

## **Dictamen Sección Constitucional.**

### **Opinión personal del doctor Héctor Mendez.**

Señor Presidente de la Junta Directiva del Instituto de Estudios Legislativos (IDEL), *Dr. Fernando DIAZ CANTON:*

#### **I. Preliminar:**

Con anterioridad, en oportunidad de someterse a dictamen de la Junta Directiva del IDEL los proyectos de reforma del **CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN**, de la Ley Orgánica del Ministerio Público, de la ley de Organización Judicial y de reforma parcial al Código Penal de la Nación elaborados en el ámbito del Poder Ejecutivo de la Nación por la Comisión designada a esos efectos por Decreto 115/07, y posteriormente al mismo Código en el ámbito del Poder Ejecutivo de la Nación (PE 263/14) que fuera aprobado por la ley **27.063 (del 4-XII-2014)**, hemos tenido ocasión de emitir dictámenes en disidencia de fechas 23 de abril de 2008 y 25 de noviembre de 2014 -cuyas copias se adjuntan como Anexo I y II al presente- que se dan por reproducidos.

En esas ocasiones adoptamos una postura claramente desfavorable a la adopción para ese nuevo Código Procesal nacional (hoy federal) de un sistema procesal acusatorio puro, derivado del *adversarial system angloamericano*, por considerar que el mismo se desacopla no solo con las directrices del proceso penal del sistema continental europeo (o del *civil law*), sus tradiciones y cultura jurídica, sino también de la realidad social e institucional de nuestro país.

Para ello se evaluó fundamentalmente el resultado de la aplicación práctica en la provincia de Buenos Aires del nuevo CPP aprobado por Ley 11.922 sancionada el 18 de diciembre de 1996, que entrara en vigencia el 1 de enero de 1998 el cual no satisfizo las expectativas favorables que se esperaban que habían prometido sus mentores basados en un dogmatismo academicista que se frustró en su aplicación concreta, todo lo cual nos llevó a propiciar la conveniencia del mantenimiento del sistema procesal llamado *mixto* que se encontraba vigente en la órbita nacional.

## **II.- Antecedentes:**

Si bien en esta ocasión se trata de analizar la modificación a la Ley regulatoria del Ministerio Público Fiscal (Ley 27.148), dado que la misma va de la mano con el nuevo **CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL** (aprobado por Ley 27.482 del 6-XII-2018), basado en dicho sistema acusatorio puro, las razones que dieran lugar a aquella postura desfavorable a esa reforma procesal -que fueran reiteradas en ocasión de opinar sobre ese este último- se incrementan ahora notoriamente. Militan para ello dos circunstancias sobrevinientes y extraordinarias que conforman un nuevo y diferente marco fáctico del cual no es prudente prescindir. En primer orden, la notoria crisis que afecta al funcionamiento de la Justicia Federal en todas sus instancias fundamentalmente en la que tiene sede en CABA (Comodoro Py) que se hiciera evidente en los últimos años. Y en segundo lugar -aunque con no menor importancia- el proyecto de modificación de la Ley del Ministerio Público (27.148) que cuenta con media sanción del Senado, y que, como se dijo viene de la mano con el nuevo sistema procesal acusatorio puro que adopta la ley citada en último término, en razón de las especiales

características de los delitos federales que en cuanto se relacionan con el funcionamiento de la administración pública y la conducta de sus funcionarios, han puesto a nuestra justicia en la situación de crisis antes apuntada que llevara a la creación del Consejo Consultivo para el fortalecimiento del Poder Judicial y el Ministerio Público por Decreto 635/20.-

### **III.- Fundamentos:**

1.- Sobre la base de esa opinión desfavorable hacia una reforma procesal adoptando un sistema acusatorio puro de origen foráneo que sustancialmente implica una reducción de las facultades jurisdiccionales en la investigación e instrucción de los delitos federales, con lo que ello implica en un sistema de división de poderes y funciones, para conferírselas en forma centralizada a un nuevo y repotenciado Ministerio Público que en nuestro sistema constitucional( 1994) no forma parte de ninguno de los tres poderes aunque se asocia en lo funcional con el Poder Judicial pero que continúa registrando clara influencia del Poder Político, se torna más evidente y preocupante cuando se advierte la tremenda importancia que en ese sistema se confiere a este órgano que no solo carece de jurisdicción sino que además se nutre de una estructura unificada verticalista y jerarquizada.

2.- Históricamente en el orden nacional el Ministerio Público ha estado bajo la Órbita del Poder Ejecutivo a diferencia de las provincias que lo ubican como un órgano perteneciente al Poder Judicial lo cual fue en desmedro de éste poder no obstante reconocerse que siempre ha coadyuvado con la administración de justicia y el ejercicio de la función jurisdiccional.

Precisamente contra ello apuntó la reforma constitucional de 1994 tratando de asegurar **la plena independencia y autonomía dándole jerarquía constitucional en el art. 120** ubicándolo en forma heterodoxa como un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, asignándole como función **promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad**, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la Nación, dotándolo de una organización bicéfala con un Procurador General de la Nación y un Defensor General de la Nación, confiriendo a sus miembros inmunidades funcionales y la intangibilidad de las remuneraciones.

3.- Cada vez que profundizamos en el análisis de las consecuencias prácticas del sistema acusatorio puro impulsado por la mayoría de la dogmática académica en el cual se basa el nuevo régimen procesal penal de la Nación (hoy Federal), en nuestra realidad de marcada debilidad advertimos su desacople con nuestro sistema, costumbres y cultura jurídica. Pero también frente art. 120 de la CN que le confiere al Ministerio Público como función promover la defensa de la justicia en defensa de la *legalidad* y de los intereses generales de la sociedad. Objetivos que -en principio- parecieran reñidos con ciertos principios o postulados básicos de aquel sistema propio y esencial del proceso angloamericano como el principio de *oportunidad* -por ejemplo-, e incluso con el verdadero rol que se le asigna al Ministerio Público como inseparable compañero de ruta actuando como verdadera parte en directa pugna o pelea procesal con el querellado.

Y esas dudas se incrementan cuando se advierte que esa verdadera contraparte en lugar de ser independiente recibe facultades investigativas e

instructorias que se detraen del poder jurisdiccional y se trasladan hacia un nuevo Ministerio Público que según el proyecto que cuenta con media sanción del Senado registrará una mayor influencia de las decisiones de los órganos políticos (Poder Ejecutivo y Cámaras del Congreso) a los que tiene que controlar afectando insanablemente esa autonomía e independencia que la reforma constitucional de 1994 pretendió asegurarle lo cual empeorará aun más el correcto funcionamiento de la justicia. Sobremanera si se tiene en cuenta que por una simple razón temporal los redactores de esa reforma no pudieron siquiera imaginar que estaban diagramando un nuevo órgano al que luego por ley se le conferirían las tremendas facultades que le confiere sistema procesal acusatorio puro derivado del adversarial system angloamericano que junto con el juicio por jurados constituyen su columna vertebral.

4.- La inicial regulación legal del Ministerio Público Fiscal (Ley 27.148) trató de asegurar en una equilibrada y prudente redacción, esos objetivos constitucionales exigiendo por ejemplo en el art. 11 una **mayoría agravada de 2/3** de los senadores presentes para el otorgamiento del acuerdo del Senado a la propuesta de designación efectuada por el Poder Ejecutivo con el claro propósito de evitar su designación por la sola voluntad política de un ocasional gobierno.

La exigencia de una mayoría política especial para designación de su titular tiene por fin asegurar la independencia y la autonomía del organismo, dejándolo fuera de las presiones del gobierno político de turno para que su funcionamiento quede fuera de sus posibles influencias e intereses. Por ello, la reducción de esa mayoría especial o agravada a una mayoría absoluta de

sus miembros tiene por claro objetivo que la designación de la cabeza del Ministerio Público Fiscal quede sometida a una voluntad política circunstancial, restándole capacidad de acción autónoma e independiente a este superdotado órgano, que cuenta con facultades decisorias y exclusivas a la hora del inicio de la persecución penal no solo de delitos comunes sino también federales.

5.- Ya hemos anticipado en esos dictámenes y lo reiteramos hoy con mayor énfasis ante el proyecto de reforma en análisis que el sistema procesal acusatorio puro que confiere con exclusividad las facultades de investigación e instrucción penal al Ministerio Público Fiscal y que solo mantiene en esa etapa en forma residual y parcial el poder jurisdiccional para la preservación de los derechos y garantías de los imputados frente a actos que importen una restricción a los mismos, debe ir acompañado necesariamente de mayores exigencias en cuanto a su necesaria independencia y autonomía tanto económica como funcional le exige el art. 120 de la CN de 1994.

Sobremanera si se advierte –valga la insistencia– que cuando se aprobó la reforma en 1994 **aun no se encontraba vigente este nuevo sistema procesal penal** que prescinde de poder jurisdiccional en esa etapa inicial que resulta tanto necesaria como trascendente por sus efectos en un eventual pronunciamiento judicial condenatorio u absolutorio. Todo lo cual ameritaría en todo caso, no una atenuación sino por el contrario un agravamiento de las mayorías necesarias para la designación de su cabeza con la necesaria participación de la oposición

6.- Por lo demás, se advierte en el sistema procesal nacional desde la reforma establecida por la ley 24.121 (1992) que creara la Cámara de Casación pasó a registrar una notable e inconveniente **concentración de funciones** en materia de justicia penal, en solo dos cabezas u órganos, el Ministerio Público y la Cámara de Casación lo cual contraría elementales razones de política jurídica en materia del juzgamiento de todos los delitos penales donde la descentralización de los órganos de investigación y juzgamiento favorece la independencia. Ello así en tanto dicha norma concentra el poder jurisdiccional en un solo órgano en manos de una Cámara de Casación –órgano también en principio extraño a nuestras costumbres y cultura jurídica- al que además para permitir su acoplamiento a las exigencias de los organismos internacionales de derechos humanos ha sido desnaturalizada en su origen y atribuciones esencialmente orientadas al respeto de la ley y la unificación de la interpretación jurisprudencial confiriéndole participación en los hechos al otorgarle el rol de un juzgador pleno de hechos y de derecho. A lo cual se añadió luego con la adopción del sistema acusatorio puro (Ley 27.063) la concentración de las funciones de investigación e instrucción penal en un súper Ministerio Público

7.- En suma, la concentración de todas las funciones penales en tan solo dos órganos traerá aparejado necesariamente una pérdida de independencia respecto de los órganos políticos a los que precisamente la justicia federal tiene que controlar y juzgar, sobremanera en un sistema judicial diferenciado en lo local y lo federal.-

Siendo que la independencia en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales hace a la esencia del sistema republicano de gobierno, la reforma propuesta podrá poner en jaque el funcionamiento de la República.

8.- No podrá dejar de advertirse además el cúmulo de facultades que se confieren al Procurador General. Como responsable y cabeza del organismo, teniendo a su cargo **el diseño de la política criminal** –la estrategia para proteger los intereses generales de la sociedad garantizando el acceso a la justicia- con facultades para trasladar fácilmente esas directivas hacia los fiscales mediante instrucciones generales que no siempre son tan generales. Todo lo cual indica la absoluta inconveniencia de su designación sobre la base de mayorías políticas circunstanciales, simples y sin participación de la oposición en un consenso.

9.- Por lo demás, el gobierno político de turno podrá fácilmente disciplinar a los fiscales que ostenten no seguir esas instrucciones, para lo cual el proyecto de ley politiza y otorga mayor influencia y participación a los órganos políticos en el sistema disciplinario y de remoción de los fiscales (art. 50; 76 y 77)

10.- Consecuentemente el debilitamiento de facultades del Poder Judicial y la jurisdicción que implica el sistema acusatorio puro sumado a la posibilidad de su manejo o influencia por parte de los órganos políticos, aparece contraria la letra y los objetivos de la reforma constitucional de 1994 que precisamente pretendió ponerlo a salvo de esas injerencias políticas.

11.- El proyecto en cambio confiere mayor influencia de los órganos políticos en la designación, control disciplinario y remoción del Ministerio Público lo cual resulta claramente incompatible con la calidad de órgano independiente con autonomía funcional y financiera que le asigna la Constitución Nacional.-

12.- La entidad e importancia de los delitos federales -algunos de ellos directamente relacionados con el desempeño de las autoridades de la administración pública nacional y el control de la corrupción, evasión fiscal, contrabando, lavado de activos, entre otros- tornará ilusoria toda idea de justicia en esos aspectos, yendo en contra del clamor popular por una mayor justicia hoy en reconocido estado de crisis y situación de emergencia, afectando aun más en forma alarmante la credibilidad del pueblo en las instituciones y el necesario prestigio del sistema judicial argentino que conforme lo demuestran las encuestas pareciera no encontrar un piso. El reclamo generalizado por el combate contra la impunidad y la corrupción será de imposible cumplimiento.

13.- Es necesario que los órganos políticos comprendan que la justicia es un valor que afecta e interesa a todos los ciudadanos y no solo los órganos políticos en defensa de sus propios intereses en conflicto, habida cuenta que precisamente como servidores públicos se encuentran sometidos a su control permanentemente actuando con independencia e imparcialidad.

14.- La modificación propuesta en tanto limita la duración del cargo del procurador general a 5 años (art. 62 bis) se advierte desajustada a la

previsión del art. 120 de la Constitución Nacional, que no establece dicho plazo e incluso conforme surge de los debates de la Comisión reformadora esa alternativa propuesta por la minoría resultó rechazada, sin perjuicio de resultar además exiguo para el establecimiento de políticas públicas con vocación de continuidad.

#### **IV.- Conclusión:**

Por las razones expuestas creemos que el citado proyecto de ley reformando la Ley del Ministerio Público Fiscal (Ley 27.186) y la ley del Ministerio Público de la Defensa (Ley 27.149) que cuenta con media sanción del Senado debe ser rechazado por la Cámara de Diputados.

Creemos que corresponderá al IDEL y a la Mesa Directiva de la FACA, llevar las posturas que se adopten a conocimiento tanto de los abogados como de la ciudadanía.

**HECTOR OSCAR MENDEZ**

Buenos Aires, 15 de diciembre de 2020

**INSTITUTO DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS**