

(Distribuido 728)

**COMPARECENCIA DEL Prof. Dr. GERMÁN ALLER A LA COMISIÓN DE
CONSTITUCIÓN Y LEGISLACIÓN DEL SENADO PARA INFORMAR
ACERCA DEL PROYECTO DE LEY SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y
REGULACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

1

Martes 12 de julio de 2016

(Ingresan a sala los representantes del Colegio de Abogados del Uruguay).

SR. PRESIDENTE CAMY.– Damos la bienvenida a la delegación del Colegio de Abogados del Uruguay integrada por su vicepresidente, doctor Ricardo Mezzera; el doctor Martín Risso, director; el doctor Alejandro Pintos, director, y el presidente de la Comisión de Derecho Penal de la institución, doctor Germán Aller.

Los recibimos con mucho gusto, a fin de escuchar su opinión con respecto al proyecto de ley relativo a la organización y el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación.

Les damos la palabra.

SEÑOR ALLER.- Buenos días a todos.

Mi primera consideración será hacia la comisión, para expresar mi agradecimiento por habernos invitado para comparecer nuevamente. Esperamos que este aporte, como el de otras circunstancias, sea constructivo y positivo apuntando, en definitiva, a legislar mejor en beneficio de nuestro país. Con nuestro modesto saber, como integrantes de un gremio de abogados, aspiramos a compartir con los señores senadores nuestras inquietudes que, obviamente, son todas discutibles; creo que esa es la esencia de un órgano deliberante.

La segunda consideración es que estimo lógico que en circunstancias en que haya un nuevo Código del Proceso Penal –y, obviamente, desde que mi perspectiva es la del derecho penal todo va a estar enfocado en ese campo–, haya también una ley que *aggiorne*, que actualice la situación de los fiscales, es decir, que no alcance con lo que existe hasta el día de hoy, que no necesariamente es malo, pero sí es bueno renovar y mejorar. En ese sentido

¹ La delegación en representación del Colegio de Abogados del Uruguay se integró por los Dres. Ricardo Mezzera, Alejandro Pintos, Ricardo Mezzera, Martín Risso y Germán Aller. Se transcribe lo expresado por el Dr. Aller y las preguntas de los senadores concernientes a su intervención en calidad de Presidente de la Comisión de Derecho Penal del CAU.

puede decirse que el proyecto de ley, así como la exposición de motivos, presenta una serie de aspectos elogiosos, que uno suscribe.

En tercer término, ratifico plenamente lo que han dicho mis distinguidos colegas, tanto el profesor Risso, quien ha sido más que elocuente, como el profesor y doctor Pintos. En lo personal, simplemente me permitiré hacer algunos agregados sobre la clave de lo penal. Desgraciadamente tendré que volver sobre algún artículo, aunque solo para complementar o dar la perspectiva desde el ámbito de lo penal, no con otro propósito.

Siguiendo un orden –a efectos metodológicos–, no por temas sino por el articulado, comienzo por señalar que el artículo 6.º consagra un principio de unidad de acción y de instrucciones generales. Si no analizamos estrictamente el contenido y los posibles problemas que se han expuesto –así como alguno más que plantearé, por lo menos, desde la perspectiva de lo penal–, en términos generales no sería incorrecto que existan parámetros que dé un jerarca del ministerio público respecto de sus funcionarios subordinados fiscales. La cuestión es que Uruguay no tiene una estructura de fiscales como la de otros países donde, por ejemplo, el titular del ministerio público es, entre otras cosas, elegible por el pueblo, lo que me parece correcto –advierto desde ya–, si bien esa sería otra discusión. Pensando en lo penal, las consecuencias de ello en los países que tienen esa estructura, es que el ministerio público actúa políticamente, en el sentido político partidario. Creo que eso está muy lejos de lo que esperamos de la justicia penal y, por lo tanto, a nuestro modo de ver, es correcto que Uruguay mantenga esa estructura, pero entonces también habría que acompañar la estructura que tenemos hoy en día respecto al fiscal – que es un cargo propiamente técnico–, con instrucciones que sean estrictamente técnicas. Me parece que ese es un punto importante, llevado a la clave de lo penal y, simplemente, subrayando lo magistralmente expuesto por el profesor doctor Martín Risso.

Entonces, en el artículo 6.º se establece que el fiscal de Corte y procurador general de la nación elaborará instrucciones generales de actuaciones de sus integrantes –lo que, obviamente, no está mal– a efectos de crear y mantener la unidad de acción en el ejercicio de las funciones. Esto genera, sobre todo, dudas, pues deja un gran margen, un espacio vacío –o en blanco– que entendemos que debería llenarse o, en su defecto, suprimirse. O se le llena de contenido y se establece exactamente qué es lo que puede y no puede hacer –cuestión que en buena medida ha señalado el doctor Risso y también el doctor Pintos– o, de lo contrario, se suprime. Me parece que esos son los dos caminos. Luego los señores senadores verán qué consideran más pertinente en esta instancia.

Más adelante, en el artículo 7.º, se consagra la independencia técnica, tal como corresponde a los fiscales, pero puede surgir una grave contradicción. Va de suyo que lo que estoy señalando no es a nombre propio y quiero ser claro. En el caso del doctor Jorge Díaz, ha sido juez y fiscal, y es un excelente profesional. No estoy pensando en problemas de tipo personal o individual,

sino en el futuro. No sabemos qué va a acontecer; las personas pasan – pasamos, aunque no sea agradable decirlo– pero las leyes suelen quedar. Este es un tema que en materia penal nos puede preocupar en otras circunstancias. Reitero que el énfasis de ninguna manera está referido a personas. El doctor Jorge Díaz me merece las mejores referencias; lo he conocido como juez y fiscal, yo siendo abogado y llevando las de perder, y aun así, repito, lo considero un excelente profesional y es bueno que quede establecido en la versión taquigráfica.

En el Capítulo III «Cometidos y Funcionamiento», se habla de los cometidos, que fueron muy bien señalados por el doctor Risso. Por mi parte, solo digo que es verdad que acá se plantea un tema a discutir. Respecto a los cometidos, se expresa «a la Fiscalía General de la Nación le corresponde» y no se habla del fiscal. Dentro de esos cometidos –y es el criterio interpretativo que uno emplea– hay dos que deseo señalar y que corresponden a los numerales 1) y 2). El numeral 1) dice: «Fijar, diseñar y ejecutar la política pública de investigación y persecución penal de crímenes, delitos y faltas». Como abogado y como integrante del gremio, planteo la peor hipótesis –no la mejor, porque en la mejor no habría nada que decir–, que es que se plantee como directiva general: «no persigamos los delitos culposos, imprudentes». Lo que estoy diciendo es un disparate, pero puede ocurrir, y eso es lo que quiero señalar. Queremos evitar que pueda darse ese tipo de cuestiones. Por supuesto que también podría sostenerse –con un criterio que podemos compartir, o compartimos–: «no persigamos delitos de bagatela». También es cierto que el ministerio público puede optar por esa decisión pero también queda sujeto a la discrecionalidad del juez, aun con el nuevo Código. Entiendo que, en todo caso, esto podría quedar sujeto a la discrecionalidad del fiscal actuante pero no como una directiva, porque eso sería una injerencia en lo penal que, en mi opinión –utilizo la primera persona para no comprometer a los colegas–, podría llevar a un autoritarismo penal, cosa que está muy lejos de nuestro sistema democrático pero que se podría filtrar a través de una ley plenamente democrática.

Por su parte, el numeral 2) dice: «Dirigir la investigación de delitos, crímenes y faltas». Con ello se hace referencia al artículo 1.º del Código Penal, que así clasifica a los delitos. Esto es igual a peor que lo anterior porque implica, directamente, la injerencia inequívoca sobre la investigación de crímenes, delitos y faltas. Me remito al propio texto. Desde el momento que se dice que le corresponde a la Fiscalía General de la Nación dirigir la investigación de crímenes, delitos y faltas, quiere decir que queda por encima, en lo específico, de lo que pueda hacer el fiscal letrado actuante. Creo que este tema perfectamente puede ser ajustado. Una de las posibilidades es esclarecer a qué se refiere esto o, de lo contrario, suprimirlo. Es la misma fórmula que planteaba en la situación anterior.

El artículo 17 –ya tan manido– relativo a las instrucciones generales, ha sido comentado estupendamente por el doctor Risso. Únicamente planteo lo siguiente: se dice que esas instrucciones serán comunicadas por escrito y que

no podrán referirse a causas particulares. Evidentemente, eso es compartible, al igual que el hecho de que sea por escrito; el problema es el contenido de esas instrucciones. A su vez, se dice que los fiscales no podrán apartarse de las instrucciones generales recibidas –quiere decir que bajándolo a los casos particulares, tampoco podrá el fiscal tomar decisiones; eso me parece bien claro; se ratifica lo anterior–, sin perjuicio de su derecho a formular objeciones.

Sobre lo que ha destacado el profesor Risso mantengo la misma posición y me permito añadir que, quizás, esto podría mejorarse –si no se suprime– dejando esclarecido que más que formular objeciones –idea que descartaría teniendo en cuenta todo lo que el profesor señalaba en cuanto a que debería establecerse el régimen, qué es lo que se objeta, etcétera–, lo más que pueda recibir el fiscal actuante sean sugerencias, pero no órdenes de actuación. No podría recibir más que sugerencias. Por supuesto, el fiscal actuante debe tener la discrecionalidad, con todo el respaldo jurídico que eso significa, para apartarse de ellas. Eso me parece fundamental para mantener esa independencia técnica de la que Uruguay siempre ha hecho gala y que no debería perder. En el artículo 18 se reafirma esta idea al decirse que cuando el fiscal actúe siguiendo instrucciones generales podrá formular objeciones a las mismas. Más que plantear objeciones, debe poder apartarse de las direcciones generales y, en todo caso, si correspondiese, revisar cuáles pueden ser las consecuencias, pero de ninguna manera puede dejar solo un mero asentamiento de que él objeta. En definitiva, parece inequívoco lo que señalaba el doctor Pintos en cuanto a que queda un espacio absolutamente en blanco en relación con esto.

En cuanto al artículo 21, relativo al consejo consultivo asesor, suscribo lo referido en cuanto a que sea cointegrado, que se establezca cuáles serían las personas que lo conformen y que, además del fiscal de Corte y procurador general de la nación, se integre, por ejemplo, con representantes del Colegio de Abogados del Uruguay, aunque también podría ser con fiscales antiguos o hasta con fiscales retirados. En eso la imaginación puede brindar muchos elementos. Creo que no es un capítulo cerrado y pueden manejarse distintas hipótesis. También se podría manejar la hipótesis –con los inconvenientes que ello plantea–, de cátedras o de universidades, aunque debe tenerse presente que son varias, que hay públicas y privadas y que no pretendemos hacer distinción ni poner unas sobre otras. En fin, son cartas que se encuentran sobre el tapete, que se pueden manejar perfectamente para hacerlo más abierto, prístino y, en definitiva, mejor para nuestro sistema legislativo.

En el artículo 23, referido a las competencias, se vuelve sobre el mismo tema. En el numeral 2 se habla de elaborar instrucciones generales de actuación de sus integrantes. De modo que los comentarios se repiten y no me voy a detener en ello. Sí insisto en que vemos que es reiterativo el tema de las instrucciones.

Me voy a permitir ir un poco más allá de este proyecto de ley en lo que refiere a un determinado aspecto. No cuestiono en sí lo que establece el

proyecto, pero aprovecho las circunstancias para señalarlo. Se hace referencia a los fiscales especializados en crimen organizado. A mi modesto entender, el problema radica en que Uruguay va a tener que decidir si quiere tener una justicia de crimen organizado realmente nacional y separar en zonas, pensando que el norte y el centro también existen. Lo digo porque estamos siendo absolutamente macrocefálicos con dos juzgados nacionales para todo el país. En un primer momento eso pudo haber sido estupendo, una gran experiencia, pero si se considera que la experiencia fue positiva, el norte del país –por dar una referencia, porque podría hablar del este u oeste, pero, por lo menos, deberíamos hablar del río Negro hacia arriba, englobando los departamentos de Salto, Paysandú, Rivera– se debería tener presente. Pienso en los justiciables, independientemente de que sean inocentes o culpables, y me pregunto por qué tienen que trasladarse sistemáticamente 400, 500 o 600 kilómetros para todas las audiencias, las que, a veces, incluso, se pueden suspender. Y en esto no importa si se trata de personas inocentes o culpables porque todos son igualmente ciudadanos. Pido disculpas a los señores senadores por apartarme de la consideración de este proyecto de ley, pero aprovecho la oportunidad que tengo para señalar que tarde o temprano, tendremos que abocarnos a la idea de que si hay una justicia especializada en materia de crimen organizado, debe estar presente –por decirlo de alguna manera– en otros lugares, en otros sitios. Insisto: disculpen los señores senadores esa digresión pero me parecía oportuna.

Sin ánimo de extenderme en demasía, quiero decir que sobre el régimen de concursos –que no es mi terreno y lo ha desarrollado estupendamente bien el doctor Risso– me afilio a la tesis de que sean abiertos. Si en alguna hipótesis fuesen más cerrados y llegasen más arriba en jerarquías –aclaro que no lo estoy proponiendo pero, si se quiere, surge del texto–, habría que tomar en cuenta que no solo puedan presentarse jueces o magistrados, sino también defensores públicos o de oficio porque, si no, estaríamos haciendo un agravio comparativo a integrantes del Poder Judicial como son los defensores de oficio hoy en día. Esperemos que en otra ocasión eso también cambie.

En el tema de las remuneraciones –al que también se refirió el doctor Risso– no soy experto, por lo que no creo ser la palabra calificada para ello. De todas formas, sí digo que aquí rechina –como sucede en la normativa actual– el sistema por el cual están «casados» los rubros salariales de los jueces y de los fiscales. Nuestra pretensión no es que nadie gane menos dinero, sino que todos ganen más, lo que nos llevaría a tener una mejor justicia en muchos aspectos. Creo que en los últimos años ha tenido una gran mejora, sobre todo, en lo que hace a la situación salarial de los jueces y fiscales, pero eso no implica que resulte suficiente. Aquí hay todo un tema que habría que revisar y lo dejo planteado como un campo de dudas. En realidad, la equiparación de los fiscales con los ministros tiene una razón histórica por aquello de que no hay fiscales de segunda instancia; entonces, si no hay fiscales de casación propiamente dichos, etcétera, se equiparó. En algún momento deberemos darnos cuenta de que la figura preponderante o, por lo menos, la que no puede

quedar debajo nunca es la del juez. Y si los señores senadores observan, advertirán que hay fiscales letrados que, desde el punto de vista salarial, quedan por encima de los jueces. Este es un asunto que también escapa a este proyecto de ley, por lo que me alcanza con decir que si los fiscales son partes –como lo son los abogados– y los jueces son los jueces, es decir, los decisores, creo que más allá de que egresamos de la misma Facultad y, en ese sentido, somos todos pares e iguales pues nos formamos igual, desde el punto de vista salarial los jueces deberían estar o igual o por encima de los fiscales. Esta es una opinión personal, que los señores senadores tomarán en cuenta de acuerdo con sus pareceres.

Con respecto a la eventual comisión de delitos por parte de integrantes del ministerio público, quiero señalar que me merece las mismas dudas y reparos que al doctor Risso. Somos todos conscientes de que el delito no es ajeno a los buenos ciudadanos. Cualquiera de nosotros, por torpeza o imprudencia, puede cometer un delito y no necesariamente ello debe acabar con una excepcional, brillante, buena u óptima carrera funcional. En ese sentido, y más allá de que aquí existe la garantía del sumario administrativo – que se plantea como una de las consecuencias–, queda muy abierto el espacio. En términos generales, hemos visto situaciones de esta naturaleza en distintos ámbitos de la Administración pública y creemos que el hecho de haber cometido un delito totalmente lateral y ajeno a la función, que no tenga ningún tipo de vínculo, que sea algo casual y de esas cuestiones que no se van a repetir en la vida, no tiene por qué acabar con la carrera de ese funcionario ni privar a la justicia de un eventual excelente funcionario. Por lo tanto, pensamos que sobre este punto habría que precisar mucho más lo que se ha dicho.

Agradezco el tiempo que me han dispensado.

SEÑOR BORDABERRY.- Agradezco esta comparecencia y celebro una cantidad de coincidencias que tenemos en cosas mucho más profundas e importantes de lo que nos imaginamos.

Este proyecto de ley nos genera dudas, principalmente porque entendemos que cuando se trata del derecho, en especial del derecho penal, no puede haber una delegación de facultades propias del Parlamento a un organismo como la Fiscalía General de la Nación.

Nosotros vinculamos la preocupación que nos genera en ese sentido, entre otras cosas, con un proyecto de ley que tiene media sanción en el Senado y ahora está a consideración en la Cámara de Representantes. Estoy hablando de las diez alternativas de resolución del conflicto. Traigo esto a colación porque creo que puede estar sensiblemente influenciado por lo relativo a las instrucciones generales.

Cuando en este proyecto de ley se prevé la mediación extraprocesal, se dice que si se trata de conductas con apariencia delictiva, pero que no revisten gravedad, el ministerio público puede derivar el caso a formas extra procesales de resolución. La primera duda que nos genera es que, si una ley establece un delito y una sanción y se presenta una conducta con apariencia delictiva, se le

dé al ministerio público la facultad –si entiende que no reviste gravedad, aunque no se establece qué es la gravedad– de no seguir adelante con un proceso judicial.

En ese mismo proyecto, en la suspensión condicional del proceso, cuando se permite que se haga un acuerdo a cambio de obligaciones, se establece que esa suspensión procederá cuando no exista interés público en la persecución. Creo que quien debe determinar si hay interés público en la persecución es la ley, cuando prevé que hay un delito. Creo recordar que hay un principio básico en el derecho penal que es *nulla poena sine lege*. Quisiera que los penalistas me corrigieran si no es así; yo hace rato que no ejerzo y, además, nunca ejercí en derecho penal.

Lo mismo ocurre con la posibilidad de hacer acuerdos reparatorios. Se establece que cuando no exista interés público en la persecución de un delito y cuando la gravedad de la culpabilidad no se oponga a ello, pueden hacerse acuerdos reparatorios. Ahora sumamos las instrucciones generales de actuación. Supongo que esas instrucciones generales tendrán que ver con estas cosas; de lo contrario, cada fiscal va a tener que interpretar cuándo hay una apariencia delictiva que es de gravedad y cuándo no la hay. No sé si se va a ir por ahí.

Obviamente, una de las mayores objeciones que esto nos genera está relacionada con las instrucciones generales de actuación de los integrantes porque no se definen. Se dice que elaborarán instrucciones generales de actuación a sus integrantes a efectos de crear y mantener la unidad de acción en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, en seguida se agrega que se les va a dar independencia técnica en el caso concreto. Además, se señala que esas instrucciones generales se van a elaborar con el asesoramiento de un consejo consultivo asesor, cuya cantidad de miembros y nombres serán designados por el propio fiscal de Corte. A su vez, entre otras cosas, se dice que los fiscales no podrán apartarse de las instrucciones generales recibidas sin perjuicio de su derecho de formular objeciones sobre ellas. Me parece que estas cosas vulneran algo que creo que es fundamental en el derecho penal y es que se debe hacer lo que dice la ley y si el fiscal actuante entiende que es un delito, debe perseguirlo y para hacerlo necesita tener independencia.

Esta construcción que se está haciendo, en especial con respecto a las instrucciones generales, sin acotarlas y atándolas a la redacción poco feliz del numeral 1 del artículo 15 que dice: «Fijar, diseñar y ejecutar la política pública de investigación y persecución penal de crímenes, delitos y faltas», me genera una cantidad de dudas, incluso con respecto a su constitucionalidad. No sé si esta iniciativa no dispone una delegación inconstitucional de facultades a la figura del fiscal de Corte, del ministerio público por parte del Parlamento. Aclaro que esto lo digo sin ser constitucionalista ni procesalista, ni penalista. Aprovechando que hoy tenemos aquí a un constitucionalista, un procesalista y un penalista, pediría que profundizaran un poco en esto porque obviamente nos genera una duda enorme.

Creo que aquí el gran tema es la garantía de ese ciudadano que sabe que si incurre en una conducta que está penalmente punida será perseguido y lo mismo va a suceder con todas las personas que cometan el hecho generador de la responsabilidad.

Más allá de que entiendo que es un proyecto de ley necesario, creo que eso es avanzar en terrenos peligrosos porque, si bien hoy el fiscal de Corte puede ser bueno, ser un juez y tener nuestra confianza, no podemos darle las facultades que tiene el Parlamento nacional de acuerdo con la Constitución.

SEÑOR HEBER.- Saludamos a la delegación, destacando que para quienes no tenemos formación jurídica es un placer escucharlos porque aprendemos de ellos.

Los representantes de la Asociación de Fiscales del Uruguay, en su comparecencia en esta comisión, hicieron referencia al tema –recuerdo a los señores senadores que habían sido citados sobre todo por otro proyecto de ley–; de todas maneras, vamos a tener otra reunión con ellos. Muchos de los cuestionamientos que hicieron coinciden con gran parte de las exposiciones que hemos escuchado.

Los fiscales pusieron especial énfasis en dos temas que los integrantes de esta delegación no mencionaron y, en lo personal, me gustaría conocer la opinión que les merecen.

Uno de las cuestiones es que se quita a toda la organización de la fiscalía el carácter de magistrados. Creemos que no es un tema semántico y que es muy importante. Parecería que el proyecto de ley los considera funcionarios en vez de magistrados, como lo son. Nos gustaría que el Colegio de Abogados del Uruguay hiciera algún comentario al respecto porque los fiscales hicieron hincapié en ese punto y no es un problema de pose ni de título, sino que tiene que ver con la organización de la fiscalía.

La otra cuestión que no está en el proyecto de ley y fue mencionada por el señor senador Bordaberry tiene que ver con la constitución del famoso consejo consultivo. Lo nombra el fiscal, que podrá tener criterios. Sin embargo, la Asociación de Fiscales del Uruguay señaló que en la integración de ese consejo consultivo –parecería que ya hay conversaciones sobre quién lo constituiría, aunque el proyecto no lo dice claramente– necesariamente debería haber mayoría de fiscales. Nadie sabe si son diez, quince, siete o cinco, pero esa es la posición de la Asociación de Fiscales del Uruguay. Por tal razón, me gustaría escuchar la opinión del Colegio de Abogados del Uruguay sobre este tema. Sabemos que el consejo consultivo ha sido muy cuestionado, pero me gustaría conocer la opinión que les merece y si ayuda a tener más justicia, teniendo en cuenta el peso que tiene en las decisiones, aparte de que, tal como dijo el doctor Risso, no es preceptivo. Su constitución constituye una gran preocupación para nosotros.

SEÑOR MICHELINI.- Creí sentir que era mejor poner los miembros del consejo consultivo a texto expreso y que no los determine la autoridad. Quizás sería

bueno que quedara registrado en la versión taquigráfica quiénes consideran que podrían aportar en ese consejo consultivo para crear un artículo al respecto.

SEÑOR PRESIDENTE.- Mi intención era plantear dos preguntas, pero las adelantó el señor senador Heber. Es una grata coincidencia que justifica, sin duda, nuestra pertenencia orgullosa al mismo partido.

Los magistrados fiscales sienten que no es una mera cuestión de decoro o de ornato esa calificación –que, por otra parte, es muy antigua en el país porque data desde la fundación de las fiscalías–, sino que es más sustancial. Quería consultar al doctor Risso si se puede apoyar en el artículo 236 de la Constitución que establece la posibilidad de que los fiscales sean integrantes de la Suprema Corte de Justicia.

Por otro lado, desde el punto de vista conceptual, me gustaría saber si el Colegio de Abogados del Uruguay sostiene que el consejo consultivo se verá afectado en su razón de existir si la mayoría de sus miembros –fiscales, por supuesto– corresponde a la propia organización o si, más allá de la integración que piden los fiscales, a los efectos de cumplir ese rol es bueno que la mayoría de sus integrantes no pertenezca al mismo organismo, sino que se nutra desde el exterior para la función de consulta y no preceptiva que tendrá el organismo.

SEÑOR RAMOS.- Ante todo quiero agradecer a la visita su presencia, ya que es muy importante, sobre todo para quienes no tenemos formación jurídica.

En el trasfondo de algunas de las objeciones está ese *trade off* entre no garantizar la independencia de los fiscales y permitir que la Fiscalía General de la Nación tenga un rumbo para diseñar la política general. He escuchado atentamente al doctor Risso y recuerdo que al final de su exposición mencionó que los cometidos enumerados en el artículo 15 no serían tanto del fiscal sino de la fiscalía en general.

En muchas de las instrucciones se decía que lo mejor sería suprimir o sustituir su redacción. Por lo tanto, en caso de que sea legítimo mantener estos cometidos –sé que no hay unanimidad con respecto a la forma de ver esto–, ya que son parte de la fiscalía y no del fiscal de Corte y procurador general de la nación, ¿cuál sería la mejor redacción para las instrucciones en caso de que no se suprimieran? Me refiero a aquellas partes del texto que limitan mucho la autonomía de los fiscales. Digo esto porque es algo sistémico, que no afecta solo a uno sino a varios artículos.

Insisto en que me gustaría saber cuál sería la mejor fórmula para dar ciertas directivas generales en esos artículos, pero que no vayan en contra de la autonomía de los fiscales generales porque, inclusive, esto está atado a que luego sean sancionados o no, ya que no solo pueden objetarse sino que también son pasibles de traslados. De todas formas, todo esto se irá mejorando con la redacción. En definitiva, si no se suprime el texto, me gustaría que se sugiriera cuál sería la mejor redacción para esos artículos a fin de balancear

estos dos imperativos de otorgar una dirección general, pero a su vez mantener la autonomía.

Disculpen lo extenso de mi intervención.

SEÑOR ALLER.- Intentaré ser breve para permitir que los demás colegas hagan uso de la palabra.

Voy a tratar de seguir el orden en el que se fueron planteando las inquietudes. Con respecto al artículo 15, debo decir que guarda estrecho vínculo con lo que señaló el señor senador Bordaberry; los principios que él citó son los correctos. Eso no quita que, independientemente de la existencia de este proyecto de ley, haya una serie de principios penales que guían a los operadores del sistema penal; me refiero inequívocamente al juez, como decisor, ya sea con el actual código, en vigencia y vigor, o con el otro código, en vigencia pero no en vigor todavía. En cualquiera de los dos códigos esto no va a mutar. El juez, merced al principio de oportunidad, principio de lesividad y principio de ofensa o ataque al bien jurídico, así como el de tipicidad, tiene un margen lógico, sensato, racional y, además de ello, correcto normativamente para –incluso en casos de conductas de apariencia delictiva, donde la probanza lleve a ello, por entender que no hay un suficiente ataque al bien jurídico, que los supuestos fácticos del tipo penal, si bien se dan, no revisten la entidad suficiente– fallar sin condenar. Y esa discrecionalidad existe en todo el mundo democrático y así corresponde. Es decir, no toda conducta necesariamente de apariencia delictiva luego se transforma en una condena. A esta altura eso no requiere de una ley porque es un criterio interpretativo de la ley penal y está basado en principios del derecho penal, principios cardinales e irrenunciables para nosotros. Por tanto, cuando el senador Bordaberry refiere a la hipótesis de que el ministerio público, de motu proprio, opte por no hacer la prosecución de ciertos delitos, comprendo su inquietud y la comparto cuando evada a los principios que acabo de señalar, que es el margen de actuación correcta y prudente por parte de los magistrados, entendiéndolo por tales a los jueces y fiscales. Ese apartamiento puede llevarlo a cabo con esta ley y sin ella porque supera a lo que estamos refiriendo e, incluso, también tiene raigambre constitucional. Sin perjuicio de ello, la inquietud que plantea el senador Bordaberry es esencialmente correcta porque se enraza con lo que el profesor Risso reseñaba en cuanto a mi error con relación a la ubicación del tema de la fiscalía, entendiéndolo por ella la Fiscalía General de la Nación. Entonces, al leer el artículo señalé expresamente y esclarecí que se refería a ella. Comparto lo que dice el profesor Risso, pero lo llevo al derecho penal y tengo el mismo problema. O sea, quizás mi forma de expresión pueda no haber sido la mejor, pero sigo pensando exactamente igual. ¿Qué otro cometido tiene cualquier fiscalía en el mundo que no sea el de perseguir delitos en materia penal? Yo no conozco otro cometido principal; en materia penal es ese. Es cuando tenga la idea, la concepción y los elementos que le permitan, con una investigación – que abra o prosiga– presentar el caso a la autoridad judicial. Ese cometido también es de base constitucional porque, de lo contrario, no existirían los fiscales. Tomando en consideración y aceptando lo que dice el profesor Risso,

es decir, no contrariando lo que él plantea, desde la perspectiva de lo penal debo advertir que obviamente a una fiscalía le compete lo establecido en el artículo 15 –dispone que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde fijar y diseñar políticas públicas de investigación y ejecutarlas, como también dirigir la investigación de crímenes, delitos y faltas–, pero este énfasis señalado de esta forma y con los parámetros enrabados a esa idea de instrucciones, pues me cierra mal. No es un tema estrictamente de que este texto aislado sea incorrecto. Este texto contextualmente, a mi modo de ver, desde el punto de vista de lo penal, va a traer aparejados posibles problemas por lo que se señalaba y pensando en lo que pueda pasar en un futuro remoto. Es la aclaración que quería plantear, dando la razón al doctor Risso y, simplemente, esclareciendo el punto en lo que refiere al derecho penal.

SEÑOR BORDABERRY.- Ese uso del principio de oportunidad –que es tan conocido–, como está redactada la ley, ¿podría ser regulado, digamos, a través de instrucciones generales? ¿Cuál es mi temor? Que una instrucción general diga que todos estos delitos, de ahora en adelante, no se van a perseguir. En definitiva, quien debería decir que todos estos delitos no se van a perseguir somos nosotros acá en el Parlamento y eso no se aclara. Sé que es una zona gris, pero hay que tratar de que existan los menos grises posibles.

SEÑOR ALLER.- Lo que ha señalado el señor senador Bordaberry es correcto. Creo haberlo dicho, pero quizás no fui del todo claro. Había planteado la misma cavilación y duda que el senador ha dictado. Podría plantearse eventualmente como instrucción y yo puse a propósito un disparate: no perseguir delitos culposos o culpables.

Entonces, reafirmo esa situación o problema, sin perjuicio –también lo reitero– de la aplicación clara, en un sistema garantista y liberal de derecho, de esos principios cardinales de tipicidad, de culpabilidad, de oportunidad, de lesividad, de protección de bienes jurídicos, que en todo caso van a permitir a los jueces y a los fiscales tomar ciertas decisiones allende lo que disponga esta u otra ley. Una cosa no obsta la otra.

No sé si he respondido la interrogante del señor senador.

SEÑOR BORDABERRY.- Sí, gracias.

SEÑOR ALLER.- Rápidamente continúo con lo otro que me compete.

Estoy de acuerdo con el concepto –en el mundo se ha repetido mucho, sobre todo en materia penal– de que el magistrado no solo es el juez, sino también el fiscal y, eventualmente en ese sentido amplio y grande que se le da, el defensor. También abogados somos todos. Creo que ese es un tema en el que la discusión termina siendo, como se señaló, no semántica sino conceptual, en la que si hablamos de igualdad de partes el fiscal y el abogado deben tener la misma jerarquía, y el juez también en cuanto a su formación, en lo que significa como egresado de la Facultad de Derecho.

Nos preocupa –más allá de la denominación de magistrado o no– que se cometa un exceso, que puede surgir si no se establecen algunos correctivos a

la legislación, a nuestro modo de ver, al transformar a los fiscales en cuasifuncionarios meramente –ahí es donde creo que se afinca el eventual inconveniente pensando en los fiscales penales– que deban acatar un régimen de instrucciones. Ahí están perdiendo la calidad de magistrados, ya no solo porque no lo diga la ley, sino también materialmente. Esa es una preocupación mayor que la mera denominación. De todas maneras, creo que sería considerar magistrados a todos.

Es verdad también que llama la atención en parte –no sé los motivos y no me competen– que no haya un capítulo de derechos de los fiscales. Suele haberlo en este tipo de disposiciones legales –por más que no es mi especialidad; en todo caso, el doctor Risso puede decir mucho más y ya ha hecho alguna referencia al respecto–, pero en este caso, reitero, no hay un capítulo de derechos de los fiscales. Creo que ante tantas disposiciones como aquí se plasman, perfectamente podría haberlo, en el que se subsane en buena medida parte de lo que se ha dicho sobre las cuestiones referidas a las instrucciones, etcétera.

Respecto del Consejo Consultivo Asesor, en cierta medida he señalado que podría integrarse no solo con lo que menciona la ley –que es correcto– sino también con una cifra clausus, es decir, con una cifra fija, establecida, que diga quién lo va a integrar y dentro de los cuales podrían estar miembros del Colegio de Abogados del Uruguay, otros fiscales o representantes de la Asociación de Fiscales del Uruguay, fiscales antiguos reconocidos o, en fin, cátedras. Reitero que ese es un campo opinable, pero sería bueno establecerlo en la ley. Las personas que acabo de mencionar podrían ser los que integraran ese órgano.

Sobre las mayorías y las minorías, no me pronunciaría. Creo que un sistema bien organizado no tiene por qué funcionar corporativamente sobre la idea de que tengan que ser más fiscales o que porque todos los sean van a opinar igual; pueden tener distintas experiencias. También puede estar integrado por un exfiscal equivalente al fiscal de Corte, que luego es fiscal de la nación, en fin. No necesariamente deben tener el mismo criterio. Doy un voto de crédito al prestigio y a la tradición de nuestros fiscales como personas de inequívoca probidad. Por tanto, podrían perfectamente ser cantidades parejas o más fiscales. No es lo que más me preocupa.

Básicamente, eso era lo que quería señalar destacando que la idea de instrucciones tendría que cambiarse por sugerencias.

SEÑOR RAMOS.- Me quedé pensando en la redacción de las instrucciones generales. En el Derecho comparado, en otras fiscalías, ¿hay ejemplos de instrucciones generales que sean aplicables a nuestro formato jurídico?

SEÑOR ALLER.- Sí, hay algunos casos y la experiencia ha sido mala. Por ejemplo, está el caso de Chile donde se ha legislado, con muy buen propósito. Aclaro que cuando utilizo la palabra «mala» no es una crítica a los hermanos chilenos, pero la experiencia muestra que las mejores instrucciones van a ser por el lado administrativo, sin entrar a decidir sobre el problema del abigeato o

de la cantidad de yerba para el mate, aunque desde ya comparto la idea de que por unos kilos de yerba, cuatro o seis, no tendríamos que procesar a nadie.

Independientemente de esto, en cuanto a la idea de dar instrucciones generales, que puede ser compartible como lineamiento en otro campo, llevado al terreno específico de la praxis penal, puedo decir que en los países que lo aplican, esto ha funcionado como una manera limitadora de la actuación de los fiscales en cuanto a restringir su independencia técnica; independencia que entendemos fundamental en un sistema democrático de justicia y en el cual el Ministerio Público y Fiscal juega un rol vital.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si no hay más preguntas que formular, agradecemos la presencia y la buena disposición de los representantes del Colegio de Abogados del Uruguay por sus aportes.

(Se retira de Sala la delegación del Colegio de Abogados del Uruguay).