

Mapa de riesgo del Ministerio Público



Alianza Estratégica integrada por:



Guatemala, 2004

© Acción Ciudadana

Acción Ciudadana

Avenida Reforma 12-01 zona 10

Edificio Reforma Montúfar nivel 17.

Tel.: 331-7566/331-7567

Fax: 331-7576

Correo electrónico: acciongt@inteln.net.gt

Este trabajo fue realizado por la Coalición por la Transparencia, alianza estratégica integrada por: Acción Ciudadana (AC), Cámara de Comercio de Guatemala (CCG), y el Centro de Investigaciones Económicas Nacionales (CIEN).

Proyecto: “Alianza por la Transparencia -Fortalecimiento de los Órganos de Control”.

Coordinadora ejecutiva: Mayra Palencia Prado

Coordinador del componente: Alejandro Urizar Cabrera

Consultor: Dr. José Ugaz

La información contenida en esta publicación no refleja la opinión del Programa de Sociedad Civil de United States Agency for International Development (USAID).

Diseño de interiores: Mario Vinicio Castillo

Diseño de portada: Juan Carlos Aguilar

La edición estuvo al cuidado de Ariel Ribeaux



MAGNA TERRA EDITORES

5ta. avenida 4-75 zona 2

Tel.: (502) 2238-0175, 2250-1031; fax: (502) 22514048

Correo electrónico: magnaterra@hotmail.com

magnaterra2@inteln.net.gt

Índice

Mapa de riesgo del Ministerio Público	7
1. Sobre el mapa de riesgo	7
1.1 Fundamento teórico sobre el “Principio de discrecionalidad” en la toma de decisiones de los funcionarios públicos	7
1.2 Análisis comparativo de estructuras institucionales similares de otras realidades de América Latina	9
1.3 Mapa de riesgo que identifique al menos los siguientes factores	13
1.4 Identificación de los factores de riesgo críticos	23
1.5 Posibles consecuencias de los factores de riesgo	26
1.6 Conclusiones	27
1.7. Recomendaciones	28

Mapa de riesgo del Ministerio Público

1. Sobre el mapa de riesgo

1.1 Fundamento teórico sobre el “Principio de discrecionalidad” en la toma de decisiones de los funcionarios públicos

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas, “La discrecionalidad implica la potestad caracterizada por la voluntad propia, sin otro límite que una tácita adecuación a lo establecido como justo o equitativo. Libertad para obrar o abstenerse; para resolver de una manera o de la opuesta. Determinación de penas o sanciones al arbitrio, aunque no con arbitrariedad. Provisión ajustada a las necesidades de quien recibe y a las posibilidades del que da.”¹

El Ministerio Público en Guatemala es concebido en el artículo 251º de la Constitución Nacional como “un órgano auxiliar de la administración pública y de los tribunales, con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país (...). El Jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública (...)”, según el artículo 10º de su Ley Orgánica (en adelante L.O.M.P.) ejercerá la acción penal pública y las atribuciones que la ley le otorga al Ministerio Público, por sí mismo o por medio de órganos de la institución.

Desde la función propiamente penal asignada a la Fiscalía se le ha impuesto la titularidad del ejercicio de la acción penal pública y sobre todo la conducción de la investigación

¹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo III. Editorial Argentina, 1981. p. 275.

del delito desde su inicio, asumiendo al efecto la dirección jurídico funcional de la actividad policial (artículo 2. inc. 3, L.O.M.P.) En el proceso penal se le reconoce capacidad procesal y postulación; es titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio desde su inicio hasta su culminación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24° bis del Código Procesal Penal (en adelante C.P.P.). Sus actividades las debe realizar con total independencia y autonomía, según lo disponen los artículos 1° y 3° de su L.O. y 7° y 8° del C.P.P. Sin embargo, es necesario dejar constancia que el ejercicio de las funciones de los fiscales están limitadas por los principios de legalidad y de imparcialidad.

El fiscal, en cuanto al *principio de legalidad*, debe actuar con respeto a las disposiciones del ordenamiento jurídico y en el sólo interés de la ley. La defensa de este principio la efectúa mediante el cumplimiento de la obligación de ejercitar la acción penal. Sobre el particular, el artículo 47° de su L.O. dispone que “En el ejercicio de sus funciones los Fiscales estarán sujetos únicamente a la Constitución Política de la República de Guatemala, los Tratados y Convenios Internacionales, la ley y las instrucciones dictadas por su superior jerárquico en los términos establecidos por la ley”.

En lo concerniente al *principio de imparcialidad*, el fiscal debe actuar con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados; no debe tener ningún interés subjetivo ni objetivo en la dilucidación de un caso determinado.

Si bien la función del Ministerio Público implica el ejercicio discrecional de un poder a efectos de impulsar la acción penal y los procesos, esta función debe ejercerse siempre a partir de los principios de legalidad e imparcialidad, los que imponen límites objetivos desde una perspectiva garantista y de respeto a la Constitución Política del Estado.

1.2 Análisis comparativo de estructuras institucionales similares de otras realidades de América Latina

1.2.1 Perú: utilización de la provisionalidad

En Perú, en 1980, se creó el Consejo Nacional de la Magistratura como un órgano constitucional autónomo encargado de la evaluación y selección de los jueces y fiscales. Con ello se pensaba alcanzar dos objetivos: uno inmediato, sentar las bases para la despolitización de los nombramientos de los magistrados; otro mediato, consolidar la independencia del Poder Judicial. Sin embargo, aquel objetivo no se logró por cuanto, si bien es cierto que el Consejo Nacional de la Magistratura hacía la convocatoria, la evaluación y la selección, el nombramiento estaba a cargo del Presidente de la República, quien debía elegir al designado de una terna de candidatos que le era presentada por el Consejo, debiendo además los nombramientos de los vocales y fiscales supremos ser ratificados por el Senado.

En marzo de 1992, el entonces presidente Alberto Fujimori se negó a nombrar a los magistrados supremos propuestos en ternas por el Consejo Nacional de la Magistratura, sosteniendo que al interior de esta institución había politización y que se podía advertir una clara parcialización a favor de candidatos de filiación aprista.² Pocos días después disolvió el Congreso y los organismos constitucionales autónomos; al mismo tiempo, vía decretos leyes, cesó a un gran número de magistrados y fiscales de todas las jerarquías. Esos cargos fueron cubiertos por profesionales que no formaban parte de las instituciones de justicia, iniciándose *el problema de la provi-*

² El APRA es el partido político más antiguo de Perú, y ha ejercido a lo largo de los años una gran influencia en el Poder Judicial. Pese a que Fujimori fue elegido con su apoyo, luego lo trató como opositor, llegando incluso a forzar la salida de su líder Alan García del país, a raíz de su fallida detención luego del autogolpe de Estado.

sionalidad en la administración de justicia que, pese al tiempo transcurrido, aún no ha sido superado. Como consecuencia de ello, el gobierno designó a personas afines a sus intereses en las diversas instancias, lo que le permitió ejercer diferentes formas de control con fines de conseguir impunidad frente a casos de violación de derechos humanos y de corrupción, así como perseguir judicialmente a sus opositores y extorsionar patrimonialmente a algunos litigantes.

En 1993, como consecuencia de la presión internacional, el Congreso Constituyente mediante ley creó el Tribunal de Honor de la Magistratura para encargarse de la *selección, evaluación y nombramiento de los magistrados y fiscales* de todas las instancias, el cual funcionó durante 1993 y 1994. La nueva Constitución que entró en vigencia en 1994 contemplaba la organización del Consejo Nacional de la Magistratura como un órgano autónomo, con funciones idénticas a las del Tribunal de Honor de la Magistratura, el que empezó a funcionar a fines de 1995 estando integrado por juristas de reconocido prestigio, pero no pudo cumplir cabalmente sus funciones como consecuencia de la injerencia política, lo que motivó la renuncia de todos sus integrantes en 1998.

A fines de 1995 y mediados de 1996 se implementaron mecanismos de intervención y control total de las instituciones encargadas de la administración de justicia a través del mal llamado “Proceso de Reorganización del Poder Judicial y del Ministerio Público”. Al inicio de esta etapa, se suspendieron las facultades de los órganos de gobierno: Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena de la Corte Suprema, Fiscal de la Nación, Junta de Fiscales Supremos, estableciéndose estructuras paralelas como las llamadas *Comisiones Ejecutivas* en las que todo el poder de decisión recaía en el *Secretario Ejecutivo*, funcionario propuesto por el Poder Ejecutivo.³

³ La ley 26546, promulgada el 21 de noviembre de 1995, y la ley 26623, promulgada en junio de 1996, declaran en reorganización el Poder Judicial y el Ministerio Público respectivamente.

Por resoluciones administrativas emitidas por las comisiones ejecutivas se crearon *subsistemas* para ejercer un real control en los casos en los que el gobierno tenía interés político o económico. Así, por ejemplo, los *juzgados y salas especializados* para delitos de tráfico ilícito de drogas, delitos tributarios y aduaneros, y de derecho público, competentes para conocer acciones de garantía.

Posteriormente le recortaron facultades al Consejo Nacional de la Magistratura para nombrar magistrados titulares y para aplicar sanciones, *consolidando la provisionalidad*.⁴ Es importante anotar que la manipulación del sistema de justicia formaba parte del plan del gobierno para consolidar sus proyectos de largo plazo, en particular posibilitar una ilegal segunda reelección presidencial, para cuyo efecto crearon plazas en las instancias supremas asegurando con ello el nombramiento de los integrantes del Jurado Nacional de Elecciones (Corte Electoral), última instancia en materia electoral.

A fines del año 2000, ante la caída del régimen de Fujimori, se constituyó nuevamente el Consejo Nacional de la Magistratura, el que retomó los procesos de evaluación y ratificación de magistrados nombrados, así como la evaluación y nombramiento de magistrados nuevos en todas las instancias, procesos que aún no culminan.

En el contexto de la provisionalidad se desarrolló una cooptación del sistema por la corrupción política y económica del régimen, cuyos alcances sólo se pudieron conocer como consecuencia de los procesos de investigación que se iniciaron luego de la caída de éste, y que han determinado que hoy estén en prisión diversos magistrados y fiscales, entre ellos la Fiscal de la Nación de aquellos tiempos, el presidente del Jurado Nacional de Elecciones y varios vocales de la Corte Suprema.

⁴ Leyes 26698 “precisa deberes y derechos de Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público y 26973 modifica el quórum para adoptar acuerdos en el C. N. M.”

En consecuencia, en la experiencia peruana resulta obvio que una provisionalidad extendida y prolongada en el tiempo favorece la corrupción y se presta a la arbitrariedad, en la medida en que los funcionarios provisionales pueden ser dirigidos en función de los intereses de quienes los colocan en sus puestos, y dada su precariedad laboral, suelen ser menos autónomos y más complacientes con los intereses de sus superiores o autoridades políticas.

1.2.2 En Colombia

En Colombia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 249° de su Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación está integrada por el fiscal general, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determina la ley.

El Fiscal General de la Nación es elegido por la Corte Suprema de Justicia, de una terna enviada por el Presidente de la República, por un período de cuatro años y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tiene autonomía administrativa y presupuestal.

Conforme con lo dispuesto por el artículo 253° de la Constitución, la ley debe determinar lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia. Sin embargo, pese a esta disposición expresa, aún no ha culminado el proceso de implementación de la carrera fiscal, razón por la cual el nombramiento de los fiscales continúa dependiendo del criterio discrecional del fiscal general, aspecto que consideramos negativo y que puede generar actos de abuso de poder y arbitrariedades.

En las postrimerías del gobierno del presidente Andrés Pastrana, el fiscal general, con base en su criterio discrecional, dió por terminadas las funciones de fiscales de diferentes departamentos, siendo el caso que esta medida afectó a fiscales que habían participado en investigaciones relacionadas con casos de violación de derechos humanos.⁵

1.3 Mapa de riesgo que identifique al menos los siguientes factores:

1.3.1 Discrecionalidad

El análisis de la legislación sobre el Ministerio Público en Guatemala nos permite determinar que el Fiscal General de la República goza de amplios poderes discrecionales en la administración de la institución y en el ejercicio de la acción penal.

Conforme con la L.O. artículo 10°, el fiscal general es el jefe del Ministerio Público y el responsable de su buen funcionamiento; le corresponde el ejercicio de la acción penal pública, por sí mismo o por medio de los órganos de la institución que dirige: los fiscales de distrito y de sección (artículos 24° y 27°), y éstos a su vez ejercen la acción penal directamente o a través de los agentes fiscales y auxiliares fiscales. En el ejercicio de su función actuarán independientemente, sin subordinación a ninguno de los organismos del Estado, ni autoridad alguna (artículo 3°). Sin embargo, de acuerdo con el artículo 44° de la citada ley, pueden ser contratados para casos específicos los denominados *fiscales especiales*, “cuando sea necesario garantizar la independencia de los fiscales en la investigación y promoción de la persecución

⁵ Informe del Observatorio, organizado por la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y Abogados Sin Fronteras, llevado a cabo por la misión internacional de investigación sobre la administración de justicia en Colombia, agosto de 2002.

penal” (sic). Este dispositivo amplía las facultades discretionales del fiscal general, optando por asignar investigaciones particularmente importantes a personas externas a la institución, lo que si bien puede ser encomiable en tanto se busca actuar con eficiencia y neutralidad, ciertamente no contribuye al fortalecimiento institucional del Ministerio Público que, en condiciones normales, debería contar con funcionarios idóneos, autónomos e independientes.

La independencia de los fiscales en el ejercicio de su función se garantiza fortaleciendo la carrera fiscal a través de los sistemas de nombramiento, evaluación, promoción, y control disciplinario, los que deben estar desprovistos de toda influencia política; así como asegurando la inamovilidad en sus cargos, de tal forma que los fiscales no sientan temor o se vean amenazados de ser removidos de sus puestos si resuelven en uno u otro sentido (especialmente en casos de corrupción, en los que generalmente son investigados funcionarios públicos de alto nivel).

Las funciones de investigación y persecución del delito deben estar a cargo de fiscales de carrera que actúen conforme con las limitaciones y bajo las responsabilidades que establecen la Constitución Política y su ley orgánica. El Ministerio Público tiene un rol fundamental en la persecución del delito, pues es titular del ejercicio de la acción penal pública, lo que significa que persigue de oficio todos los delitos de acción pública, así lo dispone el artículo 24° bis del Código Procesal Penal. En ese sentido, desarrolla la investigación desde su inicio hasta su culminación, decidiendo si formula o no acusación, actividades que debe realizar con independencia y autonomía, según lo disponen los artículos 1° y 3° de su L.O. y el artículo 8° del C.P.P. que en su segundo párrafo señala: “Ninguna autoridad podrá dar instrucciones al jefe del Ministerio Público o a sus subordinados respecto a la forma de llevar adelante la investigación penal o limitar el ejercicio de la acción (...).”

El establecimiento del Ministerio Público como órgano auxiliar de la administración de justicia con funciones autónomas, encargado de la persecución del delito, es una respuesta para superar tradicionales problemas de la administración de justicia, surgidos en el ámbito de la investigación policial. Sólo un Ministerio Público fuerte, dotado institucionalmente de autonomía, cuyas funciones y atribuciones estén fijadas expresamente en su Ley Orgánica, podrá enfrentar con posibilidades de éxito la corrupción que se desarrolla desde el interior del Estado. En ese sentido, resulta indispensable fortalecer la institución dotándola de personal idóneo plenamente identificado con los fines y la misión institucionales.

Otro de los ámbitos donde se manifiesta el amplio poder discrecional del fiscal general es en la definición de los casos *de impacto social*. En las diferentes disposiciones legales que regulan el ejercicio de la acción penal no se ha definido de manera objetiva cuándo se considera que un caso es de impacto social, a pesar de la reiterada mención a dicho término en los artículos 8, 14, 16, 23 y 30 del Reglamento del ámbito de actuación de las Fiscalías de Sección; tampoco se ha determinado quién es responsable de la calificación.

Para evitar interpretaciones diversas del concepto “impacto social”, éste se ubica en el contexto del ámbito de competencia de la Fiscalía Anticorrupción.

Tal como lo señalamos en nuestro informe anterior, a fin de reducir la subjetividad intrínseca al concepto de *impacto social*, debería establecerse que un caso pertenece a esa categoría cuando cumpla con cualquiera de las siguientes condiciones:

- a) *Por la calidad del sujeto activo*: cuando involucre a funcionarios de Estado de nivel considerable (a definir según el escalafón de la administración pública guatemalteca).
- b) *Por la gravedad del perjuicio*: cuando el perjuicio patrimonial sobrepase un monto mínimo relevante de quetzales a

determinar normativamente; o en el caso de que el perjuicio sea relevante, pero de naturaleza inmateral, aun cuando la lesión patrimonial sea menor, en esas situaciones se le definirá en términos de la gravedad de la lesión institucional (que ponga en riesgo la viabilidad de la institución involucrada o erosione seriamente el principio de autoridad pública frente a la sociedad por la trascendencia social del hecho o la importancia del funcionario).

- c) *Por la naturaleza del acto*: cometido en concierto con otros funcionarios o terceros a través de una asociación para delinquir (delitos sistemáticos).

Estos criterios deben estar claramente establecidos en una directiva o en un acuerdo de la Fiscalía General que sea de conocimiento y de cumplimiento obligatorio por todos los fiscales a nivel nacional. Si un fiscal común conoce de un caso que considera está dentro de los supuestos de corrupción de competencia de la Fiscalía Especial, deberá someterlo a la jefatura de sección para que decida si asume competencia.

1.3.2 Monopolio del poder

El ejercicio monopolístico del poder es contrario al Estado democrático de derecho, caracterizado por la división de poderes y por la existencia de controles que eviten los abusos en el ejercicio del poder. La concentración de poder se puede observar desde dos ángulos. El primero desde el punto de vista general, en el entendido de que se concentre poder político con diferentes fines; el segundo, específicamente a nivel institucional, que exista concentración de poder respecto de las funciones y atribuciones que la ley concede al jefe de una institución, en este caso del Ministerio Público.

En relación con el segundo punto, según aparece en el artículo 251° la Constitución Política, “el Ministerio Público es una organización auxiliar de la administración pública y

de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su Ley Orgánica. El jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública (...).⁶

El Ministerio Público, según el artículo 1ro. de su Ley Orgánica,⁷ “es una institución con funciones autónomas, promueve la acción penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública (...)”, para lo cual cuenta con el auxilio de la Policía Nacional Civil; además, vela por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Actuará con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad.

Sus funciones son las siguientes (artículo 2°):

1. Investigar los delitos de acción pública y promover la persecución penal ante los tribunales, según las facultades que le confieren la Constitución, las leyes de la República y los tratados y convenios internacionales.
2. Ejercer la acción civil en los casos previstos por la ley y asesorar a quien pretenda querrellarse por delitos de acción privada de conformidad con lo que establece el Código Procesal Penal.⁸
3. Dirigir a la policía y los demás cuerpos de seguridad del Estado en la investigación de los hechos delictivos.
4. Preservar el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, efectuando las diligencias necesarias ante los tribunales de justicia.

⁶ Corte de Constitucionalidad. Constitución Política de la República de Guatemala (y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad). Guatemala, agosto de 2002. pp. 198 y 199.

⁷ Congreso de la República de Guatemala, decreto número 40-94.

⁸ Decreto N° 51-92 del Congreso de la República.

El Ministerio Público ha diseñado un modelo propio de organización que busca facilitar el trabajo, mejorar la investigación, optimizar los recursos y dar una adecuada atención a la población. Según el modelo de organización podemos agrupar las diferentes dependencias o unidades que conforman el Ministerio Público en:

- a) *El Fiscal General de la República*, jefe del Ministerio Público y responsable de su buen funcionamiento; su autoridad se extiende a todo el territorio nacional. Debe tener las mismas calidades que se requiere para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia y goza de las mismas preeminencias e inmunidades que corresponden a dichos magistrados (L.O. artículo 13°). Es nombrado por el Presidente de la República de entre una nómina de seis candidatos propuesta por una *comisión de postulación*; su periodo de gobierno dura cuatro años; puede ser removido por causa justificada debidamente establecida, se entiende por causa justa la comisión de un delito doloso durante el ejercicio de su función, por el cual se le haya condenado en juicio y el mal desempeño de las obligaciones del cargo que esta ley establece (L.O. artículo 14°).
- b) *El Consejo del Ministerio Público*, como órgano colegiado está integrado según el artículo 17° de la L.O. de la siguiente manera.
 1. El Fiscal General de la República, quien lo preside.
 2. Tres fiscales electos en asamblea general de fiscales, de entre los fiscales distritales, de sección y agentes fiscales.
 3. Tres miembros electos por el Organismo Legislativo de entre los postulados a Fiscal General de la República.Debe reunirse ordinariamente por lo menos dos veces al mes y en forma extraordinaria cada vez que resulte necesario su asesoramiento; sesiona válidamente con la asistencia de por lo menos cuatro de sus miembros y el funcionario que lo preside; sus resoluciones deben ser adoptadas por mayoría absoluta de sus miembros (cuatro votos).

c) *Las secretarías.* Son las unidades que *brindan asesoría al despacho del fiscal general.* Según el organigrama específico del Ministerio Público son las siguientes: Secretaría General; Secretaría Ejecutiva; Secretaría Privada; Secretaría Específica; Secretaría de Apoyo Logístico y Secretaría de Finanzas; todas dependen directamente del fiscal general.

Por definición, el Ministerio Público desarrolla una función monopólica en la medida que es el titular exclusivo de la acción penal pública, actividad que no puede ser desarrollada por ninguna otra persona o institución. Ello establece un tamiz técnico entre los ciudadanos denunciantes, las víctimas de los delitos y la policía, de un lado, y el poder judicial del otro.

Este modelo, vigente en varios países del mundo, parece ser conveniente a fin de no congestionar el sistema jurisdiccional con procesos carentes de fundamento o sustancia. No obstante, deben establecerse contrapesos que permitan controlar el ejercicio monopólico de la acción penal a fin de evitar arbitrariedades que puedan perjudicar a quienes tengan una pretensión penal o a ciudadanos involucrados en las denuncias que impulsa la Fiscalía.

De la estructura del Ministerio Público y las funciones asignadas por ley, se desprende claramente que esta institución tiene una organización vertical, con un poder concentrado en la persona del fiscal general como jefe de la institución. Empero, la existencia de un órgano colegiado como el Consejo del Ministerio Público parece ser una instancia suficiente para evitar las arbitrariedades que podrían producirse de no existir un contrapeso al poder asignado a la jefatura.

1.3.3 Falta de transparencia

Las amplias facultades discrecionales conferidas al Fiscal General en Guatemala —i) para decidir el ejercicio de la acción penal, ii) para nombrar fiscales, iii) para nombrar fiscales especiales, iv) para determinar qué casos son de impacto social, v) para la asignación de casos, etc.— podrían afectar la transparencia en el ejercicio de sus funciones, tanto en la selección y nombramiento del personal del Ministerio Público como en el ejercicio de las funciones de investigación. No sólo se trata de contar con la cantidad de personal necesario (fiscales, agentes fiscales, auxiliares fiscales, personal auxiliar y administrativo), sino que el mismo debe estar calificado motivacional y profesionalmente. Para ello debe establecerse un perfil ideal de fiscal, el mismo que en nuestra opinión debería incluir los siguientes elementos: solvencia jurídica y capacidad profesional en materia de investigación, acreditada solvencia moral, motivación por el trabajo, actitud proactiva, creatividad, independencia y valor.

Los fiscales deben ser respetuosos del orden jurídico, de la Constitución y las leyes, de los derechos humanos; en síntesis, personas identificadas con la democracia y el Estado democrático de derecho. Además, dada la delicada tarea que les cabe cumplir, deben ser valientes, capaces de adoptar decisiones claras y precisas, hombres y mujeres probos dispuestos a actuar con recto e imperturbable criterio.

El proceso de selección resulta vital para la conformación de un equipo profesional a la altura de los retos que este trabajo impone, pero debe estar regido por procedimientos claros, transparentes, preestablecidos. Tal como señaláramos en nuestro informe anterior sobre la Fiscalía Anticorrupción:

Por ello, pensamos que de preferencia debe optarse por personas jóvenes, no contaminadas con los problemas institucionales del pasado, ni preocupados prioritariamente de su inserción burocrática o sus ingresos económicos. Sin perjuicio de que se pueda seleccionar de entre los mejores profesionales con que

cuenta actualmente la Fiscalía a personas con experiencia, capacidad y solvencia, el resto del personal debería ser reclutado a través de un proceso especial, técnico y transparente, en el que se antepongan los méritos personales antes descritos a cualquier otra consideración ajena a los objetivos perseguidos por esta Fiscalía. En ese sentido, resulta indispensable fortalecer la institución dotándola de personal idóneo plenamente identificado con los fines y la misión institucional.

Para tal efecto, se sugiere que una vez definido el perfil deseado, el proceso de reclutamiento sea llevado adelante por un colegiado integrado por destacadas personalidades de origen plural: universidad, ONG como la Coalición por la Transparencia, la defensoría del pueblo, Iglesia, etc., cuya evaluación y resultados sean públicos.

En cuanto a la transparencia del proceso penal, debe tenerse en cuenta el establecimiento del Ministerio Público como órgano auxiliar de la administración de justicia con funciones autónomas, encargado de la persecución del delito, en el que los fiscales deben actuar de oficio inmediatamente que tienen conocimiento de la *notitia criminis*; es una respuesta para superar tradicionales problemas de la administración de justicia surgidos en el ámbito de la investigación policial. Sólo un Ministerio Público fuerte, dotado institucionalmente de autonomía, cuyas funciones y atribuciones estén fijadas expresamente en su Ley Orgánica, podrá enfrentar con posibilidades de éxito la persecución del delito. Sin embargo, en Guatemala, a pesar de tener un código acusatorio, aún no se han desterrado las prácticas burocráticas e inquisitivas en el desarrollo de la investigación, y en muchos casos los fiscales son renuentes a asumir investigaciones de oficio. En tal sentido, debe generarse una política de capacitación permanente en aspectos técnicos y éticos a fin de responder al nivel que una tarea de esta naturaleza exige, y

transformar la cultura fiscal inquisitiva y pasiva por una proactiva y de corte garantista-acusatorio.

La cultura inquisitiva por naturaleza es poco transparente, caracterizándose por la reserva de las actuaciones, gracias a la cual el funcionario se aísla de las partes y desarrolla su trabajo en secreto, lo que da amplio margen al ejercicio abusivo y arbitrario del poder. Al parecer la normatividad que regula el desarrollo de las actividades del Ministerio Público en Guatemala no se ha implementado plenamente, y ello determina falta de transparencia en el ejercicio de la función fiscal y en el desarrollo del proceso penal, aspectos que pueden ser superados reforzando el sistema de control y el régimen disciplinario.

1.3.4 Ausencia o exceso de normas

En nuestra opinión, los problemas de los países latinoamericanos en general no radican esencialmente en la ausencia ni el exceso de normas; existe una normatividad, pero no se cumple a cabalidad; el problema no es de leyes, es de personas; tenemos una ardua tarea por delante, cambiar la cultura de tal manera que forjemos hombres y mujeres que cumplan sus funciones, que sean respetuosos del orden jurídico, de los derechos humanos y que se identifiquen con los principios y valores de un Estado democrático y constitucional de derecho.

1.3.5 Ausencia o poca claridad en los procedimientos

Los problemas de ausencia o poca claridad en los procedimientos surgen como consecuencia directa de los puntos que son materia de análisis en el presente informe. Reiteramos que las normas contenidas en la Ley Orgánica del Ministerio Público no se cumplen, tanto respecto al proceso de selección de personal, como al ejercicio de la función fiscal. Ello, pese a contarse con normas expresas *no existe carrera fiscal*, ni régimen disciplinario, ni colaboración de los funcionarios pú-

blicos para atender los requerimientos del Ministerio Público. Específicamente se violan los artículos 6°, 60° y 75° de la Ley Orgánica. Existe falta de reglas precisas y de una política institucional que sienta criterios claros y objetivos en materia de selección, evaluación de personal, régimen disciplinario, etc.

Con la dación de la Ley Orgánica del Ministerio Público, decreto 40-94 del Congreso de la República, se sentaron las bases para el cambio del sistema procesal penal, y a partir de 1994 se abandonó formalmente el sistema inquisitivo, adoptando el modelo acusatorio. Este cambio implica la separación de la función de investigación criminal de la función de control de legalidad y de decisión del proceso; la primera corresponde al Ministerio Público y la segunda a los jueces y magistrados, conforme con la regulación contenida en el Código Procesal Penal, decreto 51 - 92 del Congreso de la República. A pesar de ello, aún no se han desterrado las prácticas inquisitivas en el desarrollo de la investigación y del proceso penal, lo que genera en la población una nociva sensación de impunidad y de falta de transparencia.

1.4 Identificación de los factores de riesgo críticos

Como factores de riesgo críticos en el Ministerio Público en Guatemala podemos identificar los siguientes:

1.4.1 Los poderes discrecionales del fiscal respecto al nombramiento de fiscales

La L.O.M.P. no se cumple plenamente, pese a haber normas expresas al respecto; no existe carrera fiscal, no existe una política institucional que sienta criterios claros y objetivos en materia selección y evaluación de personal, régimen disciplinario; tampoco existe colaboración de los funcionarios públicos para atender los requerimientos del Ministerio Público. Luego, se violan los artículos 6°, 60° y 75° de la la citada ley.

En la práctica, el fiscal general tiene amplias facultades para nombrar fiscales regulares o especiales; no se ha determinado el perfil que se requiere para trabajar en labores de persecución del delito ni establecido criterios para efectuar los nombramientos. Si los poderes no se ejercen con ponderación, se puede vulnerar la autonomía e independencia de los fiscales, garantizada por los artículos 3° y 47° de la L.O. M.P. y 8° del C.P.P.

1.4.2 Los poderes discrecionales del fiscal respecto al nombramiento de fiscales especiales

El artículo 44° de la L.O.M.P. dispone expresamente que “los fiscales especiales serán contratados para casos específicos cuando sea necesario garantizar la independencia de los fiscales en la investigación y promoción de la persecución penal” (sic).

Como lo hemos sostenido anteriormente, este dispositivo resulta inconveniente en la medida en que amplía las facultades discrecionales del fiscal general y jefe del Ministerio Público, optando por asignar investigaciones particularmente importantes a personas externas a la institución, lo que si bien puede ser encomiable en tanto se busca actuar con eficiencia y neutralidad, ciertamente no contribuye al fortalecimiento institucional del Ministerio Público, que en condiciones normales debería contar con funcionarios idóneos, autónomos e independientes.

La independencia de los fiscales en el ejercicio de su función se garantiza fortaleciendo la carrera fiscal y asegurando la inamovilidad en sus cargos, de tal forma que los fiscales no sientan temor o se vean amenazados de ser removidos de sus puestos si resuelven en uno u otro sentido (especialmente en casos de corrupción, en los que por lo general son investigados funcionarios públicos de alto nivel).

Las funciones de investigación y persecución del delito deben estar a cargo de fiscales de carrera que actúen conforme con las limitaciones y bajo las responsabilidades que establecen la Constitución Política, su ley orgánica y las leyes de la República.

1.4.3 Los poderes discrecionales del fiscal respecto a la determinación de “casos de impacto social”

Tal como señaláramos en el informe correspondiente a la Fiscalía Anticorrupción: “No se ha definido qué debe entenderse por casos de impacto social y por actuación de oficio. Tampoco se ha definido quién y con qué criterios asigna los casos, por lo que esta tarea queda en manos del fiscal general. Desde nuestra perspectiva, tal definición debe constar de los criterios expuestos en este informe, dependiendo la asignación de casos del Sr. Fiscal Jefe de Sección, quien debe ejercer funciones como coordinador del sistema anticorrupción al interior del Ministerio Público, así como calificar cuáles son casos de impacto social y asignarlos directamente.”

1.4.4 La injerencia de funcionarios administrativos en el ejercicio de la función fiscal

Las secretarías, como ya se mencionó son las unidades administrativas que se encargan de *brindar asesoría al despacho del fiscal general*. Por lo privilegiado de su ubicación institucional, quienes desempeñan tales cargos, pese a ser funcionarios administrativos, interfieren en el desarrollo de las investigaciones, vulnerando la autonomía e independencia de los fiscales garantizada por su L.O.M.P. y el C.P.P. Por ello es impostergable delimitar el ámbito de las funciones de dichos servidores y eliminar las posibilidades de su intervención en el ámbito fiscal.

1.4.5 La actitud burocrática de algunos fiscales

La actitud burocrática de algunos fiscales que son renuentes a asumir investigaciones cuando de oficio llega a su conocimiento la comisión de delitos, especialmente de corrupción, es un factor de riesgo en el Ministerio Público, porque genera la sensación de impunidad. Ello se agrava si se tiene en cuenta que la investigación del delito en muchos casos continúa haciéndose con métodos inquisitivos, dejando de lado el conocimiento científico y técnico y el aporte que pueden brindar los equipos de investigación.

1.5 Posibles consecuencias de los factores de riesgo

Como hemos señalado, son varios los factores de riesgo. Uno de los más importantes tiene que ver con la ausencia de una verdadera carrera fiscal, factor de suma importancia para el fortalecimiento institucional y desconcentración del poder. Dado que el fiscal general concentra un gran poder, el funcionamiento adecuado del Ministerio Público dependerá de sus características personales antes que de políticas y reglas institucionales. Entonces, si la persona que se desempeña como fiscal general y jefe del Ministerio Público tiene una actitud principista, mantiene independencia frente al gobierno de turno y pone de manifiesto una decidida actitud de compromiso con la justicia, alcanzará los objetivos asignados como misión al Ministerio Público, y se desempeñará con el debido equilibrio.

Si, por el contrario, quien ejerce ese cargo tiene un compromiso político con quienes detentan el poder, no es capaz de mantener su independencia y no asume un compromiso profesional acorde con el mandato conferido a la Fiscalía, el poder monopólico que le concede la Constitución Política respecto al ejercicio de la acción penal será una fuente permanente de arbitrariedades. Si a ello le agregamos que el fiscal

general concentra poderes discrecionales para nombrar fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales, y además puede asignar casos directamente a fiscales especiales a quienes puede encargar investigaciones sobre casos de impacto social, entonces la concentración de poder será un elemento que determinará la posibilidad de ejercer un férreo control sobre las actividades del Ministerio Público, surgiendo la posibilidad de actuar en sentido contrario al establecido por las normas que rigen su función.

Por otro lado, teniendo el fiscal general y jefe del Ministerio Público la facultad de determinar desde un punto de vista meramente subjetivo cuando un caso es de “impacto social” a fin de decidir la intervención del sistema anticorrupción, encontramos en este control monopólico sobre la investigación una fuente posible de arbitrariedades en desmedro de la justicia.

Debe buscarse la desconcentración del poder que detenta actualmente el fiscal general, asignándole al Consejo del Ministerio Público, instancia colegiada, funciones de control que permitan mantener el debido equilibrio en el ejercicio del poder.

Otra consecuencia muy grave puede surgir de la indebida injerencia de los funcionarios administrativos en el ejercicio de la función fiscal, pues vulnera la autonomía e independencia del Ministerio Público y es un elemento perturbador a través del cual sectores interesados pretenden alcanzar impunidad. En consecuencia, esas actitudes deben ser proscritas porque constituyen un grave factor de riesgo que afecta la estabilidad democrática y la gobernabilidad del país.

1.6 Conclusiones

1. En Guatemala existe un poder monopólico en ejercicio de la acción penal y de las funciones y atribuciones reservadas al Ministerio Público.

2. Como consecuencia de no haberse consolidado las reformas, conforme con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado en lo que respecta al Ministerio Público, se advierte concentración de poder a nivel de la Fiscalía General y jefatura de la institución.
3. El fiscal general detenta poderes discrecionales para nombrar fiscales, removerlos de sus cargos, nombrar fiscales especiales, asignarles casos y retirárselos; determinar qué casos son de impacto social. El ejercicio de dichas facultades puede dar lugar a arbitrariedades si no se actúa con la debida prudencia.
4. La concentración de poderes que detenta el fiscal General puede ser un elemento perturbador para el ejercicio de las funciones del Ministerio Público, por lo que sería deseable establecer mecanismos de desconcentración de funciones y de equilibrio en el ejercicio del poder.
5. En el ejercicio de la función fiscal y el desarrollo del proceso penal existe injerencia de funcionarios administrativos, lo que vulnera la autonomía e independencia del Ministerio Público.

1.7. Recomendaciones

1. Debe plantearse una reforma constitucional para delimitar las facultades discrecionales del fiscal general y para que el ejercicio de la acción penal no dependa de la persona del fiscal general, sino del Ministerio Público como institución.
2. Se debe consolidar la reforma en el Ministerio Público, propiciando el fortalecimiento de la autonomía institucional y de la independencia de los Fiscales en el ejercicio de sus funciones de persecución del delito.
3. La ley de la carrera fiscal debe establecer un sistema idóneo para la selección y el nombramiento de fiscales, debe garantizar la inamovilidad en sus cargos, la independencia

- en el ejercicio de la función; los derechos y deberes y el régimen disciplinario al que están sometidos los fiscales.
4. Debe proscribirse la figura de fiscales especiales porque puede ser utilizada para la asignación de casos en los que tiene interés político o económico el gobierno, con lo que se distorsiona el cumplimiento de los fines institucionales y se fomenta la impunidad.
 5. Se debe reforzar la opción acusatoria del Código Procesal Penal. Para ello es indispensable la capacitación que tenga como objetivo eliminar las prácticas inquisitivas.
 6. Se debe propiciar la denuncia de los actos de corrupción por parte de los ciudadanos, estableciendo mecanismos adecuados para mantener en secreto y/o reserva la identidad de los denunciantes, así como ofrecerles medidas de protección frente a posibles actos de represalia.
 7. Se debe delimitar con claridad el ejercicio de la función fiscal y de la función administrativa, estableciendo mecanismos que impidan la injerencia de los funcionarios administrativos en el desarrollo de la función fiscal.

La presente edición de *Mapa de riesgo del Ministerio Público* se terminó de imprimir en los talleres de MAGNA TERRA EDITORES (5ta. avenida 4-75 zona 2. Tel. 2238-0175, 2250-1031) en septiembre de 2004. El tiro sobre bond 80 gramos es de 500 ejemplares.