientos coadyuvantes de un juicio oral, de un proceso verdaderamente acusatorio al que apuntamos todos.